

ISSN 2282-667X

Orizzonti del Diritto Commerciale

Rivista telematica dell'Associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale

Direttore **FRANCESCO DENOZZA**

Fascicolo speciale

a cura di

Emanuela Arezzo

G. Giappichelli Editore

Rivista quadrimestrale - Fascicolo speciale

The logo for 'ascola' features a teal square icon with a white curved shape inside, followed by the word 'ascola' in a lowercase, teal, sans-serif font.

Academic Society for Competition Law

Orizzonti del
Diritto Commerciale



Fascicolo speciale

Editor-in-chief/Direttore responsabile:

Francesco Denozza – *Università degli Studi di Milano*

Editorial Board/Direzione scientifica

Pierre-Henri Conac – *Université du Luxembourg*

Jorge Manuel Coutinho de Abreu – *Universidade de Coimbra*

Francesco Denozza – *Università degli Studi di Milano*

Stefan Grundmann – *Humboldt-Universität zu Berlin & European University Institute*

Carlo Ibba – *Università degli Studi di Sassari*

Jonathan Macey – *Yale Law School – Yale University*

Marco Maugeri – *Università Europea di Roma*

Vincenzo Meli – *Università degli Studi di Palermo*

Massimo Miola – *Università degli Studi di Napoli Federico II*

Andrea Perrone – *Università Cattolica del Sacro Cuore*

Serenella Rossi – *Università degli Studi dell'Insubria*

Giuliana Scognamiglio – *Sapienza Università di Roma*

Giovanni Strampelli – *Università Bocconi, Milano*

Ruggero Vigo – *Università degli Studi di Catania*

Editorial Staff/Redazione scientifica

Alessio Bartolacelli – *Università degli Studi di Macerata*

Ilaria Capelli – *Università degli Studi dell'Insubria*

Elisabetta Codazzi – *Università degli Studi dell'Insubria*

Chiara Garilli – *Università degli Studi di Palermo*

Carmen Herrero Suárez – *Universidad de Valladolid*

Corrado Malberti – *Università degli Studi di Trento*

Alessio Scano – *Università degli Studi di Sassari*

Alessandra Zanardo – *Università Ca' Foscari Venezia*

Referees/Revisione scientifica

Niccolò Abriani, Filippo Annunziata, Gaia Balp, Michele Bertani, Massimo Bianca, Paolo Butturini, Oreste Cagnasso, Lucia Calvosa, Andrea Caprara, Stefano Cerrato, Antonio Cetra, Marco Cian, Nicoletta Ciocca, Monica Cossu, Concetto Costa, Renzo Costi, Gastone Cottino, Emanuele Cusa, Vincenzo De Stasio, Vincenzo Di Cataldo, Philipp Fabbio, Giuseppe Ferri, Marilena FilipPELLI, Carlo Felice Giampaolino, Gianvito Giannelli, Paolo Giudici, Andrea Guaccero, Gianluca Guerrieri, Giuseppe Guizzi, Aldo Laudonio, Elisabetta Loffredo, Mario Libertini, Giorgio Marasà, Laura Marchegiani, Giuliana Martina, Marisaria Maugeri, Aurelio Mirone, Paolo Montalenti, Mario Notari, Michele Perrino, Paolo Piscitello, Giuseppe B. Portale, Gaetano Presti, Maddalena Rabitti, Roberto Sacchi, Luigi Salamone, Pierpaolo Sanfilippo, Renato Santagata, Vittorio Santoro, Davide Sarti, Laura Schiuma, Maurizio Sciuto, Antonio Serra, Marco S. Spolidoro, Lorenzo Stanghellini, Mario Stella Richter, Andrea Tina, Alberto Toffoletto, Umberto Tombari, Alberto Urbani, Paolo Valensise, Francesco Vella, Andrea Vicari, Roberto Weigmann.

Orizzonti del Diritto Commerciale

Rivista **ODC**

Direttore FRANCESCO DENOZZA

Fascicolo speciale

a cura di

Emanuela Arezzo



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2021 - Orizzonti del Diritto Commerciale - Rivista on line dell'Associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale

Iscrizione al R.O.C. n. 25223

Rivista in open access <http://www.rivistaodc.eu>

ISSN 2282-667X

Direttore responsabile: Francesco Denozza

Direzione e Redazione (presso la sede dell'Associazione)

Piazzale Aldo Moro n. 5, 00185 - Roma

email: redazione@orizzontideldirittocommerciale.it

Produzione e distribuzione: G. GIAPPICHELLI EDITORE

Via Po, 21 – Torino – Tel. 011-81.53.111 – Fax 011-81.25.100

Il presente fascicolo contiene i saggi presentati in occasione del convegno nazionale di ASCOLA Italia (tenutosi in via telematica il 4 dicembre 2020), della *Lectio Magistralis* del Prof. Roberto Pardolesi e dei seminari organizzati nella primavera 2020 dalla prof.ssa Emanuela Arezzo, in qualità di delegata ASCOLA per l'Italia.



I contributi pubblicati nel presente fascicolo non sono stati sottoposti alla procedura di *double blind peer review* usualmente adottata, perché già presentati pubblicamente in occasione di convegni e seminari, come sopra segnalato.

Il fascicolo è stato pubblicato con il contributo dell'Università degli Studi di Teramo, Facoltà di Giurisprudenza.

Publicato on-line nel mese di giugno 2021
ad opera di G. Giappichelli Editore.

Indice

Table of Contents

	<i>pag.</i>
EMANUELA AREZZO, <i>Introduzione: l'antitrust e le sfide del digitale</i> <i>Antitrust and the digital challenges</i>	311
ROBERTO PARDOLESI, <i>Tutto (o quasi) quel che avreste voluto sapere sul principio del consumer welfare in diritto antitrust</i> <i>(Almost) Everything you ever wanted to know about the consumer welfare principle in antitrust</i>	315
MARIO LIBERTINI, <i>Digital markets and competition policy. Some remarks on the suitability of the antitrust toolkit</i> <i>Mercati digitali e politica della concorrenza. Alcune riflessioni sull'efficacia dei tradizionali strumenti antitrust nel contesto digitale</i>	337
GUSTAVO OLIVIERI, <i>Sulle "relazioni pericolose" fra antitrust e privacy nei mercati digitali</i> <i>The "dangerous relationship" between antitrust and privacy in digital markets</i>	359
MARILENA FILIPPELLI, <i>La collusione algoritmica</i> <i>Algorithmic collusion</i>	375
VALERIA FALCE, <i>Databases rights in the open (banking) system. An out-of-the-box competition law perspective</i> <i>I diritti sui database nel sistema (bancario) aperto. Una prospettiva non convenzionale di diritto della concorrenza</i>	405
PIETRO MANZINI, <i>Unraveling the proposal of Digital Market Act</i> <i>La proposta di legge sui mercati digitali: una prima mappatura</i>	435
GIULIA FERRARI, MARIATERESA MAGGIOLINO, <i>Il potere across markets delle GAFAM: come reagire?</i> <i>GAFAM's power across markets: how should we deal with it?</i>	463

	<i>pag.</i>
VINCENZO MELI, <i>Standard Essential Patents e licenze a condizioni FRAND nel diritto della UE: equità e ragionevolezza tra antitrust e regolazione</i>	489
<i>Standard Essential Patents and FRAND licenses in the EU: fairness and reasonableness between antitrust and regulation</i>	
EMANUELA AREZZO, <i>The “Non-discrimination” portion of the FRAND obligation: an EU perspective</i>	517
<i>La porzione “n-d” dell’impegno FRAND: una chiave di lettura europea</i>	

Introduzione: l'antitrust e le sfide del digitale

Antitrust and the digital challenges

Emanuela Arezzo *

I saggi contenuti in questo volume sono stati presentati in occasione di una serie di seminari promossi da ASCOLA Italia e del suo convegno annuale, tenutosi il 4 dicembre 2020, entrambi dedicati al tema dell'antitrust e delle sfide poste dal digitale.

Ad un primo sguardo d'insieme, l'argomento non pare tutto nuovo. Ed invero si potrebbe obiettare che da più di un ventennio ormai (il primo caso *Microsoft* fu deciso, dall'altra sponda dell'Atlantico, con un *consent decree* nel 1998) si analizzano e si studiano effetti di rete e *switching costs*, fenomeni di *tipping* che portano all'emersione di standard *de facto*, manovre di *tying* tecnologico dove la posizione egemonica veniva fatta scivolare da un mercato ad altri adiacenti, o ancora rifiuti a concedere informazioni strategiche per competere con l'*incumbent*, quali quelle afferenti all'interoperabilità (il riferimento è, questa volta, al caso *Microsoft* europeo del 2007). Accanto a questi temi, tuttavia, ne sono comparsi degli altri che non hanno trovato ancora la quadratura del cerchio. Si pensi, ad esempio, alla punibilità, come abuso di posizione dominante, della condotta del titolare di un brevetto c.d. essenziale che non rispetti i termini *FRAND* imposti dall'accordo di standardizzazione a monte, e si rifiuti di concedere una licenza ovvero sia disposto a concederla ad un prezzo iniquo o, comunque, discriminatorio rispetto a quello offerto ad un altro licenziatario.

In Europa, nonostante la Corte di Giustizia abbia tentato di mettere ordine sulla questione nella nota pronuncia *Huawei*, molti nodi restano ancora da sciogliere. Si discute ancora oggi su quale sia il giusto criterio per determinare l'ammontare del canone *FRAND*, sul ruolo dei profili di "non discriminazione" contenuti in tale obbligo, e sul se il titolare del brevetto SE – sempre sulla

* Associate Professor in Commercial Law, University of Teramo, School of Law; holder of the ASCOLA chair for Italy, coordinator of the master degree in Law, Economics and Strategy of the Firm; e-mail: earezzo@unite.it.

scorta di tale obbligo – sia tenuto a licenziare la tecnologia a chiunque ne faccia richiesta o se sia invece libero di scegliere il livello della filiera produttiva maggiormente redditizio (tipicamente quello della rivendita del prodotto finale ai consumatori) (si veda, in proposito, il recente rinvio pregiudiziale operato da *Nokia* nel caso *Nokia Technologies v. Daimler AG*, Landgericht Düsseldorf, 26 novembre 2020, caso 4c O 17/19). Per contro, in America la Ninth Circuit, seguita di lì a poco dalla Corte Distrettuale nord del Texas, hanno recentemente proclamato che il mancato rispetto dell'obbligo di concedere una licenza secondo termini *FRAND* non integra una violazione della normativa antitrust (*FTC v. Qualcomm Inc.*, 969 F.3d 974, 9th Cir. 2020; *Continental Automotive System Inc. v. Avanci LLC et al.*, No. 3:19-cv-02933-M, 2020 WL 5627224, N.D. Texas 2020). Posizione, questa, sposata anche dal Dipartimento di Giustizia (cfr. US Department of Justice, Update to the 2015 Business Review Letter, 2020, disponibile su <https://www.justice.gov/atr/business-review-letters-and-request-letters>).

Ancora, lo sviluppo dei mercati digitali ha puntato i riflettori su temi di carattere generale, quale quello della definizione del mercato rilevante in quegli scenari dove non solo, per ovvie ragioni, risulta difficile individuare un perimetro territoriale, ma dove gli operatori economici sono spesso attivi su più segmenti di mercato. Ma ben vedere, non è solo il toolkit per la definizione del mercato (o dei mercati?) ad essere messa in discussione, quanto l'efficacia dell'intero strumentario del diritto della concorrenza. Si pensi, ad esempio, al ben noto parametro del benessere del consumatore quale strumento per garantire l'efficienza allocativa delle risorse, che pare perdere di rilevanza in contesti di mercato in cui il prezzo e l'output non rappresentano più le variabili su cui si gioca la concorrenza. I nuovi mercati, infatti, sempre più interconnessi e dominati da tecnologie c.d. *smart*, pullulano di servizi e prodotti innovativi, sofisticati e personalizzati, ma si tratta di servizi e beni spesso offerti gratuitamente e sempre in quantitativi tali da soddisfare per intero la domanda (e invero è noto come nel contesto digitale il costo marginale di una unità aggiuntiva di prodotto è sempre pari a zero!).

Non si è potuto fare a meno di notare, tuttavia, a dispetto della proliferazione di nuovi servizi, come le piattaforme *social*, i motori di ricerca, i servizi di shopping online, tutti i players, insomma, di questi nuovi mercati siano rimasti per lo più gli stessi. L'avvento di nuovi servizi e nuovi prodotti non ha spazzato via, secondo il meccanismo schumpeteriano della distruzione creatrice, i vecchi operatori; anzi, pare che siano proprio loro ad aver consolidato ancor di più le proprie posizioni egemoniche, anche per il tramite di acquisizioni strategiche – passate quasi inosservate attraverso le lenti dell'antitrust – volte

a spazzare via ogni promettente competitor che si ponesse nella loro traiettoria e/o ad aggregare una mole sempre maggiore di dati (penso alla ben nota acquisizione di *Whatsapp* da parte di *Facebook*).

Come noto, i nuovi mercati digitali si fondano su tre pilastri: interconnessione, algoritmi e dati. I nuovi servizi e prodotti offerti sono per la gran parte prodotti software (si pensi alle piattaforme social, alle piattaforme di vendita di prodotti digitali e analogici, ai motori di ricerca, etc.), il cui valore per il consumatore cresce in relazione all'ampiezza della rete cui sono interconnessi (valgano gli stessi esempi di cui sopra), e la cui moneta di scambio è costituita dai dati: dati che vengono ceduti dagli utenti quale *conditio sine qua non* per accedere al servizio, e che vengono processati dalle imprese in modo da diventare essi stessi output.

Le tecnologie intelligenti si alimentano di big data. Raggiungono il massimo livello di efficienza e ottimalità solo se riescono a immagazzinare e processare una immensa mole di dati, di informazioni disaggregate – nella gran parte dei casi sono informazioni sensibili degli utenti che navigano in rete: da cui gli importanti risvolti in materia di privacy – che gli utenti sono spesso costretti a fornire, pena l'accesso ad un servizio qualitativamente inferiore. I dati degli utenti, opportunamente analizzati, consentono alle imprese di conoscere dettagliatamente le preferenze dei consumatori: dai gusti musicali agli orientamenti politici, fino a mappare più da vicino le preferenze di consumo, la propensione all'acquisto di certi beni e servizi, il loro prezzo di riserva, etc. Parimenti, il connubio tra dati e algoritmi viene oggi impiegato per acquisire informazioni su clienti e concorrenti (es. per monitorare eventuali aumenti di prezzo di prodotti concorrenti, conoscere i relativi volumi di vendita, relazioni commerciali con fornitori, etc.). Invero, il ricorso a sofisticati software deputati a dare attuazione ad intese collusive deliberate a monte è oggi un dato acquisito, mentre ci si interroga ancora sul se questi possano rappresentare addirittura lo strumento con cui realizzare un equilibrio collusivo.

In conclusione, se forse il vantaggio strategico offerto dai c.d. *big data*, da solo considerato, non offrirebbe un potere assimilabile al concetto di potere di mercato, come molti hanno opportunamente considerato, appare innegabile che il dominio sui *big data*, unito alla capienza di storage (hardware e cloud) e alla capacità computazionale degli algoritmi (in particolar modo quelli c.d. *machine learning*), insieme considerati pongono le imprese su di un trampolino di lancio dal quale viene assai più semplice tuffarsi alla conquista di altri mercati. La capacità di processare dati e profilare l'utente rappresenta una vera e propria economia di scopo che consente loro di accedere sia a segmenti di mercato attigui, sia a comparti in passato appannaggio esclusivo di imprese

specifiche del settore (come ad es. i servizi assicurativi e bancari). Si pensi al caso di *Amazon*, nata come servizio di vendita online di libri, divenuta in un secondo momento piattaforma generalista di vendite online. L'azienda di Seattle ha poi investito nella logistica e nel trasporto rapido dei prodotti con il servizio *Amazon prime*, che ha successivamente sfruttato per lanciare il suo servizio di tv in *streaming*, offrendo gratuitamente *Prime video* a tutti gli utenti che avessero sottoscritto un abbonamento "prime", e da ultimo, per il tramite di *Prime video*, ha pubblicizzato l'ultimo nato: *Amazon prime music*.

Come definire, in questi casi, il mercato di riferimento? Innanzitutto, è corretto cercare di individuare *un* mercato o quando si parla di piattaforme è necessario prendere in considerazione più mercati simultaneamente per valutare la posizione di forza e le relative pressioni competitive esercitate sull'impresa o sulle imprese della cui condotta di sta indagando? Come vedremo nei saggi di questo volume, alcune domande e interrogativi tra quelli su esposti sembrano forse trovare risposta nella recente proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a mercati equi e contendibili nel settore digitale [(legge sui mercati digitali) COM/2020/842 final] dove si disciplina la figura del "gatekeeper"/piattaforma e si introducono una serie di obblighi e di divieti cui questa nuova figura dovrà uniformarsi nella gestione dei propri servizi. Impossibile non notare un parallelo fra le condotte disciplinate agli artt. 5 e 6 della Proposta di Regolamento ed i comportamenti recentemente sanzionati dalle istituzioni europee riguardanti le c.d. GAFAM (dal *self preferencing* nel caso *Google shopping* sino al caso *Facebook* tedesco, concernente l'aggregazione e la combinazione, senza autorizzazione dell'utente finale, di dati personali provenienti da più piattaforme).

Gli interrogativi e le questioni aperte sono ancora molti. Con gli scritti raccolti in questo volume, ci si propone di contribuire al dibattito e offrire spunti di riflessione.

Tutto (o quasi) quel che avreste voluto sapere sul principio del *consumer welfare* in diritto antitrust

(Almost) Everything you ever wanted to know about the consumer welfare principle in antitrust

Roberto Pardolesi *

ABSTRACT:

Da quasi mezzo secolo il paradigma del *consumer welfare*, come delineato, con qualche approssimazione da Robert Bork, tiene banco in antitrust. Emergeva come reazione (populistica, anche se in vesti accademiche) agli entusiasmi, e agli eccessi, di un populismo di segno opposto, che dall'origine aveva ravvisato nella disciplina antimonopolistica uno strumento di lotta al prepotere economico, e conseguentemente politico, dei “*robber barons*”, in quanto tale aperto a ulteriori sollecitazioni sociali: al punto di rendere il quadro complessivo incerto e, talora, contraddittorio. Il *new learning* avrebbe trovato validazione scientifica nell'impiego serrato dell'approccio microeconomico, ridisegnando l'intero scenario applicativo della disciplina concorrenziale statunitense. Anche quando i precetti della Scuola di Chicago sono stati messi in discussione e rivisitati, il cuore di quella linea di pensiero, catturato appunto dalla formula magica del benessere del consumatore, ha retto l'urto e continuato a dominare la scena. L'Europa, per lungo tempo immunizzata dal prevalere del pensiero ordo-liberale, ha dovuto a sua volta fare i conti con un *more economic approach*, mai davvero assorbito sino in fondo, ma certamente più vicino all'idea che l'*enforcement* della disciplina antitrust vada modulato sugli effetti piuttosto che su divieti formali. Qualcosa, però, in tempi recenti si è incrinato. La *lone star* dell'efficienza allocativa, che si voleva coincidente col criterio del *consumer welfare*, si è dovuta misurare col disagio crescente di un tessuto sociale in crisi profonda. E la domanda di giustizia (anche economica) si è fatta più pressante e angosciata. Di là da posizioni irrimediabilmente riduttive, si può ragionevolmente convenire che l'apporto dell'analisi microeconomica è (stato) prezioso per lo sviluppo di un antitrust moderno e *compos sui*, ma non può dare tutte le risposte (anche se segna i limiti di quelle che si possono ricevere). Su tali presupposti, la riscoperta della dimensione ineludibilmente politica del diritto della concorrenza non complica il quadro; al contrario, lo definisce (e, paradossalmente, lo semplifica). A ognuno, dunque, la sua opzione: ma sempre interna all'antitrust, nell'ambito di quanto esso è deputato a fare.

* Professore Emerito di diritto comparato, Direttore scientifico del Law & Economics LAB, Università Luiss Guido Carli; e-mail: rpardole@luiss.it.

Parole chiave: antitrust; benessere dei consumatori; efficienza allocativa; Scuola di Chicago; ordoliberalismo; approccio “più economico”; *hipster antitrust*, equità

For half a century, or so, the consumer welfare paradigm, as outlined, with some approximation, by Robert Bork, has been leading in the antitrust field. It emerged as a reaction (populist, albeit in academic guise) to the enthusiasms and excesses of a populism of opposite vein, which from the beginning saw in the anti-monopoly discipline an instrument to fight against the economic and political power of the “robber barons”, as such open to further social solicitations: to the point of making the overall picture confused and, at times, contradictory. The ‘new learning’ would have derived scientific validation from the rigorous use of microeconomic approach, redesigning the entire scenario of the US competitive enforcement. Even when the precepts of the Chicago School were questioned and revisited, the core of that line of thought, captured by the magic formula of consumer welfare, withstood the impact and continued to dominate the scene. Europe, for a long time immunized by the prevalence of ordo-liberal thought, has in turn been forced to deal with a ‘more economic approach’, never really fully absorbed, but certainly closer to the idea that the enforcement of antitrust regulations should be modulated after the effects rather than formal prohibitions. However, something has collapsed in recent times. The lone star of allocative efficiency, which was intended to coincide with the criterion of consumer welfare, had to be measured against the growing discomfort of a social fabric in deep crisis. And the demand for justice (including economic equity) has become more pressing and distressing. Beyond irretrievably reductive positions, it can reasonably be agreed that the contribution of microeconomic analysis has been and still keeps being precious for the development of a modern and composite antitrust, but it cannot give all the answers (even if it marks the limits of those that can be received). On these assumptions, the rediscovery of the unavoidably political dimension of competition law does not complicate the picture; on the contrary, it defines the stage (and, paradoxically, simplifies it). Therefore, options stay open: but always internal to antitrust (and its logic), in the context of what it is delegated to do.

Keywords: Antitrust; consumer welfare; allocative efficiency; Chicago School of antitrust; ordoliberalism; more economic approach; *hipster antitrust*; equity

SOMMARIO:

1. Di là dal velo. – 2. Più di una rivoluzione, un nuovo inizio. – 3. Suggestioni da “bei tempi andati”: davvero così gloriosi? – 4. Antitrust e ideologie: alla ricerca di una ‘purezza’ impossibile.

1. Di là dal velo.

L’antitrust nordamericano dell’ultimo mezzo secolo si è ispirato al principio del *consumer welfare*, o *CW* per brevità (della vicenda europea, decisamente più sfumata, si dirà tra un momento). Slogan di successo, quasi una pa-

rola d'ordine; per taluni, un vero mantra. Del resto, chi avrebbe potuto resistere alla fascinazione di una ricetta così suggestiva e politicamente corretta¹ (specie se paragonata alle molte bizzarrie che si leggono nei 122 testi legislativi che segnano il successo globale della disciplina della concorrenza²)?

1.1. – Nel gergo ormai radicatosi *across the board*, l'obiettivo di promuovere il benessere dei consumatori viene evocato di concerto con quello di implementare l'efficienza allocativa, nel presupposto che i due concetti coincidano. Sennonché, le cose non stanno esattamente così; la pretesa sovrapposizione è messa in crisi dall'ambiguità del secondo termine nell'elaborazione di chi l'ha prepotentemente messo al centro del dibattito: Robert H. Bork, nel celebre libro (*The Antitrust Paradox*, 1978) che ha fatto da bibbia al nuovo corso, ricorre alla formulazione atecnica di “consumer wealth”.

In realtà, di *consumer welfare* si era molto discusso, a livello di economia del benessere, nella prima metà del ventesimo secolo: varrà la pena di ricordare come ad esso facesse riferimento, a mo' di obiettivo degno di essere perseguito, John Kenneth Galbraith, che però ne lasciava nel vago i contorni³. Era in gioco il complesso dei benefici che il compratore deriva dal consumo di beni o servizi acquistati. Solo che, quando trasposto sul piano antitrust, il termine assume un significato comunque diverso, perché riferito all'equilibrio parziale in un settore parziale, il mercato rilevante; sì che non può esser messa in dubbio la sua derivazione in linea retta dalla nozione di *consumer surplus*

¹ Cfr. H. FIRST, *No Single Monopoly Profit, No Single Policy Prescription?*, in *Competition Policy International*, 2009, 199, 200.

² Per il più aggiornato censimento delle leggi antitrust in giro per il mondo, v. A. BRADFORD, A.S. CHILTON, C. MEGAW, N. SOKOL, *Competition Law Gone Global: Introducing the Comparative Competition Law and Enforcement Datasets*, in www.ssrn.com, 2018; e per un inventario delle finalità dichiarate, C. OSTI, *A che serve l'antitrust?*, in *Foro it.*, 2016, V, 114.

³ J.K. GALBRAITH, *Countervailing Power*, in *Am. Econ. Rev.*, 44, 1, 1954. Del resto, la strada era stata spianata, al tempo del ‘secondo New Deal’, dal consumerismo promosso e fortificato dalla *tenure* di Thurman Arnold come responsabile dell'Antitrust Division del DoJ fra il 1938 e il 1942: «Fair competition, statist central planning, cooperative industrial action, and the public interest encompassing more than consumer welfare, especially equality and redistribution, were policies of the past. The new era aspired the realization of consumer welfare and free competition as a means to realize it [...]. Without Thurman Arnold, there would have been no modern antitrust law, especially one that has the welfare of the consumer as its goal. He linked antitrust to consumer interests, and in doing so, he set the stage for modern antitrust law»: così D.I. WAKED, *Antitrust as Public Interest Law: Redistribution, Equity, and Social Justice*, in *Antitrust Bulletin*, 65, 1, 2020, 87, 92 ss., nel contesto di una narrativa radicalmente differente, nel senso letterale dell'avverbio, da quella che si evocherà tra un momento.

(questa, sì, rigorosa, perché corrispondente all'ammontare che un compratore è disposto a pagare meno la somma effettivamente versata), che, insieme a quella di *producer surplus* (la somma ricevuta dal venditore di un prodotto meno i costi variabili di produzione), concorre a definire la misura aggregata del *total surplus*. Proprio qui, nell'autonomia delle due componenti (che possono convivere conflittualmente, nel senso di andare in direzioni contrapposte, salvo prestarsi a compensazioni), si annidano le ragioni dell'ambiguità⁴.

Nell'impostazione originaria di Bork⁵, a metà degli anni Sessanta, l'approccio era vocazionalmente inteso a ravvisare, quale "*ultimate value*", valore supremo della disciplina antitrust, la "*consumer want satisfaction*", che elevava a criterio guida la repressione delle pratiche volte a ridurre l'*output*, quantità prodotta. Una dozzina di anni dopo, il registro cambia. E il nuovo quadro è segnato dall'influenza del contributo di Oliver Williamson, che introduce la tematica dei "*trade-offs*", alla maniera di Kaldor e Hicks, nella materia dell'antitrust⁶. Secondo quest'ordine di idee, è ben possibile che il monopolio si coniughi con una qualche misura di efficienza (produttiva): basta immaginare che il parametro di riferimento sia un assetto disperatamente concorrenziale ed ecco schiudersi la possibilità che quanto si perde, a causa di un fenomeno di monopolizzazione, a livello di "*deadweight loss triangle*", se si preferisce di quantitativo prodotto a parità di risorse impiegate, sia più che compensato da risparmi di spesa produttiva, con ovvio risultato positivo in termini di benessere generale (ma penalizzazione dei consumatori). Il Bork della maturità sposa questa impostazione⁷: imprime al concetto di benessere del consumatore un afflato metonimico, evidentemente arbitrario e inaccettabile per chi ritenga ch'esso debba essere misurato sulla base dell'*output* (e non del prezzo) in condizioni produttive sostenibili⁸.

⁴ *Amplius*, sul punto, B. ORBACH, *The Antitrust Consumer Welfare Paradox*, in *J. Competition L. & Econ.*, 7, 2011, 133.

⁵ R.H. BORK, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, in *Yale L. J.*, 74, 1965, 775, 832.

⁶ O.E. WILLIAMSON, *Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs*, in *Am. Econ. Rev.*, 58, 1968, 18.

⁷ R.H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War With Itself*, New York, Basic Books, 1978, 107 ss.

⁸ Cfr. H. HOVENKAMP, *Antitrust's Borderline*, www.ssrn.com, August 2020. Questa linea può considerarsi oggi prevalente, nel senso che è dato registrare un diffuso consenso sull'idea, da buttar giù all'ingrosso, che la difesa/promozione del processo competitivo deve ritenersi attinta (o tradita) quante volte si determini un vantaggio (o un pregiudizio) per i consumatori. Non a caso, la Corte Suprema, con la sentenza 6 giugno 2018, *Ohio v. American Express Co.*,

Se, dunque, l'etichetta di *consumer welfare* stia davvero per efficienza allocativa, o rappresenti soltanto una suadente scorciatoia per rappresentazioni più complesse del quadro rilevante, è questione che può qui rimanere aperta. Com'è, del resto, ragionevole fare per le tante polemiche intorno al difetto di rappresentatività del parametro consumeristico⁹. Nel mondo reale, si obietta, a comprare non sono soltanto i consumatori; e i compratori non sono tutti vulnerabili. Mentre, di là dalle riduzioni di *output*, contano anche la qualità, la libertà di scelta e i trasferimenti di ricchezza, fattori che la matrice dominante tiene in non cale. Tutto vero. Salvo il fatto che, in un modo o nell'altro, capita comunque di vestire i panni del consumatore, sì che guardare a una categoria così comprensiva è certamente più utile che scegliere riferimenti specifici. Ma non è questo il punto. La formula magica è sprovvista di autentica capacità precettiva. Accanirsi intorno alle manchevolezze dello slogan, denunciandone la vacuità operativa, oppure deplorandone – con orientamento evidentemente opposto (la qual cosa dovrebbe far riflettere) – la cecità da breve termine (laddove dovrebbe essere ovvio che, se c'è pregiudizio di questo tipo, esso non dipende dal parametro del *CW*, ma dal modo in cui lo si applica, più in chiaro da come si valuta la probabilità di danno futuro e si riguardano i costi da errore di tipo 1 e 2), è fatica vana. Quando si proclama, come si fa da mezzo secolo a questa parte, che l'antitrust ha il compito di proteggere il processo competitivo¹⁰, come misurato dal suo impatto sul benessere dei consumatori, si mettono in esponente due direttive: la rivendicazione della finalità incontrastata dell'antitrust in guisa di perseguimento dell'efficienza allocativa e la valorizzazione degli apporti della *price theory*.

Quanto al primato dell'efficienza allocativa, punto di forza della Scuola di Chicago, esso valeva a cortocircuitare la pluralità di obiettivi (socio-politici), disomogenei e non comparabili, ch'erano fin lì stati invocati per indirizzare l'applicazione del diritto della concorrenza. Come meglio si vedrà più oltre, si

138 S. Ct. 2274, 2284, ha potuto dichiarare che «[t]he goal [of the rule of reason] is to distinguish between restraints with anticompetitive effect that are harmful to the consumer and restraints stimulating competition that are in the consumer's best interest». Solo che, per questa via -e lo si vedrà più oltre- si presta il fianco al rimprovero di eccessiva riduzione del perimetro rilevante, posto che si guarda al solo danno a valle e si trascura quello a monte, a carico di lavoratori, agricoltori e fornitori (salvo, fra di noi, riconoscere che a una formula icastica, per quanto magica, non si può chiedere troppo...).

⁹ V., ad es. W. GRIMES, *Breaking Out of Consumer Welfare Jail: Addressing the Supreme Court's Failure to Protect the Competitive Process*, www.ssrn.com, October 2020.

¹⁰ Attenzione alle sfumature (che tali, evidentemente, non sono). Proteggere il processo competitivo è fine proclamato da tutti: come reificare questa direttiva, questo è il campo di battaglia!

trattava di dismettere contrapposizioni valoriali di dubbio costrutto pratico per focalizzare l'attenzione sugli effetti economici delle pratiche dispiegate sul mercato, facendo massiccio ricorso a rilevazioni empiriche, in misura che non è mai parsa sufficiente. La nuova *lone star*, campeggiando in solitudine, prometteva di ricompattare il dibattito, rendendolo comprensibile (e, plausibilmente, falsificabile): guardare alle ricadute effettuali ridava una qualche coerenza ad intrecci altrimenti insolubili o, per meglio, esposti all'arbitrio. Si trattò di un successo spettacolare, propiziato dalla completa adesione, sul punto, del nuovo corso harvardiano, che in quel torno di tempo andava perfezionando il distacco dalle posizioni interventiste/strutturaliste che ne avevano caratterizzato la traiettoria nei due decenni precedenti.

Riguardo al ricorso alla teoria economica, il risultato è meno definito. Occorre precisare, innanzi tutto, che, per quanto attiene all'antitrust, l'argomentazione economica è sempre stata in circolo: a mutare, nel tempo, è stato il peso assegnatole, sino all'odierna centralità¹¹. Fatta questa precisazione, sovviene la domanda insidiosa: quale torno di analisi economica? La Scuola di Chicago mostrava una netta predilezione per la *price theory* di stampo neoclassico, che apriva il varco a costruzioni teoriche assai robuste: quanto bastava per disperdere pregiudizi di antica data. Ma quegli stessi studiosi non disdegnavano sortite in ambiti diversi, come la teoria dei costi transattivi, dei beni pubblici, delle scelte strategiche, fino alla teoria dei giochi (allora in fase di decollo). Mentre il versante harvardiano batteva ancora altri campi, riscuotendo importanti successi in termini di avallo da parte della Corte Suprema. Si può convenire ragionevolmente che vi fosse maggiore convergenza sulla *pars destruens*, e dunque nella critica a chiunque tentasse di offrire metodologie diverse da un approccio risolutamente economico, che sull'articolazione teorica da impiegare per sciogliere i nodi (la qual cosa concorre a demistificare la diffusa convinzione che la scelta di campo, tra le rive del lago Michigan o i prati di Cambridge, Mass., si traduca, per inerzia ideologica, in ricette applicative divergenti). La lingua restava comune. E, come sarà dato rilevare in prosieguo, è questo il frutto autenticamente rivoluzionario¹²: venga, o no, da Chicago,

¹¹ V., per i primi riferimenti, R. PARDOLESI, *Analisi economica e diritto antitrust*, in C. RABBITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante del mercato e della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2010, I, 123.

¹² Cfr. D.W. CARLTON, K. HEYER, *The Revolution in Antitrust: An Assessment*, in *Antitrust Bull.*, 65, 2020, 607. All'odierna inclinazione, da destra e da sinistra, a 'denigrare' il ruolo dell'analisi economica, H. HOVENKAMP, *The Looming Crisis in Antitrust Economics*, in *Boston U. L. Rev.*, 101, 2021, 489, 492 risponde con una sorta di manifesto da 'antitrust's center', catturato nelle sue linee di fondo dalla citazione che segue: «The antitrust laws speak of the conduct

l'antitrust "moderno" sta qui, nell'adozione di sorvegliati strumenti di analisi economica; e segna una brusca soluzione di continuità rispetto al passato.

1.2. – Prima di toccare con mano quanto quella rivoluzione abbia sconvolto la grammatica dell'antitrust, conviene fare una pausa e volgerci, sia pure sinteticamente, all'esperienza europea.

Alle origini del diritto continentale della concorrenza c'è la Scuola di Friburgo, vera forza propulsiva del pensiero ordoliberal¹³. I suoi concetti chiave, destinati ad esercitare un'influenza profonda (sino ad affrancare la traiettoria europea dal calco statunitense), sviluppavano una trama in seno alla quale la concorrenza era chiamata a proteggere gli individui dal potere economico privato, garantendo la libertà di condotta nel mercato. Più in chiaro. La libertà individuale, obiettivo politico primario, si sarebbe potuta attingere solo attraverso la garanzia di protezione della libertà economica (e della proprietà privata), che si poneva come corollario della libertà politica. Si delineava, così, una "terza via", diversa dall'impronta capitalistica e dal centralismo socialista (ci abbiamo provato anche noi, col consociativismo da impresa pubblica...), che avrebbe dovuto assumere i contorni di un'"economia sociale di mercato", caratterizzata da un ordine statale forte, capace di far fronte alla pressione dei gruppi d'interesse e di arginare ogni sorta di attività mirante allo sfruttamento di rendite di posizione. L'assetto che, agli occhi di Walter Eucken e Franz Böhm, avrebbe propiziato tali risultati sarebbe stato quello di una "*vollständige Wettbewerb*", concorrenza completa, in cui nessuna impresa è in grado di condizionare la condotta di altri operatori. Toccava allo Stato, dunque, contrastare l'accumulazione di potere privato, proibendo la concertazione cartellisti-

they prohibit in unmistakably economic terms, such as 'restraint of trade', 'monopoly', and lessening of 'competition'. They do not embrace any particular economic ideology, such as the Chicago school or institutionalism. Nor do they require the use of any particular economic model, such as perfect competition or oligopoly. This openness gives policy makers a great deal of room, but it is not an invitation to economic nonsense. Antitrust economics should be an analytic and empirical tool for determining how a practice affects competition. This requires an assessment of whom a practice injures and how, as well as what is the optimal form of relief. Antitrust economics should not become an excuse for picking a winning interest group and then manipulating the doctrine to get to that result. Nor, however, should it be a tool for making other kinds of social policy that is not driven by concerns about competition».

¹³Un primo inquadramento in R. VAN DEN BERGH, *Comparative Competition Law and Economics*, Cheltenham e a., 2017, 30 ss.; I. HERRERA ANCHUSTEGUI, *Competition Law Through an Ordoliberal Lens*, www.ssrn.com, 2015. Per inciso, questa corrente di pensiero ha continuato ad evolversi nel tempo: una ricognizione dei suoi sviluppi recenti è offerta da P. BEHRENS, *The 'Consumer Choice' Paradigm in German Ordoliberalism and its Impact Upon EU Competition Law*, www.ssrn.com, 2014.

ca e obbligando l'impresa egemone a comportarsi come se ("als-ob") fosse esposta a forti stimoli competitivi e dovesse assumere il prezzo imposto dal mercato.

Questo, e altro. L'influenza del pensiero ordoliberal ha contribuito a modellare in maniera marcata l'applicazione del *GWB* ad opera del Bundeskartellamt; ma si è fatta avvertire, specie attraverso l'apporto 'formativo' di Ernst-Joachim Mestmäker, anche a livello di *enforcement* comunitario, con l'enfasi per lungo tempo riposta sulla libertà di azione dell'operatore nel determinare in autonomia le scelte di politica commerciale da adottare nel mercato (emblematico, al riguardo, il trattamento delle restrizioni verticali, fino all'adozione del reg. n. 2390/1999). Questa visione complessiva mirava a proteggere la concorrenza come istituzione/processo derivante dall'esercizio delle libertà fondamentali: processo dotato di provvide caratteristiche – perché esalta l'autonomia del mercato e di chi vi opera nel mentre privilegia la libera determinazione del consumatore – e, nella sostanza, strumentale al conseguimento di quegli scopi. Verrebbe fatto di aggiungere che la traccia ordoliberale lasciava ampi spazi a livello di traduzione operativa, in cui ebbe a transitare gran parte della ricetta strutturalista (propria della Scuola harvardiana alla maniera di Joe Bain): quanto dire che l'approccio economico operava anche in questo contesto, solo che vi faceva velo un impianto ideologico sovraordinato, che spostava l'attenzione sulle direttive politiche apicali e gestiva le regole di dettaglio in base alla logica del precedente, col risultato di imprimere all'*enforcement* antimonopolistico un'impronta decisamente formalistica. Insomma, il diritto della concorrenza europeo ha fatto, per i primi trent'anni di vita, storia a sé, rivendicando orgogliosamente il carattere autoctono della sua traiettoria.

Il quadro è cambiato con la 'modernizzazione' del 2003. Sino ad allora, come anticipato, aveva tenuto banco un approccio 'normativo', che vietava le condotte in base alla loro natura, in quanto ritenuta dannosa per l'appropriato funzionamento della normale concorrenza: si preferiva, per conseguenza, la proibizione dell'intesa in ragione del suo oggetto (ossia degli obiettivi perseguiti), ciò che dispensava la Commissione dal curarsi degli effetti, dichiaratamente lasciati fuori dall'analisi. Col reg. n. 1/2003 s'introduce un "*more economic approach*", attento a valorizzare gli effetti economici dell'esercizio del potere di mercato.

Siamo così arrivati al *consumer welfare* di marca europea, ma nell'ispirazione affine al principio d'oltre Atlantico? Difficile a dirsi. Di là dalle oscillazioni della Commissione (che si direbbe convinta, ma non troppo)¹⁴, la ricezio-

¹⁴ Oscillazioni registrate doviziosamente da F. COSTA-CABRAL, *Future-Mapping the Three Dimensions of EU Competition Law: Modernization Now and After Covid-19*, www.ssrn.com,

ne giudiziale del nuovo standard è stata, agli inizi, gelida¹⁵. Nondimeno, nel tempo, l'attenzione agli effetti è percolata nel sistema, per canali vari; e si è potuta ravvisare, in pronunciamenti recenti, una 'maturazione' del paradigma efficientistico, ancora lontana, però, da un avallo pieno¹⁶. Quanto basta per suggerire una conclusione, ancora interinale, del seguente tenore: mentre non è dato prescindere dall'approccio economico, una piena conversione continentale al *CW* – per meglio dire, a quanto esso implica nell'orientare l'applicazione del diritto della concorrenza – incontra ancora resistenze, neppure clandestine; quando non appare persino smentita da talune sortite di vertice, come la determinazione emersa nell'emergenza da Covid-19¹⁷, con la quale la Commissione mostra di coltivare priorità diverse da quella della lotta ai cartelli in quanto nocivi in massimo grado per il benessere dei consumatori. Nella migliore delle ipotesi, dunque, un *work in progress*: ma consapevolmente lento (e velatamente dubbioso), a riprova del fatto che l'analisi economica non è una scienza esatta, specie quando esercitata in ambito antitrust.

April 2020 (appena un passo più in là si approda alle crude cifre: v., allora, i *datasets* quantitativi allestiti da K. STYLIANOU, M. IACOVIDES, *The Goals of EU Competition Law – A Comprehensive Empirical Investigation*, www.ssrn.com, December 2020). Se, d'altro canto, si appunta l'attenzione sugli sviluppi più recenti, esaminandoli in chiave di – chiamiamole così, per evitare equivoci – 'emozioni collettive', allora si offre il destro per riscontrare, con P. IBÁÑEZ COLOMO, *Whatever Happened to the 'More Economics-Based Approach'?*, in *J. European Competition Law & Practice*, 11, 2020, 473, 474 s., un «rising scepticism vis-à-vis mainstream economics», sino a una sorta di «move away from the 'more economics-based approach'... 'Platform plurality', which would take into consideration factors other than efficiency, is one of the most recent labels used by commentators, which also calls for an approach to enforcement that is not constrained by expertise». Dal che discende(rebbe) che, nella nuova temperie, è più importare ottenere certi risultati che attenersi all'impostazione economica corretta, a prescindere da dov'essa conduca. Quanto dire: emozioni che prendono la mano!

¹⁵ «[N]on occorre esaminare gli effetti di una pratica concordata una volta che ne sia stato accertato l'oggetto anticoncorrenziale»: così Corte Giust. UE, 4 giugno 2009, causa C-8/08, *TMobile Netherlands BV*, in *Foro it.*, 2010, IV, 29, § 30. V. altresì Corte Giust. UE, 6 ottobre 2009, cause riunite nn. 501, 513, 515, 519/06 P, *GlaxoSmithKline*, § 63: «l'accertamento della sussistenza dell'oggetto anticoncorrenziale di un accordo non può essere subordinato alla circostanza che i consumatori finali siano privati dei benefici di una concorrenza efficace in termini di approvvigionamento o di prezzi», posto che «l'art. 81 CE, al pari delle altre regole in materia di concorrenza enunciate nel Trattato, non è destinato a tutelare soltanto gli interessi di concorrenti o consumatori, bensì la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale».

¹⁶ Cfr., ad es., Trib. UE, 28 maggio 2020, causa T-399/16, *CK Telecoms UK Investments/Commissione*.

¹⁷ Communication from the Commission, *Temporary framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current COVID-19 outbreak*, C(2020) 3200 final, § 4-5.

2. Più di una rivoluzione, un nuovo inizio.

Torniamo al dibattito statunitense. E al “*big bang*” della *Chicago revolution* (anche se l’etichetta, per quanto si è detto, è solo in parte appropriata¹⁸).

La pretesa, agitata da Bork¹⁹ (e sorprendentemente ripresa dalla Corte Suprema²⁰), che lo *Sherman Act* andasse declinato alla stregua di una “*consumer welfare prescription*” è, con ogni probabilità, infondata²¹. Ma la frattura epocale rispetto al passato, nel segno della ‘scientificità’, se si vuole del “*New Learning*”, è vera e si tocca con mano.

Si tratta di una storia americana, che qui non è dato narrare, ma soltanto evocare in due battute. A partire dal malmestoso populismo che indusse il Congresso a varare – in odio ai *Robber Barons*, al trust monopolistico organizzato da una “persona paziente” quale John D. Rockefeller²² con la *Standard Oil Company*, all’ingombrante incombenza dei potentati economici che minacciavano di annichilire la libertà democratica – lo *Sherman Act*, dal nome di chi (senatore dell’Ohio, per inciso appartenente al *GOP* e fratello del celebre generale della Guerra di secessione) ne fu appassionato fautore. Che fosse questo lo spirito del tempo non è seriamente dubitabile. Ma che ciò basti a sostanziale i contenuti di clausole generali, di respiro costituzionale, quali quelle dettate dalle *sections* 1 e 2 dello *statute*, è parimenti da escludere. La babele letteraria creatasi intorno ai diciotto mesi di lavori preparatori che portarono al varo della prima, vera legge antitrust ha ormai convinto gli interpreti che per questa via

¹⁸ C’è chi – ad es., D.A. CRANE, *Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago*, in *U. Chi. L. Rev.*, 76, 2009, 1911, 1913 – assicura che Chicago ha sbancato il tavolo e chi, viceversa – è il caso di E. ELHAUGE, *Harvard, Not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent U.S. Supreme Court Decisions?*, in *Competition Policy International*, Autumn 2007, 59, 60 – assicura che la vera influenza sugli sviluppi giurisprudenziali fa capo a Harvard. Ciò che permette a W.E. KOVACIC, *The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix*, in *Colum. Bus. L. Rev.*, 1, 2007, 13-14, di concludere che, almeno per certi aspetti, si è determinata una sostanziale convergenza fra le due prospettive. Per chi voglia saperne di più, torna utile la lettura di C.S. YOO, *The Post-Chicago Antitrust Revolution: A Retrospective*, www.ssrn.com, December 2020.

¹⁹ R.H. BORK, *The Antitrust Paradox*, (nt. 7), 66.

²⁰ Corte Suprema, 11 giugno 1979, *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 343; Corte Suprema, 2 giugno 1984, *National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents of University of California*, 468 U.S. 85.

²¹ Arg. ex R.J.R. PERITZ, *Competition Law in America. History, Rhetoric, Law*, Oxford e a., 1996, 9 ss.

²² Rispettosa nei confronti dell’uomo, I.M. TARBELL, *A History of the Standard Oil Company*, New York, The MacMillian Company, 1904, non lo fu riguardo alla sua creatura.

non si sortiscono risultati affidanti, nel senso che chiunque si sia cimentato in questo esercizio, perseguendo un proprio disegno ricostruttivo, vi ha trovato quel che cercava. Il compito di attribuire significato a quelle “*lawless norms*” non poteva che esser rimesso alle corti. Che, in effetti, s’incaricarono di trovare il bandolo della matassa, individuandolo nell’impegno di arginare “the concentration of economic power in the hands of a few ... by keeping a large number of small competitors in business”²³. Quasi superfluo aggiungere che una siffatta impostazione implicava un corollario obbligato: che, cioè, lo *statute* mirasse a fini socio-politici, piuttosto che (o, comunque, in aggiunta a quelli) economici²⁴. E ciò valeva a chiudere il cerchio del *Populist Shift*, che avrebbe dominato la materia fino alla metà degli anni Settanta del secolo breve.

Passiamone in rapida rassegna i contorni. La pietra angolare era rappresentata dalle preoccupazioni espresse da Louis Brandeis, quando ancora faceva l’editorialista per la carta stampata, circa l’accumularsi del potere economico e “*the curse of bigness*”²⁵. Di lì, in un afflato consapevolmente plurale, partivano i fili che avrebbero condotto, di volta in volta, al sogno jeffersoniano di una società costellata da piccole imprese, che Justice William Douglas²⁶ voleva difendere dalle prevaricazioni del gigantismo industriale; ai trionfi del *Robinson-Patman Act*, il più gettonato nell’articolata progenie dell’originaria disciplina antitrust, proprio perché risolutamente (quanto goffamente) protettivo nei confronti dei concorrenti (a costo di pregiudicare la concorrenza)²⁷; alla priorità da assegnare alla libertà di scelta del venditore e del compratore²⁸; alla condanna giudiziale di concentrazioni che contavano per percentuali irriso-

²³ Corte Suprema, 31 maggio 1966, *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270, 274-75.

²⁴ Corte d’Appello per il 2° Circuito, 12 marzo 1945, *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 427 (J. HAND): «[I]t was not necessarily actuated by economic motives alone. It is possible, because of its indirect social or moral effect, to prefer a system of small producers, each dependent for his success upon his own skill and character, to one in which the great mass of those engaged must accept the direction of a few. These considerations . . . we think the decisions prove to have been in fact its purposes».

²⁵ I suoi articoli su *Harper's Weekly* risalgono al 1918.

²⁶ V., riassuntivamente, E.M. FOX, *The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium*, in *Cornell L. Rev.*, 66, 1981, 1140, 1150-51.

²⁷ La palma della disciplina più protezionistica e anticoncorrenziale mai registrata è stata assegnata al *Robinson-Patman Act* da H. HOVENKAMP, *Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled?*, *J. Corporation L.*, 45, 2019, 101, 121.

²⁸ Cfr. T.E. KAUPER, *The «Warren Court» and the Antitrust Laws: Of Economics, Populism, and Cynicism*, in *Mich. L. Rev.*, 67, 1968, 325, 332.

rie del mercato²⁹; al sospettoso scrutinio della verticalità in forma di contratti di distribuzione³⁰; all'accentuazione dei profili strutturali, fino ai lavori della *Neal's Commission* e al suo *Concentrated Industries Act* del 1968, cui seguiranno le proposte deconcentrative dell'*Industrial Reorganization Act* del senatore Philip Hart nel 1972; alla proliferazione dei divieti *per se*, che sbarravano la via a qualsivoglia tentativo di far valere giustificazioni efficientistiche.

Ecco, allora, prospettarsi l'eccesso di interventismo a colpi di divieti tombali: un precipitato di buone intenzioni, mal coacervate al punto da esporsi alle critiche feroci di Bork e Bowman³¹, i quali dalle pagine di una rivista di larga diffusione ebbero a denunciare i misfatti di un'elaborazione che, per strada, aveva perso ogni rispettabilità intellettuale, mettendo capo a "*bad economics, worse jurisprudence*". Andava così ad innescarsi, per legge del contrappasso (e a riprova del fatto che il populismo non è un'ideologia, ma uno stato d'animo), un populismo di segno contrario, dichiaratamente ostile al parossismo applicativo e validato – sta qui la differenza! – dalla coerenza dottrina della Scuola di Chicago, a sua volta votata a disperdere l'atmosfera di inospitalità e sospetto creatasi a ridosso di ogni iniziativa imprenditiva che apparisse in odore di eterodossia³².

Il rovesciamento del quadro è spettacolare. Nel segno dell'efficienza allocativa e della *price theory*, si spiega che alla condotta d'impresa va presuntivamente accreditato l'intento di implementare la migliore utilizzazione delle risorse; che il mercato è normalmente in grado di correggere da sé le deviazioni monopolistiche; che la correzione regolatoria è probabilmente peggiore del male cui intende rimediare, perché gravemente esposta agli errori di Tipo 1, ossia ai 'falsi positivi', doppiamente pregiudizievole perché condannano le condotte da incentivare in quanto virtuosamente concorrenziali; che le dimensioni dell'impresa derivano (non già dalla smodata ansia di dilatare il po-

²⁹ V. *United States v. Von's Grocery Co.*, (nt. 23), 271-72, 279 (concentrazione orizzontale che avrebbe portato alla creazione di un'entità col 7,5 per cento del mercato); Corte Suprema, 25 giugno 1962 *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 343-44, 346 (quota di mercato del cinque per cento).

³⁰ V. Corte Suprema, 12 giugno 1967, *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365, 382.

³¹ R.H. BORK, W.S. BOWMAN JR., *The Crisis in Antitrust*, in *Fortune*, December, 1965, 138.

³² Tradizione di inospitalità che F.H. EASTERBROOK, *The Limits of Antitrust*, in *Tex. L. Rev.*, 63, 1984, 1, 4, faceva risalire a Donald Turner, con ogni probabilità a torto: cfr. M.J. NIEFER, *Donald Turner, Vertical Restraints, and the Tradition of Inhospitality of Antitrust*, in *Antitrust L. J.*, 82, 2018, 389.

tere monopolistico, ma) dagli stimoli del mercato, così come suole avvenire per il livello di concentrazione; che bisogna neutralizzare ogni influenza politica³³, perché contano soltanto – nel perimetro dell’antitrust, beninteso – le sole grandezze economiche. Non sono, si badi, comandamenti nel vuoto, perché alla loro enunciazione conseguono lo smantellamento di gran parte del bagaglio delle proibizioni *per se* (relative all’*exclusive dealing*, al *leverage* in genere, al *tying* e *bundling*, alle restrizioni verticali, ultima in ordine di tempo l’imposizione del prezzo di rivendita, *RPM*), il ricorso allargato alla ‘regola di ragione’ (*RoR*), la focalizzazione dell’attività repressiva sui ‘cartelli stretti’, la riduzione dei margini per il ricorso al divieto di monopolizzazione. L’antitrust cambiò volto. Nulla sarebbe più stato come prima, se non fosse che, si vedrà, qualcuno vorrebbe tornare ai bei tempi andati.

È appena il caso di aggiungere – senza riprendere i dettagli di un dibattito ancor oggi inesausto – che non tutto ciò che pertiene alla rivoluzione indotta dalla Scuola di Chicago e dintorni resisterà allo scrutinio del tempo. Verranno i *Post-Chicago Developments*, i teoremi della possibilità, che impiegano, nei confronti del nuovo (per allora...) ‘credo’, le stesse tecniche di guerriglia concettuale che Richard Posner e soci avevano impiegato con successo contro lo schema ‘struttura/condotta/prestazione’, mostrandone le occasionali smagliature come premessa al disegno di denunciarne la complessiva inconsistenza³⁴. La teoria dei giochi e l’economia comportamentale, quando non assorbite dal pensiero prevalente, s’incaricheranno di mettere a nudo la staticità dell’analisi di marca *Chicagoan*. Ma tutto ciò rimane all’interno del solco segnato dal sommovimento prodottosi negli anni Settanta. Le critiche imperversano; ma presuppongono quel calco. Parlano quella lingua, usano la stessa metrica³⁵.

L’insoddisfazione è fenomeno più recente. Ancora da decifrare.

³³ Punto delicato quant’altri mai, su cui si dovrà tornare in prosieguo.

³⁴ «[I]t is presumptuous to conclude ... that markets populated by fewer firms perform less well or offer competition that is less intense»: H. DEMSETZ, *The Economics of the Business Firm: Seven Critical Commentaries*, Cambridge, Mass., 1995, 141.

³⁵ E v., infatti, le puntualizzazioni di J.B. BAKER, *A Preface to Post-Chicago Antitrust*, in A. CUCINOTTA, R. PARDOLESI, R. VAN DEN BERGH (a cura di), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Cheltenham e a., 2002, 60: «A quarter-century after antitrust’s Chicago revolution began, antitrust retains one legacy of the Chicago School, an economic orientation. The post-Chicago criticisms of received doctrine are largely ‘internal’, not disputes about basic approaches or fundamental values».

3. Suggestioni da “*bei tempi andati*”: davvero così gloriosi?

L'insofferenza è figlia del disagio. E il disagio si è tradotto nella corale invocazione del ritorno al populismo di allora. Si è formato un movimento, “*neo-Brandeisian*” per i suoi adepti, “*hipster antitrust*” per gli scettici, che per ora il ritorno a una concezione della concorrenza orientata in senso strutturale e sensibile a interessi ‘altri’, come pure a considerazioni politiche. Ne ho parlato in altra sede e a quelle notazioni rinvio per ulteriori dettagli³⁶. Non senza rimarcare che il disagio, e la conseguente insofferenza, hanno fatto larga presa. Basti ricordare, al riguardo, che all’inizio di marzo del 2019 il *Senate Judiciary Committee* ha rilanciato il dibattito sull’opportunità di dismettere il principio del *consumer welfare* per far ‘rivivere’ un antitrust capace di proteggere la società civile dall’intimidazione dei poteri pubblici e privati o, comunque, per riscattarlo dalla sua minorità applicativa. Un po’ come aprire il proverbiale vaso di Pandora. Non a caso, quello che sembrava un sussulto è poi diventato terremoto.

Le ragioni del disagio sono molte; e possono qui essere soltanto cennate. A partire dalla rilevazione di un quadro complessivo pesante, misurato sulla base di un indice di concentrazione macroeconomico quale il CR 50, e comunque di una percepita “*runaway corporate concentration*”³⁷, che si vuole vada di concerto con un fatale declino della concorrenza, con conseguente (ma perché?) crescita esponenziale della disegualianza. Per poi passare alla constatazione di una montante arrendevolezza nei confronti degli aggregati monopolistici, che si pretende derivi dall’assegnazione di un ruolo di tecnocratica centralità all’efficienza allocativa (messa alla berlina come grottesca distorsione degli obiettivi faticosamente delineati dal Congresso nel 1890). Le critiche si appuntano, altresì, sulla preferenza, ovviamente implicita, per l’*under-enforcement*, giustificata dalla teoria dei costi di errore, preferenza che rimbalza in slogan logori e abusati, quali “tutela della concorrenza e non dei concorrenti”, che premerebbero la passività e l’inazione, e approda alla paralisi indotta dalla sostituzione di agevolvoli *per se rules* con le irrisolte difficoltà della *RoR*. Il punto più basso si tocca con la pratica dismissione della *Section 2* dello Sher-

³⁶R. PARDOLESI, *Hipster antitrust e sconvolgimento tettonici: «back to the future»?*, in *Merc., conc., reg.*, 2019, 77. Per qualche aggiornamento, v. D.I. WAKED, *Antitrust as Public Interest Law*, (nt. 3), 88, che muove da un’inequivoca premessa: «Reject Efficiency-Only Goal of Antitrust».

³⁷Da combattere con determinazione, come si legge nella *2020 Democratic Party Platform* del 18 agosto 2020, 25, <https://democrats.org/wp-content/uploads/sites/2/2020/08/2020-Democratic-Party-Platform.pdf>.

man Act, che induce i critici ad affermare che la *monopolization* non abita più qui (negli U.S., visto che l'Europa racconta una storia diversa, con – tra l'altro – un discreto gradiente antiamericano). Risultato anche più scabroso se si conviene che la dimensione digitale, propiziando un “*extreme return to scale*”, amplificando a dismisura le esternalità di rete e creando *ex novo* il “potere dei dati”, ha innescato minacce fundamentalmente diverse da quelle con cui ci si è misurati nel passato³⁸. Quanto dire che i *tech-giants* sono diversi: non alzano i prezzi, perché assai spesso forniscono i loro servizi gratuitamente, non riducono l'*output*, il che – stando al criterio canonico- dovrebbe escludere che la loro attività comporti pericoli antitrust, laddove dovrebbe essere evidente che i “*tech behemoth*”, GAFAM e dintorni, degradano la qualità del prodotto, in particolare sul fronte della privacy; accrescono le forme di sorveglianza sociale, operano spettacolari spostamenti di ricchezza, determinano caduta di fiducia nei mercati; impongono significative diseconomie ai terzi; modulano restrittivamente l'innovazione, alimentano diffuse preoccupazioni morali, sociali e politiche; manifestano una spiccata capacità di durata nel tempo³⁹.

Il *cahier de doléances* è fitto di voci che nessuno può permettersi di ignorare. Solo che, per buona parte di esse – quelle che toccano più in profondità le nostre coscienze –, l'antitrust conta poco, tanto sul piano eziologico quanto su quello rimediale. Avrà ragione Thomas Piketty a denunciare l'accentuarsi dell'accumulazione capitalistica e l'aggravarsi del divario nella distribuzione della ricchezza; e si potrà sinanche convenire che tutti i mezzi sono buoni, compreso l'antitrust, per (tentare di) ovviare a un male che corrode il viver civile e semina tempesta⁴⁰. Ma si dovrà comunque convenire che la disciplina della concorrenza resta comunque al margine dell'impianto macro-economico e, per certo, non è in grado di ribaltarla⁴¹. Rimproverarle di non fare, o far

³⁸ Cfr. la «disruption analysis» di J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Age*, Final report, 2019, 19 ss.

³⁹ Per questo vibrante atto d'accusa, v. M. STUCKE, *Should We Be Concerned About Data-polies?*, in *Geo. L. Tech Rev.*, 2, 2018, 275, cui può far da contraltare la ‘tecnocratica’ difesa di D.D. SOKOL, *Antitrust's «Curse of Bigness» Problem*, in *Mich. L. Rev.*, 118, 2020, 1258, 1280 (recensione al libro di Tim WU, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Area*, New York, 2018), a cui dire «[a]ntitrust does well dealing with antitrust problems. To the extent that there are other related problems, the right answer is not to create an antitrust that lacks democratic accountability (because antitrust becomes regulation via the backdoor) and exceeds its mandate of the past forty years. Rather, the better solution is to identify the underlying problem and solve it with more effective tools».

⁴⁰ Cfr. R. PARDOLESI, *Non rinunciamo a provarci* (Tavola rotonda su Baker e Salop, *Antitrust, politica della concorrenza e diseguaglianza*), in *Merc., conc., reg.*, 2016, 148.

⁴¹ V. i rilievi di S.B. SACHER, J.M. YUN, *Some reactions to «reactionary antitrust»*, in *Con-*

male, un mestiere che non le compete va dritto nella direzione dell'esercizio retorico.

Quando, invece, ci si muova ben all'interno del perimetro antitrust – come nel caso del preteso lassismo nei confronti dei titani digitali –, va messa nel conto e adeguatamente valorizzata la dimensione epocale dei cambiamenti in atto. Alla fine del secolo scorso, ci ricorda il Department of Justice nell'*incipit* del suo recente *complaint*⁴², Google era divenuto “the darling of Silicon Valley as a scrappy startup with an innovative way to search the emerging internet. That Google is long gone”. Cifre alla mano: il gigante di Mountain Valley ha sviluppato, per il 2019, un fatturato totale di \$ 160,7 miliardi, con profitti netti nell'ordine di \$ 33 miliardi; il suo valore di mercato è stimato intorno al trilione di dollari. Quanto a Facebook, ci viene detto che due miliardi di persone e più si avvalgono, ogni giorno, della sua famiglia di prodotti e servizi⁴³; e c'è da credere (ma la generazione Z sembrerebbe pensarla diversamente, a colpi di TikTok) che sia ancora nella sua infanzia, posto che la società è stata fondata nel 2004⁴⁴. Insieme ad Amazon⁴⁵, Apple e Microsoft, i protagonisti della nuova economia digitale, con una capitalizzazione di mercato che nell'aprile 2020 ammontava a 5,2 trilioni di dollari, hanno scalato il mondo, realizzando fatturati più consistenti dei bilanci di non pochi paesi industrializzati. Quel mondo lo hanno anche profondamente modificato, ridisegnando in modo radicale – potrà piacere o no, ma è accaduto – la nostra vita: ci induce a prenderne atto il più recente libro di Don De Lillo, che immagina un *blackout* capace di azzerare la tecnologia, dunque un'apocalisse digitale che retrocede l'umanità alla dimensione analogica, condannandola, in pratica, al silenzio⁴⁶. Implicito, in tutto ciò, lo straordinario

currences, 4, 2020, 1 (e già *Twelve Fallacies of the «Neo-Antitrust» Movement*, in *Geo. Mason L. Rev.*, 26, 2019, 1491). E sul fatto che «antitrust laws can only play a small role in addressing inequality, and an even smaller role in eradicating it» conviene anche chi, come D.I. WAKED, *Antitrust as Public Interest Law*, (nt. 3), vorrebbe nondimeno riconcettualizzare l'antitrust come normativa incentrata sul perseguimento dell'interesse pubblico e, quindi, esplorarne le possibilità d'impiego contro la povertà. Ovvio obiezione: poco è meglio di niente (e v., infatti, Z. LISKOW, *Redistribution for Realists*, www.ssrn.com, February 2021).

⁴² DOJ, *Complaint* in data 20 ottobre 2020, 3.

⁴³ JUDICIARY SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW, Majority Staff Report, *Investigation of competition in digital markets*, 133 ss. (October 2020).

⁴⁴ Sull'esordio di Mark Zuckerberg e dei suoi tre sodali v. S. LEVY, *Facebook: The Inside Story*, New York, 2020, 65 ss.

⁴⁵ Per una 'biografia' certamente non autorizzata, e men che agiografica, v. L. KAHN, *The Ideological Roots of America's Market Power Problem*, in *Yale L. J. Forum*, 127, 2018, 960.

⁴⁶ *The Silence* è, appunto, il titolo del libro, edito da Scribner (e, ora, in Italia, da Einaudi).

contributo apportato dalle nuove tecnologie: il loro avvento ha scandito progressi vistosi e, a veder bene, irrinunciabili.

Certo, la crescita vertiginosa dei *tech giants* ha innescato spinosi problemi in chiave antitrust. Talune reazioni sono parse goffe, si ricordi il caso *Bottin*⁴⁷, o persino controproducenti, come quella scaturita dal braccio di ferro del *Google Books Settlement*⁴⁸. Ma il loro numero si è infittito nel tempo, a riprova di preoccupazioni sempre più acute circa la viabilità di mercati egemonizzati come mai in passato; e ora piovono da tutte le parti⁴⁹.

Qualcuno potrebbe obiettare che quest'ultimo rilievo smentisce l'execrata passività da *CW*, senza che si possano dire davvero risolte le riserve circa l'opportunità di simili iniziative. A fronte del florilegio di voci intese a denunciare i guasti dell'economia digitale⁵⁰, non sono pochi i commentatori impegnati a ricordarci che la fornitura di "beni gratuiti" (ad opera di motori di ricerca e piattaforme di *social media*) apporta importanti vantaggi ai consumatori⁵¹.

La misurazione in termini positivi del *consumer welfare* generato dai 'beni digitali' (Facebook compreso) è ovviamente assai più problematica. Ma c'è chi ci ha provato: v. A. COLLIS, *Consumer Welfare in the Digital Economy*, nel *Report* citato *infra* nt. 51, 474, puntando all'impiego di metriche miste, comprensive di misurazioni soggettive del «vero» *well-being* (496 s.).

⁴⁷R. PARDOLESI, A. URSO, *Di mappe multimediali, prezzi predatori e benessere dei consumatori*, in *Foro it.*, 2012, IV, 202. La decisione del Tribunal de commerce de Paris fu annullata, quattro anni più tardi, in sede di appello.

⁴⁸Cfr., in prima approssimazione, R. PARDOLESI, *Tramonti americani: il rigetto del Google Books Settlement*, in *Foro it.*, 2011, IV, 277.

⁴⁹Fra le iniziative più recenti, l'azione 'bipartisan' guidata dall'Attorney General del Colorado, Phil Weiser, per conto di una coalizione di 38 Stati dell'Unione contro Google e la sua monopolizzazione illecita del mercato dei motori di ricerca (17 dicembre 2020); quella dell'Attorney General del Texas, Ken Paxton, supportato da una dozzina di Stati, per l'illecita monopolizzazione, sempre ad opera di Google, dell'*online display advertising* (16 dicembre 2020); e quella promossa dalla FTC, col seguito di 46 Attorneys General statali, nei confronti di Facebook, per illecita monopolizzazione conseguente alle acquisizioni (in passato) di Instagram e WhatsApp (9 dicembre 2020).

⁵⁰La lista si è fatta troppo lunga e monotona (salvo rammentare che, quando diventano comuni, i luoghi si fanno analiticamente insidiosi) perché valga la pena di riportarla. Meglio, forse, additare i risultati concreti, a partire dal teutonico *Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz)*, BGBl 18. January 2021, che anticipa (e, per certi versi, si distacca dal) le iniziative europee del Data Governance Act (DGA) e Digital Markets Act (DMA).

⁵¹Scegliendo nel mucchio, ci si limita a rinviare a C. VELJANOVSKI, *Algorithmic Antitrust*, www.ssrn.com, July 2020. Ma per chi voglia approfondire, si schiudono orizzonti sconfinati o quasi: basterà volgersi alle quasi 1400 pagine del *Report on the Digital Economy* del Global

Tanto più che la montante aspirazione dei giorni nostri all'introduzione di nuovi strumenti, che permettano di rivitalizzare lo scrutinio antimonopolistico dei mercati digitali, sconta due fragilità⁵²: la prima, alimentata dalla tradizionale tendenza a far leva sull'antitrust per colmare i vuoti di plessi disciplinari contermini, consiste nella sottovalutazione della possibilità che altre forme di regolamentazione gestiscano efficacemente i fallimenti di mercato; la seconda, esacerbata dall'indifferenza rispetto alle implicazioni istituzionali dell'applicazione dei nuovi strumenti che si vorrebbero implementare⁵³.

Tutto questo, in ogni caso, ha poco a che vedere col *CW* e la presunta impossibilità (“*blind spots*”) di applicare i suoi sofisticati apparati analitici al dinamismo digitale. Può darsi che la conversione di taluni strumenti antimonopolistici all'ecosistema delle piattaforme e alla notte hegeliana del prezzo zero comporti difficoltà pratiche; ma appunto di questo si tratta, di aggiustamenti persino laboriosi, che non investono, però, le basi concettuali (scoprire, ad es., dove il prezzo diventa positivo e si presta ad essere rilevato)⁵⁴. Ancora, può persino essere che, come opina la Commissione UE⁵⁵, “i processi di mercato

Antitrust Institute, a cura di J.D. WRIGHT, D.H. GINSBURG, www.GAIDigitalReport.com (November 2020).

⁵² Come osserva G. MONTI, *Attention Intermediaries: Regulatory Options and Their Institutional Implications*, TILEC Discussion Paper, July 2020, 4 s.

⁵³ Entrambe le prospettive vengono colte da M. GRANIERI, V. FALCE, *Search Design Policy, Digital Disruption and Competition Law*, in *Market and Competition L. Rev.*, 2017, 115.

⁵⁴ Questa, alle corte, la morale che deriva dall'analisi di J.M. YUN, *Does Antitrust Have Digital Blind Spots?*, www.ssrn.com, April 2020.

⁵⁵ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*, COM(2020)842 final, 15 dicembre 2020. Per un commento assai critico (sul duplice versante del ‘disancoraggio’ dalla prospettiva concorrenziale e dell'eccesso di centralizzazione in capo alla Commissione), v. M. SCHALLBRUCH, H. SCHWEITZER, A. WAMBACH, *Europa stützt die Datenmacht der Digitalkonzerne*, <https://zeitung.faz.net/faz/wirtschaft/2021-01-22/flf1c817e9a2467aeab85414f518ac52/>, Per un approccio che mira, viceversa, a rimanere ben all'interno del perimetro antitrust, si veda la proposta di legge della senatrice A. KLOBUCHAR, *Anticompetitive Exclusionary Conduct Prevention Act*, S. 3426, 116th Cong., 2d Sess., Mar. 10, 2020 (e le ulteriori elaborazioni proposte da J.B. KIRKWOOD, *Tech Giant Exclusion*, www.ssrn.com, January 2021, risoluto nell'escludere che la soluzione del problema possa consistere – cfr. nota seguente – nella «horizontal dissolution» dei tech giants, là dove [qualcosa di più sarebbe dato sortire in ottica verticale, dato che] le criticità sono rappresentate non già e non tanto dalla stazza delle piattaforme, quanto da pratiche di manipolazione dei risultati di ricerca, appropriazione dei pregi di prodotti altrui e rifiuto di contrattare, sulle quali dovrebbe appuntarsi l'intervento di riforma dello Sherman Act; di scorcio, l'osservatore continentale rileverà che l'urgenza dell'intervento è legata alla difficoltà di ravvisare, nel panorama digitale, ipotesi di ‘monopolizzazione’ pregiudizievole, mentre la soglia di attenzione europea, predicata sul concetto di dominanza, è assai più

si rivelino spesso incapaci di assicurare risultati economici giusti riguardo ai servizi digitali di base, *core platform services*”, sino a determinare la colonizzazione del settore nelle mani del *gatekeeper* di turno e postulare interventi preventivi: salvo ammettere che, per questa via, ci si lascia l’antitrust alle spalle – per meglio dire, impregiudicato – alla volta di proiezioni regolamentari, a carattere comportamentale – cosa non deve fare la piattaforma che abbia impatto significativo sul mercato interno, gestisca un servizio con funzione di nesso obbligato fra le imprese e i consumatori finali, abbia una posizione stabile e presumibilmente destinata a durare nel tempo – non prive di risvolti inquietanti (ma questo è altro discorso...).

Preme, piuttosto, rimarcare come, nel far leva propriamente antimonopolistica sui guasti da gigantismo digitale per riproporre, nella sostanza, l’idea che “*big is bad*”, si rischia di riattivare gli antichi equivoci da “*no-fault monopolization*”⁵⁶. La grande dimensione conferisce, nell’immaginario di tanti, potere; potere che offre il destro per approfittamenti, i quali elidono la concorrenza. Senonché, la sequenza non è obbligata; la mera probabilità che tutto ciò avvenga non giustifica la repressione, per la stessa ragione per cui la dominanza entra nell’occhio del ciclone solo in quanto abusata. Si può fare diversamente, va da sé. Ma, allora, altro che dismettere il principio del *CW*! Perché, semplicemente, non sarà più il caso di parlare di economia di mercato e libertà d’impresa.

bassa, anche se la su citata proposta della Commissione assume sia, in termini operativi, comunque troppo elevata).

⁵⁶ V., ad es., la proposta di E. WARREN, *Here’s How We Can Break Up Big Tech*, <http://medium.com/@teamwarren>, marzo 2019, in termini di *no-fault monopolization* da far scattare nei riguardi di società «con ricavi annuali globali di 25 miliardi di dollari o più e che offrano *online* al pubblico uno spazio di mercato e di scambio o una piattaforma per connettere terze parti». Quanto al retroterra culturale, gli apporti più recenti si devono a R.H. LANDE, R. ZERBE, *The Sherman Act Is A No-Fault Monopolization Statute: A Textualist Demonstration*, www.ssrn.com, April 2020 («New legislation creating a strong presumption that a firm with a 67% market share has violated the antitrust laws would be an important step in the right direction, the direction that Congress intended in 1890»: così il primo dei due autori, nella sua *Submission to House Judiciary Antitrust Subcommittee Investigation of Digital Platforms*, 16 aprile 2020) e a M. LAO, *No-Fault Digital Platform Monopolization*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, 61, 2020, 755, 789 (la quale, pur intimando che «the sheer dominance of the largest platforms in their respective spheres likely carries a risk of harm to innovation in the long run» e che, in ogni caso, «stronger section 2 enforcement is long overdue», conclude che «no-fault reform efforts would be misplaced», quanto meno «at this time»). Non va dimenticata, d’altro canto, la voce di chi vorrebbe rilanciare, con accenti più incisivi di quanto sia mai avvenuto in passato, la dottrina delle ‘*essential facilities*’: cfr., *ex multis* e da ultimo, N. GUGGENBERGER, *Essential Platforms*, www.ssrn.com, October 2020.

Quanto, poi, all'opportunità di innervare la pratica applicativa con valori diversi dall'efficienza economica, resta da dimostrare che questa traiettoria possa essere praticata senza ricadere negli avvistamenti che tanto hanno contribuito al discredito dell'antitrust che fu. E sono molti a dubitarne⁵⁷. Lo scetticismo sugli scenari alternativi a quello imperniato sul *consumer welfare* – un po' come dismettere uno strumento modesto, ma fidato, sostituendolo con un libro dei sogni ambizioso quanto velleitario – riposa su argomenti solidi. Non, però, su quello prediletto dall'ortodossia di Chicago: ossia la (favola della) neutralità ideologica del diritto della concorrenza modulato secondo i suoi paradigmi.

4. *Antitrust e ideologie: alla ricerca di una 'purezza' impossibile.*

Che il *consumer welfare* sia in grado di 'mondare' l'antitrust da influenze politiche è pretesa, alla fin fine, persino ingenua: non foss'altro perché chiude gli occhi sul significato inevitabilmente ideologico di quella pretesa neutralità⁵⁸.

Ma, per tema che quest'ultima affermazione provi troppo, può essere utile ricordare che all'origine dell'antitrust ci fu una scelta politica, portatrice di valori quasi costituzionali, mai messa seriamente in dubbio prima dell'avvento di Chicago. In estrema sintesi. La tradizione di *common law* esprimeva una radicata ostilità nei confronti dei monopoli, creati e dispensati dalla Corona; rivendicava, dunque, la libertà economica da sottrarre all'interferenza dello Stato. Negli U.S. si era altresì radicata l'idea di una libertà contrattuale a sua volta immune dall'ingerenza statale. Le due libertà reagivano all'unisono nei confronti di monopolizzazioni di marca governativa; mentre i monopoli privati incidono sulla sola libertà di commercio, che entra così in rotta di collisione con l'autonomia contrattuale. E proprio da questo conflitto, e dalla volontà politica di evitare che i privati potessero dotarsi di poteri regolatori analoghi a quelli dello Stato, ebbe a formarsi il diffuso consenso sull'antitrust del Senato-

⁵⁷ V. per tutti, con toni da autentica requisitoria, E. DORSEY, *Antitrust in Retrograde: The Consumer Welfare Standard, Socio-Political Goals, and the Future of Enforcement*, in *Report on the Digital Economy*, (nt. 51), 109, 144 ss. («several decades of enforcement experience tend to undermine assertions that antitrust law is a competent vehicle for furthering socio-political ends»).

⁵⁸ Una preziosa ricognizione dei risvolti cui si farà cenno nel testo si legge nelle pagine di A. KATZ, *The Chicago School and the Forgotten Political Dimension of Antitrust Law*, in *U. Chi. L. Rev.*, 87, 2020, 817.

re John Sherman. Può sembrare sorprendente che questa prospettiva fosse sentita e seguita a Chicago, quando, nel 1934, Henry Simons stilava il suo pamphlet sulla politica economica liberale⁵⁹, avvertendo contro i pericoli delle “*gigantic corporations*”; e che lo fosse ancora nel 1946, ai tempi del reclutamento, ad opera dell’università di Simons e Hayek, di figure come Milton Friedman e Aaron Director: fino alla ‘conversione’ di quest’ultimo, che sarebbe esitata nel famoso manifesto, a firma congiunta con Edmund Levi, dal titolo: “*Law and the Future of Trade Regulation*” (1957). Processo in apparenza sorprendente, si è detto; ma il fatto è che non v’è mai stata soluzione di continuità per quel che attiene all’aspirazione a contenere le prevaricazioni del potere privato; mentre sono rimaste a lungo nel vago, e sono poi venute divaricandosi, le idee su come propiziare quel risultato.

Morale scontata: la connotazione politica c’è sempre stata, sempre ci sarà (l’asetticità non è di questo mondo)⁶⁰. Nel focalizzarsi sul benessere economico, ignorando altri obiettivi, “[t]he CW standard does entail value choices”⁶¹. Ed è allora ragionevole convenire che l’apporto microeconomico – chiamiamolo così, per liberarlo da ogni sindrome parrocchiale – è (stato) prezioso per

⁵⁹ H.C. SIMONS, *Positive program for laissez faire. Some proposals for a liberal economic policy*, Chicago, 1934, 4, «the great enemy of democracy is monopoly, in all its forms: gigantic corporations, trade associations and other agencies for price control, trade unions or, in general, organization and concentration of power within functional classes».

⁶⁰ Ne forniscono riscontro lampante gli agili scritti, poco meno di una ventina, raccolti da *Concurrences, On-topic* del 12 gennaio 2021, dedicati all’oroscopo antimonopolistico a stelle e strisce, ossia ai pronostici su come si atteggerà la «new US antitrust administration». Con interventi che vanno dalle raccomandazioni in ordine alla necessità di attenersi alla consolidata affidabilità del principio del *consumer welfare* (v., ad es., A.D. ABBOTT, *Competition policy challenges for a new US administration*, § 14) al suo deciso ripudio, «let’s get rid of this as a guiding phrase for antitrust enforcement» (così H. FIRST, E.M. FOX, *Biden Antitrust: the middle way*, che, al § 36, scandiscono la loro propensione per un’alternativa -per il vero alquanto fumosa- da «market process in the interest of the people»): tutti comunque concordi nel prevedere, nel bene o nel male, un maggior attivismo nell’*enforcement* della disciplina antitrust.

⁶¹ Così, perentoriamente, A.D. MELAMED, N. PETIT, *The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets*, in *Rev. Ind. Organ*, 54, 2019, 741, che poi rincarano: «those choices [...] are not just an arbitrary selection of outcomes desired by those that shape the law. Instead, they are a means of promoting legitimacy and accountability. [...] If antitrust law were understood to pursue multiple and perhaps conflicting or ill-defined objectives, antitrust decision-makers would be free to make largely unconstrained value choices. The law’s embrace of a coherent – even if sometimes difficult to apply – standard thus promotes the legitimacy of antitrust enforcement by reducing the likelihood of arbitrary interventions into market transactions and makes government and judicial decision makers more accountable».

lo sviluppo di un antitrust moderno e *compos sui*, ma non può dare tutte le risposte (anche se segna i limiti di quelle che si possono ricevere). Su tali presupposti, la riscoperta della dimensione politica del diritto della concorrenza non complica il quadro; al contrario, lo definisce (e, paradossalmente, lo semplifica). A ognuno, dunque, la sua opzione: ma sempre interna all'antitrust, nell'ambito di quanto esso è deputato a fare.

Digital markets and competition policy. Some remarks on the suitability of the antitrust toolkit

Mercati digitali e politica della concorrenza. Alcune riflessioni sull'efficacia dei tradizionali strumenti antitrust nel contesto digitale

Mario Libertini*

ABSTRACT:

It is generally agreed that digital markets have peculiar characteristics that are difficult to capture using traditional market analysis tools. For some, antitrust and regulatory authorities should intervene as little as possible and not hinder the flow of innovation taking place in these markets. However, the prevailing orientation, both in USA and in Europe, recognizes the need for policies to contrast the excessive power of the “web giants”. In this context, special antitrust rules and new conceptual tools are deemed necessary, starting with overcoming the traditional concept of the relevant market. The author believes that a similar result could also be achieved through an evolutionary interpretation of current antitrust rules.

Keywords: antitrust; relevant market; digital markets; digital platforms

È opinione comune che i mercati digitali hanno caratteristiche peculiari, che difficilmente possono essere colte mediante i tradizionali strumenti di analisi dei mercati. Per alcuni, le autorità antitrust e di regolazione dovrebbero intervenire il meno possibile e non ostacolare il flusso di innovazioni che si realizza in questi mercati. L'orientamento prevalente, sia negli USA che in Europa, è però nel senso della necessità di politiche di contrasto dello strapotere dei “giganti del web”. In tale contesto, si ritengono necessarie norme antitrust speciali, e nuovi strumenti concettuali, a cominciare dal superamento della tradizionale concezione del mercato rilevante. L'a. ritiene che a tale risultato si potrebbe giungere anche con un'interpretazione evolutiva delle norme antitrust vigenti.

Parole chiave: antitrust; concorrenza; mercato rilevante; mercati digitali; piattaforme digitali

* Professore Emerito di diritto commerciale, Sapienza Università di Roma; e-mail: mlibertini@liblex.it.

TABLE OF CONTENTS:

1. The standard description of digital markets. – 2. Divergent views about the functioning of digital markets. – 3. The U.S. Congress Majority Report (October 2020). The focal points. – 4. Markets analysis. – 5. Some remarks on the description of the markets. – 6. The analysis of the market behaviours of the online dominant platforms. – 7. The recommendation of the U.S. Congress Report. – 8. The counter-report of the Global Antitrust Institute of the George Mason University (November 2020). – 9. The mainstream opinion: the need for a stronger regulation, or a strong antitrust enforcement, in the digital markets. – 10. New regulation or an updated antitrust toolkit? – 11. The relevant market issue. – 12. The standards of merger control and killer acquisitions. – 13. The EU Digital Markets Act and its impact on general antitrust rules.

1. *The standard description of digital markets.*

There are some shared points regarding the features of digital markets¹:

a) They are based on a huge communication infrastructure, that is disseminated all over the world (the “Web”).

b) This global infrastructure allowed the birth of new business and new markets, that gave raise to a great process of “*disruptive innovation*”, i.e., the crisis of several traditional economic activities and their substitution by new digital business (the illusion soon fell that the Web would be only an open communication medium among free individuals, without business intermediation).

c) New markets often have a worldwide dimension, or, at least, very large geographical boundaries. Moreover, companies can transfer their know-how easily from one product – or service market to another. In other words, it is hard to analyse digital markets with the traditional concepts of geographical or product markets.

d) These characteristics mean that new markets and new businesses can have unprecedented rates of growth in speed and size. The “giants of the Web” are young companies.

e) The global communication infrastructure provides enormous possibilities for storage and elaboration of data. The phenomenon of “*Big Data*” assumes a key role in digital markets: it can be said that they are *data-centric markets*; moreover, *data advantages* are the key competitive advantages in digital markets.

¹ Sede, f.e., EU COMMISSION, *Competition Policy for the Digital Era*, A report by J. CRÉMER, J.A. DE MONTJOYE, H. SCWEITZER, 2019.

f) The Web, with its global communication environment, is the ideal basis for the growth and success of platform enterprises, which act as new intermediaries in two- or multi-sided markets, where suppliers and users of different, complementary services, are connected to each other.

g) The possibility to build two- or multi-sided markets makes it possible to insert within them some “Zero Price Markets”, which, on a side of the market, attract lots of free users (often also suppliers of their personal data), essential for the success of the platform operator, but also on the other market sides, act where users pay money to it.

h) Platforms of success benefit from big *Network Effects*. Therefore, digital markets tend towards a strong concentration and, not seldom, to the monopolization; in practice, network effects tend to transform competition “in” the market into competition “for” the market (“*Winner-Takes-All*”).

i) The platform system makes it easier, for large platform businesses, to enter different markets than their “native” sectors. The boundaries between product – or service markets become weak, and businesses which have market power can easily extend their power to other markets, even though they are new entrants into these markets.

2. Divergent views about the functioning of digital markets.

The analysis briefly described in the above list is now common knowledge. Nevertheless, the opinions and the proposals on this matter diverge radically.

Some believe that the digital revolution constitutes a great, historical success of the market economy, in its essential attitude to promote dynamic efficiency of the markets: a “creative disruption” (in the Schumpeterian sense) sparked by innovation. Therefore, antitrust and regulation authorities should go along with this process, as far as possible. Accordingly, they should refrain from hasty interventions on these ongoing dynamic processes.

Some others, who have now become a majority, believe that the spontaneous evolution of the digital markets has created, in a few years, an excessive concentration process. In particular, a few big platform enterprises (“Big Tech”²) attained a dominant position on some markets and so became “gate-

² Often also designated with the acronym “GAFA” (Google, Amazon, Facebook, Apple) or “GAFAM” (with the addition of Microsoft). In the public discourse we can find sometimes also the acronym “TAGAF” (Twitter, Apple, Google, Amazon and Facebook) [see L. ZINGALES, *Il colpo di stato silenzioso delle piattaforme digitali*, in *Domani*, 7 Feb. 2021].

keepers” for a lot of businesses that need to access their platforms. This enormous market power allows the Big Tech to expand their activity in other sectors and build synergies between different products and services. So, Big Tech create a sort of “ecosystems”, where clients tend to be attracted and new entrants cannot penetrate. Therefore, it is easy for them to abuse of their dominant position.

According to this line of thought, all this happened because antitrust and regulation have been too weak (or, according to a different version, because they did not have adequate means to intervene).

A good example of this radical difference of opinions can be supplied by the comparison of two recent documents: the “*Investigation of Competition in Digital Markets (Majority Staff Report and Recommendations)*”, of the U.S. Congress Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary” (a 400-pages document, published in October 2020) and the “*Report on the Digital Economy*” edited by the *Global Antitrust Institute* of the George Mason University, published a month later (a 1300-pages e-book, written by 34 authors, among them the Italian Giuseppe Colan-gelo). This e-book constitutes a true counter-report to the previous document.

3. *The U.S. Congress Majority Report (October 2020). The focal points.*

I will try to provide a short summary of the U.S. Congress Majority Report in the following recitals.

I. Concentrated structure of the market.

Digital markets tend naturally to concentration, but the approach of anti-trust authorities supported further this trend, because all concentration operations have been cleared in these markets. This favoured the so-called “killer acquisitions”.

II. Entry barriers.

Network effects and *switching costs* weigh on final users and also on intermediate service providers, who need access to the platform infrastructure.

Furthermore, digital markets operate by means of storage and elaboration

This acronyms game denotes that the oligopolistic structure of digital markets is less fixed than the Report of the US Congress that we will comment below asserts.

of Big Data; accordingly, enterprises, which have at their disposal Big Data, have “*data advantages*”, too.

In any case, Big Tech enjoy huge scale and scope economies.

All these factors constitute economic barriers towards new entrants.

III. Negative effects of the market power of the Big Tech.

There are signs of *weakening of dynamic efficiency* of digital markets. The number of start-ups diminishes and innovation tapers off.

Behaviour criteria of platforms are non-transparent. *Manipulation of users’ personal data* is common.

There is a *race to the bottom in the competitive game*. In other words, firms have no incentives to compete on the quality of services (non-price competition).

Platforms distort information strategically and thus they *force the users to buy advertising* with the aim of remaining highlighted in the digital stores or in the search results.

The quantity and quality of journalism services decreases. In general, digital communication style lowers *the quality of information services* for the users. People adapt themselves to fragmented information, with an opaque selection of the news and a tangled mixture of news (true and fake), opinions and advertising.

IV. Risks for economic and political freedom.

In conclusion, we can say that the *BigTech* exercise an arbitrary and unchecked power. This is incompatible with the democratic principles.

4. *Markets analysis.*

The U.S. Congress Report contains also a part devoted to the market analysis.

Here is a description of relevant markets, set up analytically, that is on the basis of identification of any service, which can be offered as a stand-alone in the market, regardless of whether the services were “free” or for a charge.

Based on these criteria, the Report identifies the following markets:

A. *Online Search*

Google has a dominant position, thanks to its superior technology and the

competitive advantage deriving from the synergy with Web browser market, where Google Chrome is the default browser for many devices.

According to the Report, the quality of Google's search service is declining more and more, due to opaqueness of the selection criteria of privileged information.

B. Online Commerce

Amazon is the mighty gatekeeper of the worldwide e-commerce.

Its dominance is sturdy: a lot of small- and medium- sized businesses do not have a viable alternative to Amazon's platform for reaching online consumers.

C. Social Networks and Social Media

Facebook has a dominant position. It is indispensable for many people, even though part of them uses other social media, besides FB.

D. Mobile App Stores

In this market there is a restricted duopoly, consisting of Apple ("Apple Store") and Google ("Google Web Store").

E. Mobile Operating Systems

Even in this case, there is a duopolistic dominance of the market, consisting of Android (Google) and iOS (Apple) which formed two separate domains, difficult to penetrate each other. However, all independent apps shall be designed so to be compatible with both operating systems.

F. Digital Mapping

Google ("Google Maps") became the unique market leader, especially after the incorporation of Waze.

G. Cloud Computing

Amazon is market leader, but it does not have a true dominant position. We can say that in this market there is a restricted oligopoly where – beyond Amazon – Microsoft, Google and Alibaba have significant market shares.

H. *Voice Assistant*

In this market an oligopoly between three companies is shaping: Apple (Siri), Amazon (Alexa) and Google (Google Assistant). The importance of this market is growing, because the use of voice assistants is a valuable instrument for capturing a consumer inside the whole “ecosystem” of a single Big Tech.

I. *Web Browsers*

Even in this market there is a restricted oligopoly, where Google (“Google Chrome”) is the market leader.

L. *Digital Advertising (search- and display-advertising)*

This is a rapidly growing market, where Google and Facebook, year by year, increase their respective market shares and gain practically the annual revenue increase in the whole market.

5. *Some remarks on the description of the markets.*

I would like to make a parenthesis in this summary of the Report and mention some remarks on the above list of potentially relevant markets.

The list is so long, at first glance. However, it is largely incomplete.

We can see, for example, the absence of some traditional, important markets, as, for example, the desktop operating systems market, where Microsoft Windows has a dominant position worldwide. Or the email services market, where Apple and Gmail are market leaders, but there are several other providers.

Furthermore, the list lacks some developing markets. For example, there is no mention for the videoconference services market, which is booming because of the pandemic emergency. In this market no one of the Big Tech gained, until now, a dominant position.

Other remarkable business activities, as the digital payment services, are just mentioned, while they could have a central importance in the development of Big Data markets and digital markets in general.

In other cases, new technologies are mentioned only as developing markets: for example, the “Internet of Things”, where according to the Report a forthcoming leadership of Amazon is likely.

The list of issues, which have a possible antitrust relevance, could continue. For example, some specific problems arise from the development of the

blockchain, where the creation of dominant positions is unlikely, but there is the possibility of collusion or discrimination.

It is not so interesting to complete the list of present and possible relevant markets. What should be emphasized is the extreme mobility of the digital markets. The disruptive innovation hits not only traditional economic activities, but even inside the digital world.

Moreover, monopolization is not necessarily the ultimate outcome of digital markets, but the acquisition of huge market power by the market leaders is a common feature in the digital world.

6. The analysis of the market behaviours of the online dominant platforms.

Having said that, we can resume the summary of the Report.

The second part of the Report contains an in-depth analysis of the market behaviours of the online dominant platforms, i.e. of the four major Big Tech (“GAFA”).

This analysis deserves great attention. In fact, it contains many reports by customers or suppliers of Big Tech, who describe a number of alleged market abuses. Moreover, some scholars interviewed by the Subcommittee confirmed severe criticisms against the market strategies and behaviors of the Big Tech.

In any case, the evidence against Big Tech is not limited to third-party allegations or to criticisms of possibly ideologized scholars. There are also disturbing common features in the Big Tech’s conduct before the Subcommittee. The criteria for determining their market behaviour are not transparent. There is evidence of frequent unfair commercial practices and of a tendency to recidivism. Furthermore, they often provided false or misleading information to the Subcommittee.

7. The recommendation of the U.S. Congress Report.

On this basis, the Report concludes with a series of recommendations.

Once again, I will try to provide a short summary of these recommendations in the following recitals.

A) Restoring competition in “winner-took-all” digital platform markets³

- Reduce the conflicts of interest, by means of *structural and behavioural remedies* (with some uncertainty about the effectiveness of the first ones).
- Insert a general *non-discrimination duty* on the digital platforms. Accordingly, it is necessary an express *prohibition of any form of self-preferencing*.
- Promote innovation by the provision of *data interoperability and portability*. This provision also aims to *reduce switching costs* for the consumers.
- Reduce market power through a *presumption in the antitrust merger rules*, so that any acquisition by a big digital platform is presumed to be an anti-competitive restrictive practice.
- Strengthen the contractual power of the publishers towards the digital platforms, also by a *legal exemption from antitrust rules for the agreements between publishers*.
- Introduce the prohibition of abuse of economic dependency, following the example of several European countries.

B) Strengthening the antitrust laws

- Go back to the *original purposes of antitrust law*, making it clear that it protects not only consumer welfare, but even the interest of workers, the small- and medium-sized enterprises, the openness of the markets, the competitive fairness and the democratic ideals.
- Reform the *merger antitrust legislation*, in order to make it difficult any new acquisition in highly concentrated digital markets and, in particular, forbid any acquisitions of start-ups by dominant platforms.
- Go back to a presumptive approach contrary to the *vertical concentration*, when a dominant platform is involved in it.
- Insert an express prohibition of any *abuse of a dominant position*, following the example of European antitrust law.
- Remove the requirement of the *recoupment test* in the predatory price prohibition.
- Revamp the *Essential Facility Doctrine*.
- Introduce an express ban of *self-preferencing* and *anticompetitive product design* practices.

³This title is taken from E. GÖKÇE DESSEMOND, *UNCTAD Research Papers* n. 40, 2019/12, whose opinions are similar to them of the U.S. Congress Subcommittee. The original title in the Report is “*Restoring competition in the Digital Economy*”.

- Change some aspects of the present antitrust case-law, in particular the definition of the boundaries of the relevant market in the *multi-sided markets*.
- In general, *overcome the need of a precise market definition*, when there is a clear market power situation.
- Change some beliefs in antitrust doctrine: in particular, accept the idea that “false negatives” are as dangerous as “false positives”.

C) Strengthening the antitrust enforcement

- Ensure close monitoring by the Congress.
- Restore the essential role of the Federal Trade Commission, as independent administrative authority, which wields a role of intervention and regulation, rather than bringing actions before the courts.
- Enhance the *private enforcement*, in particular through the prohibition of the arbitration clauses in antitrust disputes.

8. *The counter-report of the Global Antitrust Institute of the George Mason University (November 2020).*

I would subsequently try to summarize the reply that the U.S. Congress Majority Report receives by the “*Report on the Digital Economy*” edited by the Global Antitrust Institute of the George Mason University. We will divide the criticisms into four different categories: political, economic, technical and regulatory⁴.

Political criticisms

- a) the hostility towards the big platforms is only a resurgence of old populism, that seemed to have disappeared after the success of the Chicago school⁵;
- b) the interests opposed to the big platforms aim to defend rent-seeking situations or to do free riding and take free advantage from the large investments of the Big Tech⁶;

⁴The quotations in the following footnotes 5-36 are taken from GLOBAL ANTITRUST INSTITUTE, *Report on the Digital Economy*, Arlington (VA), 2020. This three volumes book is available on line.

⁵E. DORSEY, *Antitrust in Retrograde: The Consumer Welfare Standard, Socio-Political Goals, and the Future of Enforcement*, 109 ff.

⁶T.A. LAMBERT, *Rent-Seeking and Public Choice in the Digital Markets*, 499 ff.

- c) the comparison between USA and Europa shows that the American system is preferable to the European one:
- i) it is not true that European markets are more competitive than US markets⁷;
 - ii) American economy has a higher innovation and growth rate; moreover, it is much more efficient in financing innovative start-ups⁸;
 - iii) the European regulations on personal data, or on Internet Service Provider liability, end up protecting opportunistic initiatives of big companies, rather than the interests of consumers or individuals⁹;
 - iv) the existing trend of the European antitrust has arrived at the absurd result of applying the “precaution principle” in the antitrust matters; so, Europe gives antitrust political goals, disregarding innovation and consumer welfare¹⁰.

Economical criticisms

- d) big platforms have widened the consumers’ freedom of choice, actually¹¹;
- e) network effects benefit not only large companies but also consumers; that is way there must be opposition to the resumption of the Essential Facility Doctrine¹²;
- f) the storage and elaboration of Big Data benefits the consumers (e.g. in healthcare or in the prevention of car accidents); even the consumer profiling gives advantages to him/her, by means of an easier access to useful information¹³;
- g) zero-price markets have increased consumer welfare: just think to the amount of time that people spontaneously spend in free on-line communication¹⁴;
- h) app stores system permits cross subsidies in favour of the platform owner,

⁷ J. KLICK, *Is the Digital Economy Too Concentrated?*, 423 ff.

⁸ J.M. RYBNICEK, *Innovation in the United States and Europe*, 444 ff.

⁹ T.A. LAMBERT (fn. 6).

¹⁰ A. PORTUESE, *European Competition Enforcement and the Digital Economy: the Birthplace of Precautionary Antitrust*, 597 ff.

¹¹ J.M. YUN, *Overview of Network Effects & Platforms in the Digital Markets*, 2 ff.

¹² G. HURWITZ, *Digital Duty to Deal, Data Portability, and Interoperability*, 1024 ff.

¹³ J.C. COOPER, *Antitrust and Privacy*, 1188 ff.

¹⁴ A. COLLIS, *Consumer Welfare in the Digital Economy*, 474 ff.

but that benefits also consumers, who can pay very low prices for many goods¹⁵; therefore, the convictions of the EU Commission against Google ultimately harm consumers¹⁶;

- i) vertical mergers shall not be countered, because they create efficiencies (e.g. by means of the sharing of trade secrets) and favour the reduction of consumer prices¹⁷;
- j) there is no need to worry about the monopolization of standards: the experience suggests that there is an actual competition between different standards and that a standard, which was market leader, has been replaced by another one¹⁸;
- k) digital markets are highly innovative; that is why the risk of “false positives” remains paramount¹⁹;
- l) moreover, it is necessary to refrain from intervening in nascent markets of strategic importance, such as mobile 5G²⁰; the same applies to the internet advertising markets: any prohibition in this field distorts a market process that is not yet well known²¹;
- m) Self-preferencing by big platforms indirectly benefits consumers, because it encourages companies to improve their products²²;
- n) the effects of the so-called *killer acquisitions* are in fact different from case to case; it is not necessary any special prohibition, because the application of general antitrust merger rules is enough to prevent negative effects²³;
- o) the non-compete clauses for the employees and the no-poach agreements between competitors are necessary for the safeguarding of the investments of the company; therefore, they benefit indirectly the consumers²⁴;

¹⁵ T.A. LAMBERT (fn. 6).

¹⁶ A. PORTUESE (fn. 10).

¹⁷ J.M. YUN, *Vertical Mergers and Integration in Vertical Markets*, 244 ff.

¹⁸ C.S. YOO, *Network Effects in Action*, 159 ff.; K. STOUT, *Antitrust Enforcement in the Digital Economy: U.S.*, 551 ff.

¹⁹ G.A. MANNE, *Error Costs in Digital Markets*, 33 ff.; A. PORTUESE (fn. 10).

²⁰ B.E. BOLIEK, *Competition, Regulation and 5G*, 837 ff.

²¹ C. TUCKER, *Competition in Digital Advertising Markets*, 679 ff.

²² M.A. SALINGER, *Self-Preferencing*, 329 ff.

²³ J.M. YUN, *Potential Competition, Nascent Competitors, and Killer Acquisitions*, 652 ff.

²⁴ B.H. KOBAYASHI, *Antitrust, Non-Competition and No-Poach Agreements in Digital Industry*, 707 ff.

p) it is a mistake to consider personal data as goods traded by the consumers to the platforms: in fact, there is a “privacy paradox”, because consumers attribute to the privacy a high ideal value, but no trade value²⁵;

Antitrust policy specific criticisms

- q) the critics of big platforms define relevant markets too narrowly, so that meaningful competition may be excluded from the analysis²⁶; in fact, all platforms face effective competition (for example: Google has a market share of only 1% in the video-call market)²⁷;
- r) in the two- or multi-sided markets an enterprise is not dominant if it faces an effective competition at least on one side (therefore, it deserves approval the US Supreme Court decision in *American Express* case)²⁸;
- s) the usual antitrust toolkit is enough for preventing possible competition distortions; moreover, it is wrong to fight companies for their size as such²⁹;
- t) in practice, it is only necessary to guarantee the possibility of the *multi-homing*³⁰ and the interoperability between different standards³¹.

Regulatory policy specific criticisms

- u) the proposals of a new regulation for the digital markets swing between two different ideas: regulation of the whole sector or regulation limited to the big platforms. In any case, both ideas are difficult to be implemented and neglect the threats of the “capture” of the regulator (especially in the case of a regulation limited to Big Tech)³²;

²⁵ J.C. COOPER (fn. 13).

²⁶ K. STOUT (fn. 18).

²⁷ J. KLINK (fn. 7).

²⁸ M.R. BAYE, J.T. PRINCE, *The Economic of Digital Platforms: A Guide for Regulators*, 1250 ff.

The *American Express* case, mentioned in the text, si *Ohio et al. v. American Express Co. et al.*, N° 16-1454, June 25, 2018. This decision has aroused much criticism. S., for example, J.B. KIRKWOOD, *Antitrust and Two-Sided Platforms: The Failure of American Express*, in 41 *Cardozo Law Review*, 1805 ff. [2020].

²⁹ G. COLANGELO, *Evaluating the Case for Regulation of Digital Platforms*, 905 ff.

³⁰ J.M. YUN (fn. 11); C.S. YOO (fn. 18).

³¹ C.S. YOO (fn. 18); K. STOUT (fn. 18).

³² N. CHILSON, *Does Big Tech Need Its Own Regulator?*, 727 ff.

- v) mistakes are frequent in all sectorial regulations; the likelihood of mistakes increases when a regulation is devoted to a new, emerging technology³³;
- w) any disposal imposed on large undertakings would have the effect to increase the prices for the consumers and likely to lower the technological level of the services³⁴;
- x) the proposals of specific asymmetric regulation measures in favour of the contractual partners of digital platforms (as, for example, the merchants in the payment services or the newspaper publishers) would cause consumer harm³⁵;
- y) the same applies to the proposals of the introduction of special licences to operate online, additional to those required to operate offline³⁶.

9. *The mainstream opinion: the need for a stronger regulation, or a strong antitrust enforcement, in the digital markets.*

The two opposing reports that we tried to summarize contain substantially all the arguments raised in the worldwide discussion about competition policy and digital markets. Obviously, a myriad of other contributions could be mentioned. Against the big platforms there is all the “new Brandeisian” antitrust movement, that seems to have acquired more shine with the presidency Biden³⁷. However, also the position of the Global Antitrust Institute is not isolated³⁸.

In any case, it is clear that the “mainstream” is in the sense that it is time for a stronger public control of the power of the BigTech. The well-known European reactions, that we will refer to at the end of this article, confirm that feeling.

It is impossible, obviously, that all arguments of the critical side are right. However, the critical arguments are comprehensively more persuasive. They seem based on experience, rather than on abstract principle considerations.

³³ G. COLANGELO (fn. 29).

³⁴ M.R. BAYE, J.T. PRINCE (fn. 28).

³⁵ B.H. KOBAYASHI, J.D. WRIGHT, *Antitrust and Ex-Ante Sector Regulation*, 865 ff.

³⁶ M.K. OHLHAUSEN, *Occupational Licensing in Digital Markets*, 1158 ff.

³⁷ See, for example, A. SCHECHTER, *What Would Lina Kahn’s Expected FTC Nomination Mean for the Future of Antitrust Enforcement?*, in *Pro Market*, March 10, 2021.

³⁸ See, in particular, *The Evolution of Antitrust in the Digital Era: Essays on Competition Policy*, D.S. EVANS, A. FELS AO, C. TUCKER (eds.), *Competition Policy International*, Boston, 2020.

The decisive weight of the empirical analysis can be seen from different angles:

a) The market contestability is, in fact, very small. The examples of loss of the leadership by some incumbents seem to belong to the past. The present market asset seems to have overcome the critical point, where the “incumbency advantage” cannot be challenged by any competitor: their market power can be reduced only by the intervention of a political power. This conclusion cannot be disproved by the fact that, in some markets, e.g. the video-call services market, no one of the tech giants achieved a dominant position. A likely explanation of this phenomenon could be that the expansion of this market occurred very recently, in correspondence with the Covid pandemic, when all tech giants were in the spotlight of the antitrust authorities, rather everywhere.

b) The dynamic efficiency (i.e. the innovativeness) of the digital markets has been, in fact, very high, from the beginning of the Web. Nevertheless, it is doubtful that the quality of services provided to consumers has improved in recent years; actually, there are several signs of decay, from the quality of the search results to the tightening orientation in the e-commerce.

c) In general, two- or multi-sided markets, such as platform markets, are not able to reach efficient equilibria spontaneously. Indeed, it is impossible that the price could lead to the allocative efficiency, because the price does not weigh normally on the final consumers of the main product or services (which enjoy the good at “zero-price”). Therefore, the prices do not record the preferences of final consumers. This is another good reason why it is hard to believe that, in platform markets, the “false positive” represents the main policy problem.

The above stated does not necessarily lead to sharing all the opinions expressed in the US Majority Congress report. In particular, we do not share the view that the antitrust law must directly pursue ethical or political goals, such as the protection of weak social classes or underdeveloped territories, or the punishment of unfair conduct as such³⁹. Even less can we share the view that large companies should be combated as such.

³⁹ In this regard I would like to recall M. LIBERTINI, *Economia e politica nel diritto antitrust*, in *Politiche antitrust ieri, oggi, domani*, a cura di M.C. Malaguti e aa., Torino, Giappichelli, 2017, 1 ss.

In the overwhelming literature on this topic, the view has often been expressed that the experience of digital markets should lead to recognition of a broadening of the purposes of the antitrust (see, f.e., A. EZRACHI, *EU Competition Law Goals and The Digital Markets*, available on S.S.R.N. [2018]).

In any case, I think that it is possible to accept a meaning of “market efficiency” larger than in the past, because the consumer’s choice can be guided also by ethical, environmental or oth-

Nevertheless, there is no need to become a partisan of the “hipster anti-trust” to recognize the need of a stronger regulation, or a strong antitrust enforcement, in the digital markets.

10. *New regulation or an updated antitrust toolkit?*

At this point two questions arise:

1) Is it enough to have an updated interpretation, and consequently an extensive application of antitrust law in force, or is it necessary to reform antitrust legislation?

2) Is it enough to have a stronger antitrust enforcement or is it necessary to create a sector regulation authority?

My personal opinion is that existing regulations could be sufficient, as long as they have been interpreted with evolutionary criteria, i.e. taking into account the evolution of the markets⁴⁰. It is true that restorative remedies ought to be adapted to the peculiarities of digital markets and would require creative effort⁴¹, but that could be possible by means of an extensive interpretation of “behavioural remedies” of the Art. 7, reg. 1/2003/EC⁴². Moreover, I do not think that the repetition over time of high fines for violation of rules or non-compliance with orders would be ineffective, even for financially giant companies.

In any case, I think that structural remedies are not appropriate, because of the uncertainty of their economic effects (apart from the consideration that big size and network effects give some benefits also to consumers). I am also perplexed as to whether it is appropriate to create a permanent regulation of the sector, which would be difficult to set up and implement, also regarding the delimitation of competencies.

The above applies especially to European antitrust law. In fact, it is inter-

er non-economic motives (s. G. BRUZZONE, S. CAPOZZI, *A pro-competitive strategy for EU sustainable growth*, Assonime, Roma, 2021). See also A. MIAZAD, *Prosocial Antitrust*, Draft 2.21.21, available on S.S.R.N.

⁴⁰ S.B. VAN ROMPUY, *The Untapped Potential of the Old Competition Tool*, in *Eur. Comp. and Reg. L. Rev.*, 2020, 169 ff.

⁴¹ M.S. GAL, N. PETIT, *Radical Restorative Remedies for Digital Markets*, in 37 *Berkeley Technology L. Rev.* (2021), available on S.S.R.N.

⁴² In fact, some radical remedies proposed by Gal and Petit (fn. 41), seem to require a legislative reform. So, f.e., the subsidization of competitors’ investments through the fines paid by the incumbents. This proposal is indicative of the perceived inadequacy of private enforcement to achieve antitrust scrutiny in digital markets.

esting to note that the US Congress reform proposals consist of the transposition of European legal standards, as the abuse of dominant position or the abuse of economic dependence, or the transposition of some solutions of the European case law (e.g., regarding predatory pricing).

Nevertheless, a great doctrinal commitment would also be necessary in Europe. Apart from the above-mentioned importance of behavioural remedies, the crucial points should be an extensive interpretation of the concept of dominant position, as well as a re-evaluation of the Essential Facilities Doctrine. Sometimes it is simply a matter of sanctioning exclusive dealing clauses. Another crucial point would be the necessity of an extensive interpretation of the concept of “*substantial lessening of competition*”, for the purpose of authorizing concentrations.

In fact, in the recent past, a cautious and formalistic application of antitrust law, driven by the concern about “false positives”, has prevailed. So, it can be said that a great deal of abusive conduct has gone unnoticed, due to a widespread “deference to innovation”, just as numerous merger operations have been easily authorized, for the same reason.

A reversal of the trend implemented only through doctrinal proposals and jurisprudential decisions is theoretically possible. Nevertheless, it would require more time than it would be required for a normative intervention. Therefore, a legislative reform is more probable. This has been announced in Europe, with the Digital Markets Act proposal (see below).

11. *The relevant market issue.*

Before closing these notes with a few remarks about upcoming European reforms, I would like to highlight some significant proposals of modification of the antitrust toolkit, which can be deduced by the American debate.

There are two points I would like to deal with: the revision of the notion of the relevant market and the broadening and strengthening of merger control.

A brief discussion is in order, also because the same proposals can be found in an important Italian document, namely the joint survey of three independent authorities (AGCM [competition authority], AGCOM [telecommunications authority], GPDP [personal data authority])⁴³.

The main point is, in my opinion, the recurrent idea of the need to revise the traditional notion of the relevant market. The US Congress Majority Re-

⁴³ AGCM – AGCOM – GPDP, *Big Data. Indagine conoscitiva congiunta. Linee guida e raccomandazioni di policy*, luglio 2019.

port expressly mentions an overcoming of the notion and its replacement with the concept of objective and multi-sectoral market power (a “modular” concept, one could say).

It may be recalled that, in the U.S., there has long been a minority line of thought that has supported this thesis⁴⁴. Similarly, official initiatives and doctrinal proposals for the revision of the traditional notion of relevant market have multiplied in recent years in Europe⁴⁵.

Me too, I have already argued, elsewhere, that the official EU guidelines of 1997 on the definition of the relevant market contain a series of aporias and must be urgently revised⁴⁶ (a process already underway, in which the Italian firm Grimaldi is also involved).

The conventional wisdom is that it is possible to objectively define the boundaries of different markets⁴⁷, by means of the criterion of substitutability on the demand side, with other auxiliary criteria of uncertain location. But the functioning of markets is much more complicated: there are complex chains of substitution and there is interference between different markets. Therefore, the definition of the relevant market always seems quite arbitrary⁴⁸.

I think that the idea of identifying a relevant market regardless of the conduct to be scrutinized is wrong from the start⁴⁹. In other words, it is only on

⁴⁴R.S. MARKOVITS, *Why One Should Never Define Markets or Use Market-Oriented Approaches to Analyze the Legality of Business Conduct Under U.S. Antitrust Law*, Univ. Of Texas – Law and Research Paper n. 228 [2012]; L. KAPLOW, *Market Definition: Impossible and Counterproductive*, in 79 *Antitrust L. J.*, 361 [2013].

⁴⁵For the sake of brevity, I refer to the comprehensive discussion of this topic of V.H.S.E. ROBERTSON, *A new era for antitrust market definition*, in *Concurrences*, n. 1-2021, 84 ff. See also R. ALIMONTI, F. ARDUINI, *Il mercato rilevante nell’era digitale*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (eds.), *Diritto antitrust*, Milano, Giuffrè, 2021, 137 ff.

⁴⁶M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, 82 ff.

⁴⁷See, f.e., mostly recently, M. CARPAGNANO, *Il mercato rilevante*, in *Dir. Antitrust* (fn. 43), 79 ff.

⁴⁸This observation is very common (“*The case law on market definition is a mess*”: D.A. CRANE, *Antitrust*, New York, Wolters Kluwer, 2014, 30), as well as the observation that “*it is likely that market definition... tends to be exercised in a way that is favourable to the desired outcome*” (R. PODSZUN, *The pitfalls of market definition: towards an open and evolutionary concept*, in F. DI PORTO a. R. PODSZUN (ed. by), *Abusive Practices in Competition Law*, Elgar, Cheltenham [UK], 2018, 75). On these topics, in general, see, most recently, the well-documented essay of S.P. SULLIVAN, *Modular Market Definition*, February 15, 2021, available on *S.S.R.N.*

⁴⁹D. GLASNER, S.P. SULLIVAN, *The Logic of Market Definition*, in 83 *Antitrust Law Journal*, 293 ff. [2020], have highlighted three fallacies in the current theory of relevant market: (i)

the basis of a given conduct, whether implemented or planned (or objectively probable), that we can identify the perimeter of its incidence and, therefore, the businesses and consumers that may be affected by it.

In fact, this idea is already affirmed currently in cartel cases. According to the EU case law, the Commission is entitled to base its description of the relevant market in cartel cases on the conduct of the participating undertakings⁵⁰. In other words, the market analysis needs only two elements: a coordinated conduct of two or more enterprises and an actual or potential harm to other enterprises or to consumers.

The same should be, in my opinion, in unilateral conduct cases. The analysis should move from a real unilateral conduct or strategy and must ask whether that conduct may cause harm to other businesses or consumers. The delimitation of relevant markets is the consequence of the economic analysis of the actual or potential effects of the conduct under scrutiny.

In this perspective, the idea that there may be room for multilateral market power (or “superior cross-market power”, as in the German reform), is worthy of acceptance. Therefore, it is possible that a business, which has a zero market share in a market so far, can, at the same time, have a big potential market power and could abuse of it.

All this does not mean that the concept of relevant market as an analytical tool of competition law analysis should be abandoned. In fact, when we discuss of protecting competition, we discuss of the good functioning of markets. There is a communicative need to use this concept in competition law and policy discussions. Moreover, it is often necessary to mention or define certain markets in regulatory language⁵¹.

The point is to keep in mind that markets are not separate containers from each other. They are rather continually modifiable flows of goods and services, embedded in complex ecosystems, where different subjects coexist, having different nature, dimension and attitudes.

Therefore, the market analysis of a unilateral conduct, as well as a merger, must take into account this complex ecosystem. The “relevant market” remains a useful notion for the purpose of describing analytically the effects (actual or potential) of a given situation. What must be overcome is the idea

the “natural market fallacy” (i.e. the idea that there can be a definition of a natural market); (ii) the “independent market fallacy” (i.e. the idea that the definition of the market can be independent from consideration of the harm at issue; (iii) the “single market fallacy” (i.e. the idea that can be a single relevant market in a given case).

⁵⁰ See, f.e., EU General Court, 16 September 2013, T-396/10, *Zucchetti*.

⁵¹ See R. PODSZUN (fn. 48), 78 ff.

that the rigid delimitation of a market is a prerequisite for any antitrust assessment.

In other words, the thesis can be shared according to which “*Market in the sense of competition law is the constantly changing environment in which the behaviour under investigation takes place, encompassing all factors that are relevant for shaping the decisions of the actors*”⁵².

In this sense, the experience of digital markets has brought out a truth that had already been intuited in the antitrust doctrine.

12. *The standards of merger control and killer acquisitions.*

An additional comment can be made concerning the proposals to strengthen merger control. These proposals arise from the criticism against the phenomenon of “killer acquisitions”. However, it is doubtful that this remedy could be decisive.

The problem is that start-ups’ development requires investments at third-party risk. Americans praise their leadership in venture capital and its ability to develop innovative start-ups⁵³. This is true. Nevertheless, there is a direct relationship between venture capital and killer acquisitions. In fact, venture capitalists do not aim at long-term progressive growth of the business where they invested, because this would not allow an adequate return on all the capital invested. They need timely and substantive results, assuming that this will only be there for one out of many of the start-ups where they invested⁵⁴. They therefore have a great interest in obtaining high bids and these can only come from large companies, already established in the market. The latter, in turn, may have an interest either in incorporating the new product into their wider offer, or in stifling innovation because it is incompatible with their own development programs.

Such a course of action must be corrected, but it is not enough to broaden the scope of the merger control and to deny authorization to a concentration operation involving a start-up. The risk is that this one, after the rejection of the authorization request, simply dies for lack of financial resources for its development. In fact, start-ups need long-term financing in order to develop, and if there is no private venture capital, public intervention will be needed.

⁵² R. PODSZUN (fn. 48), 84.

⁵³ J.M. RYBNICEK (fn. 8).

⁵⁴ P. GIUDICI, P. AGSTNER, *Startups and Company Law: The Competitive Pressure of Delaware on Italy (and Europe?)*, European Corporate Governance Institute – Law Working Paper n. 491/2019.

In other words, the problem of killer acquisitions cannot be solved within the scope of antitrust law itself.

13. *The EU Digital Markets Act and its impact on general antitrust rules.*

A final point must be made to confront the EU Commission's December 2020 Digital Markets Act proposal with the overall discussion on competition in digital markets.

The proposal is based on a full acceptance of the mainstream critique of the current functioning of digital markets (see above, § 9). As a response to this situation, the Commission, faced with the dilemma between an evolutionary interpretation of the antitrust rules and the adoption of special rules for digital markets, has decidedly chosen the latter path.

In the DMA, as it is well known, the web giants, while continuing to be subject to antitrust rules, are designated as gatekeepers, i.e. holders of a (large) market power, which does not meet all the requirements traditionally required for the dominant position. However, gatekeepers are subject to a series of behavioral duties, and possible sanctions, heavier than those applicable to an "ordinary" dominant company. Merger control also becomes virtually unlimited.

This is not the context where to discuss the political value of this Commission proposal (or "challenge" to the digital world, as some have commented) nor to discuss possible proposals for improved amendments⁵⁵.

What is worth noting is that such a proposal formally leaves the ordinary antitrust toolkit intact and creates a special toolkit for digital markets, which includes a mix of antitrust remedies and market regulation tools. This legislative policy choice is understandable, as mentioned earlier, to achieve the result of a rapid and effective intervention in this area. It is to be hoped, however, that this important reform will not give rise to restrictive interpretations, *a contrario*, of the general rules on the prohibition of an abuse of dominant position. Rather, it should always be kept in mind that the new rules of DMA arise from the recognition of the inadequacy of traditional public antitrust enforcement in digital markets. Therefore, they should be read as a cutting edge of antitrust law, which should also be taken into account in the interpretation of traditional antitrust rules.

⁵⁵ See R. PODSZUN, P. BONGARTZ, S. LANGENSTEIN, *Proposals on how to improve the Digital Markets Act*, Düsseldorf, Heinrich Heine University, 10 February 2021.

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.

La collusione algoritmica

Algorithmic collusion

Marilena Filippelli *

ABSTRACT:

La capacità di analisi ed elaborazione rapida e ad ampio spettro di grandi quantità di dati, nonché di reazione automatica e immediata a specifici eventi, fa degli algoritmi uno strumento potenzialmente pro-collusivo. Allo stato attuale di avanzamento tecnologico e di conoscenza del fenomeno, il potenziale collusivo degli algoritmi si esprime in forme diverse, più o meno sofisticate: gli algoritmi possono essere adottati come strumento di attuazione, potenziamento o perfezionamento di un'intesa già pianificata o anche già attuata; ma gli algoritmi, interagendo tra loro, possono svolgere un ruolo attivo anche nella creazione di equilibri collusivi, facilitando un allineamento di condotte altrimenti difficile da realizzare o stabilizzando equilibri collusivi altrimenti instabili; o addirittura, negli scenari più complessi, algoritmi più complessi, in grado di sfruttare intelligenza artificiale e tecniche di *self-learning*, possono realizzare essi stessi, in modo spontaneo, senza preventiva programmazione, senza istruzioni dirette, effetti simili a quelli propri di un cartello.

Questi tre scenari, che pongono problemi di *enforcement* antitrust di diversa e crescente complessità, sono oggetto di specifica analisi nel presente contributo.

Parole chiave: collusione algoritmica; pratiche concordate; collusione tacita; discriminazione; posizione dominante collettiva

Algorithms have the ability to quickly analyse and process a huge amount of data as well as to provide immediate and automatic reactions to specific events. For these reasons, they may be easily adopted as a collusive tool. At the current stage of technological advancement and knowledge, three different forms of algorithmic collusion can be identified. Firstly, algorithms can be adopted as a means to implement, strengthen and stabilize collusive agreements which are already planned and/or implemented. Secondly, algorithms may be adopted as a tool to facilitate collusion when the alignment of conducts is difficult to be reached or to be maintained over the time. Thirdly, in the most complex and sophisticated scenario, self-learning algorithms, thanks to artificial intelligence, may interact with each other and, being free to set their profits-maximizing strategy, may establish collusion by

* Professore Associato di Diritto Commerciale, Sapienza Università di Roma; e-mail: marilena.filippelli@uniroma1.it. Lo scritto è destinato alla raccolta di Studi in onore del Professor Vincenzo Di Cataldo.

themselves, in a spontaneous and unplanned manner, by adopting individual, unconcerted strategies, and without communicating with each other.

These scenarios, which raise different challenges to antitrust enforcers, will be examined and discussed in this paper.

Keywords: *algorithmic collusion; concerted practices, tacit collusion, discrimination, collective dominant position*

SOMMARIO:

1. Introduzione. – 2. Gli algoritmi come strumento di attuazione di una intesa. – 3. Gli algoritmi come strumento di realizzazione di un'intesa. – 3.1. La collusione facilitata da algoritmi. – 3.2. La collusione realizzata da algoritmi: la collusione tacita algoritmica. – 4. Le prospettive di intervento. L'inadeguatezza delle proposte di intervento regolatorio. – 5. Le proposte di *enforcement* antitrust. La collusione algoritmica come illecita pratica concordata. – 5.1. Nel caso di collusione facilitata da algoritmi. – 5.2. Nel caso di collusione realizzata da algoritmi. – 6. Il coordinamento algoritmico come abuso di posizione dominante collettiva.

1. *Introduzione.*

Gli algoritmi sono strumenti connotati, per un verso, dalla capacità di selezionare, analizzare ed elaborare ingenti quantità di dati in tempi molto ristretti e, per altro verso, dalla capacità di attuare di reazioni immediate e automatiche a specifici eventi.

Le capacità performative degli algoritmi si combinano, nel settore del commercio elettronico, con la disponibilità di una rilevante quantità di dati circa le scelte e le preferenze dei consumatori, la loro propensione all'acquisto, i loro vincoli di spesa, la localizzazione geografica, etc.

La combinazione dei due elementi può generare effetti positivi in termini di *consumer welfare*: se opportunamente sfruttati, gli algoritmi possono consentire alle imprese di razionalizzare l'offerta, adattandola alle preferenze dei consumatori, e quindi di migliorarla sul piano qualitativo; possono garantire un costante e migliore adattamento dell'offerta alle condizioni di mercato e alle preferenze dei consumatori; consentire di realizzare più efficienti sistemi di programmazione economica, forieri di risparmi per le imprese, che potrebbero tradursi in riduzioni di prezzo; più efficienti sistemi di distribuzione e logistica, in grado di migliorare la qualità del servizio offerto o ridurre il costo. Peraltro, l'uso di algoritmi, dal lato della domanda, può consentire ai consumatori di disporre di maggiori informazioni al momento dell'acquisto, di selezionare le imprese che offrono il prodotto migliore o che praticano prezzi inferiori.

Tuttavia, il potenziale degli algoritmi potrebbe essere sfruttato anche per realizzare condotte distorsive della concorrenza. In particolare, proprio la capacità di analisi ed elaborazione rapida e ad ampio spettro di grandi quantità di dati, nonché di reazione automatica e immediata a specifici eventi, fa degli algoritmi uno strumento potenzialmente pro-collusivo.

Allo stato attuale di avanzamento tecnologico e di conoscenza del fenomeno, il potenziale collusivo degli algoritmi si esprime in forme diverse, più o meno sofisticate: gli algoritmi possono essere adottati come strumento di attuazione, potenziamento o perfezionamento di un'intesa già pianificata o anche già attuata; ma gli algoritmi, interagendo tra loro, possono svolgere un ruolo attivo anche nella creazione di equilibri collusivi, facilitando un allineamento di condotte altrimenti difficile da realizzare o stabilizzando equilibri collusivi altrimenti instabili; o addirittura, negli scenari più complessi, possono realizzare essi stessi, in modo spontaneo, senza preventiva programmazione, senza istruzioni dirette, effetti simili a quelli propri di un cartello.

Questi tre scenari, oggetto di distinta analisi nel presente contributo, pongono problemi di *enforcement* antitrust di diversa e crescente complessità.

2. Gli algoritmi come strumento di attuazione di una intesa.

Nel primo, più semplice scenario, si fa ricorso ad algoritmi per attuare, in modo più efficace, un'intesa restrittiva, già configurabile a monte.

Di questo fenomeno vi è ormai ampia traccia nella casistica antitrust.

Uno dei primi casi di intesa di prezzo, attuata tramite algoritmi, ha avuto ad oggetto la vendita di poster su Amazon: due operatori hanno convenuto che ciascuno si sarebbe allineato al maggior prezzo praticato dall'altro, sull'intera gamma di prodotti offerti, fintanto che non fosse entrato nel mercato un terzo operatore. In un primo momento, le due imprese hanno tentato di attuare l'intesa con le forme tradizionali, verificando manualmente il rispetto dell'accordo e operando gli aggiustamenti di prezzo convenuti. Poiché questa operazione, estesa all'intera gamma di prodotti offerti, risultava di non agevole attuazione, le imprese hanno deciso di adottare un algoritmo di prezzo in grado di realizzare automaticamente quel risultato, ma in modo certamente più preciso e più immediato¹.

¹Cfr. US District Court, Northern District of California, San Francisco Division, *United States v. Topkins*, 6 aprile 2015, n. CR 15-201; e US District Court, Northern District of California, San Francisco Division, *United States v. Trod*, 11 agosto 2016, n. CR 15-419 WHO. La

Casi analoghi – di intese orizzontali o verticali attuate per il tramite di algoritmi – sono poi emersi anche nella casistica inglese, sempre a proposito di vendite di poster via Amazon², o in quella europea, con riguardo, tra l’altro, alla vendita di prodotti elettronici di largo consumo³.

Nella casistica si rinvengono, poi, diversi precedenti relativi ad accordi del tipo “*hub & spoke*”: così è avvenuto, per es., per i servizi di prenotazione aerea e alberghiera, con l’adozione, da parte di agenzie di viaggio lituane, di una piattaforma comune che ne coordinava le politiche di prezzo⁴, come anche nel più noto caso *Uber*, nel quale la piattaforma comune fissava i prezzi e le condizioni di vendita praticate dai singoli autisti, monitorava il rispetto dell’accordo e ne identificava, in modo istantaneo, le deviazioni⁵. In tutti questi casi, il ricorso ad algoritmi consentiva al soggetto “*hub*” di raccogliere ed elaborare grandi quantità di dati, in tempi assai ridotti, così da realizzare un più efficace, e verosimilmente più restrittivo, coordinamento tra le imprese⁶.

condotta è stata qualificata come «*combination and conspiracy*» in violazione della Sect. 1 dello Sherman Act.

² Cfr. Competition and Market Authority, case 50223 – *Online sales of posters and frames*, 12 agosto 2016 (Rn. 3.62 f.).

³ V. Commissione UE, press release 24 aprile 2018 (*Antitrust: Commission fines four consumer electronics manufacturers for fixing online resale prices*. Asus, Denon, Marantz, Philips e Pioneer). Si trattava, nello specifico, di una rete parallela di accordi di *retail price maintenance*, con i quali i produttori limitavano la possibilità dei rivenditori online di praticare sconti nella vendita di beni elettronici di largo consumo; per verificare il rispetto dell’accordo, erano adottati algoritmi in grado di monitorare in modo continuo l’andamento dei prezzi e di segnalare le eventuali deviazioni. A rafforzare l’apparato probatorio ha contribuito l’evidenza di comunicazioni scritte, con le quali le imprese coinvolte convenivano di adottare una certa strategia e definivano le conseguenze del mancato rispetto degli accordi: così, C.P. O’CANE, I. KOKKORIS, *A few reflections on the recent caselaw on algorithmic collusion*, 2018 (disponibile al seguente link: <https://ssrn.com/abstract=3665966>), 4.

⁴ Corte Giust. C-74/14, 21 gennaio 2016, *Eturas et al. c. Comm.*, ECLI:EU:C:2016:42: diverse agenzie di viaggio lituane, che si avvalevano di una stessa piattaforma per gestire il servizio di *booking online*, hanno ricevuto un messaggio dall’amministratore del sistema, il quale proponeva di adottare, nel software di prezzo già in uso, una modifica che limitasse la possibilità di operare sconti per importi superiori al 3%.

⁵ Così, tra i primi, United States District Court Southern District of New York (S.D.N.Y.), *Meyer v. Kalanick*, 31 marzo 2016, 15 Civ. 9796.

⁶ Sul punto, v. da ultimo, J.E. HARRINGTON JR., *Third Party Price Algorithms and the Intensity of Competition*, 2020 (*working paper* disponibile al link: <https://ase.uva.nl/content/events/conferences/2020/12/algorithmic-collusion-working-mechanisms.html>).

Il potenziale anticoncorrenziale degli algoritmi, combinato con la disponibilità di *big data*, nelle condotte di tipo “*hub & spoke*”, è riconosciuto anche dalle autorità antitrust: cfr. *Compe-*

I casi sopra riportati⁷ si sono conclusi con il riscontro di infrazione (all'art. 101 TFUE o alla Sect. 1 Sherman Act) e, in tutti, si è trovata prova – ricavata anche dall'evidenza di scambi di informazioni tra imprese – di un accordo preesistente, a monte, che trovava nell'algoritmo uno strumento di più efficace attuazione. Gli algoritmi, in particolare, consentivano di attenuare i due punti di debolezza strutturale, propri di ogni accordo di durata, ossia verificare il rispetto dell'accordo e reagire a eventuali deviazioni dallo stesso.

Al di fuori dei casi già oggetto di istruttoria antitrust – e nei quali emergono nette le potenzialità degli algoritmi nella realizzazione di intese di prezzo, orizzontali o verticali, o nel coordinamento dell'altrui collusione – possono ipotizzarsi scenari ulteriori, nei quali il ricorso ad algoritmi può aggravare gli effetti restrittivi di condotte collusive.

Gli algoritmi potrebbero, per es., essere programmati per elaborare i dati relativi alle preferenze dei consumatori, alla loro propensione all'acquisto, ai

tion and Market Authority, *Pricing Algorithms. Economic working paper on the use of pricing algorithms to facilitate collusion and personalized pricing*, 8 agosto 2018 (al link: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/746353/Algorithms_econ_report.pdf), 26-27; nonché Monopolkommission, *Algorithms and Collusion. Excerpt from Chapter 1 of the Twenty-second Biennial Report by the Monopolies Commission (Monopolkommission) in accordance with Section 44 Paragraph 1 Sentence 1 of the German Act against Restraints of Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB)*, 2018 (reperibile al link: https://monopolkommission.de/images/HG22/Main_Report_XXII_Algorithms_and_Collusion.pdf), 23.

Di tale condotta si ha traccia, oltre che nei casi sopra menzionati, anche in altri, già segnalati nella letteratura economica, ma ancora non sottoposti al vaglio antitrust. Il riferimento è, in particolare, al ricorso congiunto ai servizi di fissazione del prezzo di rivendita al dettaglio del carburante nel mercato tedesco, offerti da una compagnia specializzata, condotta che avrebbe determinato movimenti paralleli di prezzo e un generale incremento nel prezzo di vendita dei carburanti: cfr. sul punto S. ASSAD, R. CLARK, D. ERSHOV, L. XU, *Algorithmic Pricing and Competition: Empirical Evidence from the German Retail Gasoline Market*, Cesifo Working Papers n. 8521, 2020 (al link: <https://ssrn.com/abstract=3682021>).

⁷ I casi sopra riportati, per quanto corrispondenti alle ipotesi più semplici di collusione algoritmica, presentano un maggiore livello di sofisticazione rispetto ai primi, rudimentali esperimenti di adozione di algoritmi di prezzo nelle vendite on line. Uno dei più noti ha riguardato la vendita su Amazon di un libro (P. LAWRENCE, *The making of a fly*) da parte di due operatori, i quali avevano deciso di avvalersi di algoritmi di prezzo, progettati per realizzare incrementi automatici (di circa il 27%) rispetto al prezzo del rivale. L'attivazione dei due software ha innescato un sistema di incrementi a spirale che ha portato, nel giro di qualche giorno, a definire un prezzo di vendita di circa 23 milioni di dollari a copia. L'episodio, che risale al 2011 e che ha ormai rilievo puramente aneddotico, non rappresentando più, per i suoi effetti macroscopici, un realistico scenario di collusione algoritmica, è riportato, tra gli altri, da B. SALCEDO, *Price Algorithms and Tacit Collusion*, Pennsylvania State University Working paper 2015 (reperibile al seguente link: <http://brunosalcedo.com/docs/collusion.pdf>), 2.

luoghi geografici di consumo – dati disponibili in quantità sempre maggiori, anche in forma disaggregata, e aggiornati in tempo reale; in tal modo, il ricorso ad algoritmi potrebbe consentire di realizzare, in modo assai più agevole ed efficace, offerte personalizzate, per individui singoli o gruppi omogenei di individui⁸, che possono tradursi in condotte di discriminazione di prezzo⁹ e, data la capacità di analisi delle vendite dei concorrenti, in condotte di ripartizione del mercato¹⁰.

3. *Gli algoritmi come strumento di realizzazione di un'intesa.*

Al di fuori dei casi prima descritti (di algoritmi adottati in funzione attuativa di una intesa già configurabile a monte) e per i quali si ha un evidente riscontro nella casistica antitrust, vi sono scenari più complessi e impalpabili, connotati anche da una maggiore dialettica di opinioni.

Ci si riferisce, in particolare, alla possibilità che gli algoritmi contribuiscano attivamente alla creazione di equilibri collusivi, facilitando la realizzazione di allineamenti altrimenti difficili da conseguire o comunque instabili; oppure realizzando direttamente, in modo autonomo e senza esservi programmati, effetti simili a quelli propri di un cartello.

⁸ Del frequente ricorso a offerte personalizzate nelle vendite on line di certi beni (tra cui, per es., biglietti aerei, prenotazioni alberghiere, ma anche scarpe da ginnastica e televisori) si dà conto nel *Consumer Market Study on Online Market Segmentation Through Personalised Pricing/Offeres in the European Union – Final Report*, pubblicato il 25 settembre 2018 (al link: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ed9ce056-c2cf-11e8-9424-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF>).

⁹ Il rischio di discriminazione di prezzo, associata all'uso degli algoritmi, è un punto piuttosto pacifico in dottrina: v. tra gli altri, T. MCSWEENEY, B. O'DEA, *The Implications of Algorithmic Pricing for Coordinated Effects analysis and price discrimination markets in antitrust enforcement*, 32 *Antitrust – Fall 2017*, 75 ss.; M. GAL, *Algorithmic-facilitated Collusion*, OECD Roundtable on Algorithmic Collusion, 21-23 giugno 2017 (<https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD%282017%2926/en/pdf>); A. GAUTIER, A. ITTOO, P. VAN CLEYNENBREUGEL, *AI Algorithms, Price Discrimination and Collusion: a Technological, Economic and Legal Perspective*, in *EU Jour. L. & Econ.*, 2020, 3 ss.

¹⁰ Così, tra gli altri, A. DENG, *What do we know about algorithmic tacit collusion?*, 33 *Antitrust*, Fall 2018, 88 ss. e spec. 93; nonché A. EZRACHI, M. STUCKE, *Algorithmic collusion: Problems and Counter-measures*, OECD Roundtable on Algorithmic Collusion, 21-23 giugno 2017 (<https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD%282017%2925&docLanguage=En>), 15.

3.1. La collusione facilitata da algoritmi.

Il primo caso si riferisce all'uso congiunto, da parte di diverse imprese, di algoritmi in grado di esplorare il mercato e di interagire con altri algoritmi, verificando se c'è possibilità di colludere, lanciando segnali di comportamento e reagendo agli input altrui. In altri termini, la realizzazione di una condotta collusiva rientra tra le opzioni strategiche attribuite all'algoritmo in fase di progettazione, cosicché l'interazione tra algoritmi simili, in grado di reagire a stimoli analoghi, può dar luogo a esiti collusivi¹¹. L'algoritmo cessa, quindi, di essere mero strumento per l'attuazione di un accordo preesistente e diventa parte attiva nella creazione di una condotta collusiva.

In uno scenario di questo tipo, proprio la grande capacità degli algoritmi di esaminare ed elaborare ingenti quantità di dati in termini brevissimi, e di cogliere in modo istantaneo le reazioni altrui alle proprie azioni, potrebbe facilitare la realizzazione di equilibri collusivi altrimenti – cioè, con la sola interazione umana – difficili da raggiungere, e potrebbe rendere più stabili accordi altrimenti precari: la capacità di immediata identificazione delle deviazioni consente, infatti, di verificare in ogni momento il persistere della volontà di colludere e, quindi, di testare la stabilità dell'assetto collusivo, reagendo – sempre in modo automatico – alle deviazioni operate dal concorrente (mediante, per es., un abbassamento del prezzo, secondo gli schemi tipici della reazione punitiva alle defezioni dalle intese)¹².

¹¹ Nella letteratura economica, v. tra gli altri, J.E. HARRINGTON, *Developing Competition Law for Collusion by Autonomous Artificial Agent*, in 14 *Jour. Comp. L. & Econ.*, 2018, 331 ss.; U. SCHWALBE, *Algorithms, Machine Learning and Collusion*, in 14 *Jour. Comp. L. & Econ.*, 2018, 568 ss.

Il rischio è diffusamente rimarcato anche nella letteratura giuridica: v., tra i tanti, A. EZRACHI, M.E. STUCKE, *Sustainable and Unchallenged Algorithmic Collusion*, in 17 *Northwestern J. Tech. Intell. Property*, 2020, 217 ss.; e, diffusamente, M.S. GAL, *Algorithms as illegal agreements*, in 34 *Berkeley Tech. L. Jour.* 2019, 67 ss; nonché G. GURKAYNAK, C. CAN, S. UGUR, *Algorithmic collusion: fear of unknown or too smart to catch?*, in D.S. EVANS, A. FELS AO, C. TUCKER (eds.), *The evolution of antitrust in the digital era: Essays on competition policy*, vol. I, Competition Policy international, 2020, 199; e C.P. O'CANNE, I. KOKKORIS, (nt. 3), 5.

Del rischio sembrano aver preso atto anche le autorità antitrust: si vedano, tra le prime, le dichiarazioni di M. VESTAGER, *Algorithms and competition*, Speech at Bundeskartellmt 18th Conference on Competition, Berlino, 16 marzo 2017 (al link: https://wayback.archive-it.org/12090/20191129221651/https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en) e del FCT Commissioner T. MCSWEENEY, *Algorithms and coordinated effects*, 2017 (https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1220673/mcsweeney_-_oxford_cclp_remarks_-_algorithms_and_coordinated_effects_5-22-17.pdf).

¹² Per una descrizione, in termini economici, delle dinamiche collusive, v. tra gli altri, M.

Il ricorso ad algoritmi di questo tipo potrebbe consentire di realizzare accordi collusivi ampi, che coinvolgano un numero anche elevato di operatori, perché si attenuano le difficoltà di coordinamento, monitoraggio e reazione alle defezioni, proprie degli accordi collusivi in senso tradizionale – d'altra parte, per gli algoritmi la disponibilità di grandi quantità di dati aumenta, anziché ridurre, la trasparenza del mercato.

Peraltro, l'adozione congiunta di algoritmi così definiti potrebbe consentire di realizzare, in modo più agevole, forme particolarmente sofisticate di collusione, già osservate anche nella prassi antitrust tradizionale, quali, per es., l'allineamento su singole componenti di prezzo, nel caso di tariffazione complessa¹³, o l'adozione di strategie c.d. "semi-collusive", connotate dall'allineamento su alcuni fattori dell'agire concorrenziale (per es. il prezzo finale) e una concorrenza, anche vivace, su altri (per es. sulla cattura del cliente)¹⁴. Si trat-

MOTTA, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, 137-142.

¹³ È il caso, per es., delle tariffe dei biglietti aerei, che si compongono di diverse voci, tra cui di solito una tariffa base, un supplemento carburante ed eventuali tasse. Proprio in questo contesto sono stati osservati fenomeni di allineamento del prezzo sulla componente del supplemento carburante, che rimaneva stabile nel tempo, nonostante le oscillazioni nel prezzo del petrolio, e di vivace concorrenza nella fissazione della tariffa-base: così nei casi (conclusi tutti con *pleading agreements*), *United States of America v. British Airways*, Criminal n. 07-183 JDB (District Court of Columbia, 23 agosto 2007); *United States of America v. Korean Air Lines*, Criminal n. 07-184 JDB (District Court of Columbia, 1 agosto 2007); *United States of America v. Qantas Airlines*, Criminal n. 07-322 JDB (District Court of Columbia, 14 gennaio 2008). I casi sono riportati e annotati da D. APPEL, *Air Cargo Fuel Surcharge and Tacit Collusion under the Sherman Act. What Good is Catching a Few Bad Guys if Consumers still Get Robbed?*, in 73 *Jour. Air Law & Comm.*, 2008, 375 ss.

¹⁴ Le strategie collusive, come è noto, possono non presentarsi in forma pura – ossia come condotte di cooperazione su ogni dimensione dell'azione di mercato delle imprese; al contrario, è frequente che le imprese decidano di realizzare strategie miste, in parte competitive e in parte collusive. Tali strategie, già descritte nella letteratura economica più risalente (v. J. BAIN, *Industrial Organization*, Hoboken, John Wiley and Sons, 1959, 270 ss.), sono state efficacemente sintetizzate con l'espressione *co-opetition*: così, per primi, A.M. BRANDENBURGER, B.J. NALEBUFF, nell'omonimo libro, pubblicato nel 1996 per Currency Doubleday, New York.

L'impatto di mercato delle strategie "semi-collusive" è di per sé piuttosto imprevedibile: i vantaggi complessivi, per consumatori e imprese, derivanti dall'adozione di strategie "miste" potrebbero risultare persino maggiori di quelli derivanti da dinamiche concorrenziali pure: così, tra gli altri F. PEZZANI, *La Competizione Collaborativa – Ricostruire il capitale sociale ed economico*, Milano, EGEA – Università Bocconi, 2011; A. BROD, R. SHIVAKUMAR, *Advantageous Semi-collusion*, in 47 *Int'l J. Industrial Organ.*, 1999, 221 ss. D'altra parte, proprio l'aspettativa di effetti positivi derivanti dalla cooperazione tra imprese concorrenti sembra giustificare il regime antitrust, nettamente più permissivo, riservato ad alcune forme di accordi di cooperazione: v. *Linee-guida sull'applicabilità dell'art. 101 TFUE agli accordi di cooperazio-*

terebbe di forme di collusione meno evidenti, e quindi meno esposte al rischio di contestazioni antitrust, ma non per questo meno restrittive della concorrenza.

Algoritmi in grado di agire nel senso descritto, se usati in parallelo dalle imprese, sembrerebbero operare propriamente – riprendendo una categoria classica del diritto antitrust – come fattori facilitanti una collusione altrimenti non possibile o non egualmente efficace.

Peraltro, il ricorso ad algoritmi di questo tipo renderebbe superfluo lo scambio di comunicazioni dirette tra imprese – fattore che, invece, sempre si rinviene nella casistica in materia di collusione algoritmica sopra menzionata, e che ha tradizionalmente rivestito un ruolo cruciale nelle istruttorie antitrust, fungendo di fatto da discriminazione tra allineamento concordato, e quindi illecito, e allineamento non assistito da tale supporto probatorio, e quindi di per sé lecito, ancorché foriero di effetti restrittivi (sul punto si tornerà più avanti, nel § 5).

3.2. La collusione realizzata da algoritmi: la collusione tacita algoritmica.

La frontiera della collusione algoritmica è rappresentata, però, dalla possibilità che gli algoritmi, sfruttando intelligenza artificiale e tecniche di *machine-learning*, e specialmente di *self-learning*¹⁵, possano realizzare equilibri collusivi in modo autonomo, spontaneo e tacito.

Lo scenario che si ha in mente è descritto in termini di teoria dei giochi e può così sintetizzarsi.

Si adottano algoritmi programmati per realizzare condotte individuali di massimizzazione del profitto, e quindi, non direttamente progettati per collu-

ne orizzontale tra imprese, [2011] GUUE C-11/1-72; e, più di recente, in risposta all'emergenza pandemica, v. *Comunicazione della Commissione. Quadro temporaneo per la valutazione delle questioni in materia antitrust relative alla cooperazione tra imprese volte a rispondere alle situazioni di emergenza causate dall'attuale pandemia di Covid-19*, [2020] GUUE C-116/1-7.

Per altro verso, la possibilità che l'adozione di strategie semi-collusive porti a effetti anti-concorrenziali netti è stata accertata in diverse istruttorie antitrust: tra gli altri, v. Trib. Primo Grado, 30 settembre 2003, T-191,212-214/98, *Atlantic Container Line AB e altri c. Commissione*, ECLI:EU:T:2003:245; Trib. Primo Grado, 6 giugno 2002, T-342/99, *Airtours plc c. Commissione*, ECLI:EU:T:2002:146.

¹⁵ Per una descrizione delle modalità di funzionamento di tali algoritmi, v. A. DESCAMPS, T. KLEIN, G. SHIER, *Algorithms and competition: the latest theory and evidence*, in *20 Competition L. Jour.*, 2021, 33 ss.

dere. Grazie all'intelligenza artificiale, gli algoritmi in questione sono in grado di apprendere in modo autonomo (senza supervisione, esplorando l'ambiente di mercato e interagendo con gli altri operatori) e di elaborare processi decisionali autonomi, che tengono conto anche delle esperienze del passato, cosicché l'algoritmo intelligente tenderà a replicare le strategie di successo e a non replicare le altre.

L'aspettativa è che, in un gioco ripetuto, apprendendo dall'esperienza ed elaborando tutti i dati a disposizione, gli algoritmi, pur agendo in modo genuinamente tacito (senza, cioè, ricorrere a scambi di informazioni e senza comunicazioni dirette) e in modo autonomo (senza essere programmati a colludere, ma avendo come unico obiettivo l'ottimizzazione delle *performance* individuali dell'impresa), decidano di realizzare condotte allineate, con esiti simili a quelli propri di un cartello.

Una volta raggiunto un livello di prezzo collusivo, sorge il problema, tipico di ogni collusione, di garantirne il mantenimento, identificando e neutralizzando le deviazioni dall'accordo; ma gli algoritmi sono in grado di agire efficacemente su tali aspetti: essi identificano le deviazioni e vi reagiscono, con un abbassamento del prezzo, in funzione punitiva della defezione. Negli stadi successivi del gioco, queste esperienze vengono fatte proprie dagli algoritmi: gli algoritmi intelligenti imparano che le defezioni sono sanzionate e che sono quindi associate a un costo; cosicché, dopo diverse interazioni (nelle quali si ripete il meccanismo di identificazione delle deviazioni e reazione congiunta alle stesse), gli algoritmi individuano la migliore strategia, il migliore livello di prezzo collusivo, e lo mantengono nel tempo¹⁶.

Si realizzerebbe, così, un equilibrio collusivo in senso proprio, conseguenza diretta delle scelte operate da algoritmi intelligenti, frutto di condotte genuinamente unilaterali e non concertate, derivanti da un adattamento razionale, su base individuale, alle condizioni di mercato, con un meccanismo di cd. *signaling and best response* – esattamente come si sospetta che avvenga negli oligopoli ristretti, quando vi siano condizioni di mercato favorevoli alla collusione tacita¹⁷.

Quanto alla possibilità che dinamiche algoritmiche di questo tipo trovino

¹⁶ Il fenomeno è descritto in numerosi contributi: v., oltre a quelli citati nelle nt. 11 e 15, anche E. CALVANO, G. CALZOLARI, V. DENICOLÒ, *Artificial Intelligence, Algorithmic Pricing and Collusion*, in 110 *American Economic Rev.*, 2020, 3267-3297 (ove anche una *review* della letteratura economica in materia).

¹⁷ Tra tutti, v. S. MARTIN, *Competition Policy Collusion and Tacit Collusion*, in 24 *Inter. Jour. Industrial Organization*, 1301 ss.; R.A. POSNER, *Review of Kaplow, Competition Policy and Price Fixing*, in 79 *Antitrust L. Journ.*, 2014, 761 ss.

effettiva attuazione, le opinioni sono piuttosto eterogenee, ma sembrano seguire una precisa linea evolutiva.

Fino a un paio di anni fa, la possibilità di collusione tacita algoritmica appariva irrealistica: equilibri collusivi stabili – si sosteneva, con argomenti che riprendevano quelli già espressi con riguardo alla collusione tacita in oligopolio – richiedono una qualche forma di comunicazione, un qualche input esterno¹⁸, cosicché, mentre è realistico che la collusione possa beneficiare del supporto facilitante degli algoritmi, appare irrealistico che un allineamento di condotte, che mima gli effetti tipici di un cartello, sia realizzato direttamente da algoritmi intelligenti, con condotte individuali e non concertate¹⁹.

Oggi, persiste ancora un certo scetticismo di fondo²⁰, ma tale possibilità comincia a essere percepita come sempre meno remota e sempre meno irrealistica²¹; e anzi qualcuno non esclude che algoritmi di questo tipo siano già a disposizione delle imprese e già in uso nelle vendite online²².

D'altra parte, la possibilità che si realizzi una collusione tacita algoritmica, nei termini descritti, trova oggi ulteriore conferma in importanti studi economici²³, che riportano di esperimenti realizzati con algoritmi definiti nei termini

¹⁸ Cfr. K.U. KÜHN, S. TADELIS, *Algorithmic collusion*, Cresse, 2017 (al link https://www.ebos.com.cy/cresse2013/uploadfiles/2017_sps5_pr2.pdf): esiti collusivi sono improbabili – si sostiene – in assenza di comunicazioni, tra individui (ribadendo quanto già espresso, con riguardo alle forme tradizionali di collusione oligopolistica, in K.U. KÜHN, *Fighting Collusion. Regulation of Communication between Firms*, in 16 *Econ. Policy*, 2001, 169-204) come tra algoritmi; peraltro, gli algoritmi lascerebbero inevitabilmente traccia del loro scambio di informazioni, tracce che potrebbero essere rinvenute dalla autorità forse più agevolmente di quanto non avvenga per gli scambi di informazioni tra individui; quindi, un'ipotetica collusione realizzata da algoritmi non costituirebbe una particolare sfida di *enforcement* per le autorità anti-trust. In senso analogo, U. SCHWALBE, (nt. 11), 568 ss., ribadendo la necessità di comunicazioni dirette tra gli algoritmi e sottolineando che le dinamiche collusive, frutto di allineamento spontaneo, sarebbero piuttosto improbabili, se non irrealistiche.

¹⁹ «[T]he idea of automated systems getting together and reaching a meeting of minds is still science fictions»: così M. VESTAGER, (nt. 11).

²⁰ Cfr. A. EZRACHI, M.E. STUCKE, *Sustainable and Unchallenged*, (nt. 11), 220; M.S. GAL, *Algorithms as illegal agreements*, (nt. 11), 79-81; C.P. O'CANNE, I. KOKKORIS, (nt. 3), 4.

²¹ Cfr. F. BENEKE, M.O. MACKERODT, *Remedies for algorithmic tacit collusion*, in *Jour. Antitrust Enforcement*, 2020, 1-3.

²² Così, J.E. HARRINGTON, *Developing Competition*, (nt. 11), 331 ss.

²³ E. CALVANO, G. CALZOLARI, V. DENICOLÒ, (nt. 16), 3267-3297. Gli aa. riferiscono di aver adottato algoritmi relativamente semplici, non programmati per colludere, privi di conoscenze pregresse circa i concorrenti o l'ambiente di mercato nel quale operano e non in grado di comunicare tra loro.

indicati e dai quali sembrerebbe emergere che, in effetti, dopo un certo numero di interazioni (e dopo una serie di defezioni dalla collusione, punizioni della defezione e ripristino della collusione: cioè dopo l'effettiva attuazione del meccanismo *reward-punishment*, proprio delle dinamiche collusive), gli algoritmi realizzano un equilibrio collusivo stabile; e mostrano che una collusione si realizza – seppure con livelli di prezzo, e quindi di profitto, decrescenti – anche in contesti che di per sé non sarebbero favorevoli alla collusione tacita in senso classico, e cioè aumentando il numero degli operatori o aumentando le asimmetrie tra gli stessi²⁴.

In altri termini, lo scenario prima irrealistico appare sempre più verosimile.

4. *Le prospettive di intervento. L'inadeguatezza delle proposte di intervento regolatorio.*

Il definirsi di uno scenario sempre più chiaro riguardo alle potenzialità degli algoritmi e al ruolo attivo che questi possono svolgere nella creazione e nel mantenimento di equilibri collusivi (agendo come fattore facilitante la collusione o realizzandola direttamente) ha condizionato l'approccio delle autorità antitrust al fenomeno.

Le posizioni iniziali sono state connotate da una certa prudenza, ritenendosi opportuna una conoscenza più chiara del fenomeno, quanto ad effettiva probabilità di emersione e portata restrittiva, prima di intraprendere azioni dirette o definire adeguate strategie intervento²⁵.

²⁴ Nella letteratura economica si ritiene che il fenomeno della collusione tacita, finora studiato in un contesto di interazione "reale" tra individui, richieda la presenza di specifiche condizioni: un numero ridotto di operatori e un certo grado di trasparenza del mercato, cosicché ciascuno degli operatori li attivi sia in grado di osservare la condotta altrui, per adeguarsi alla stessa o per suggerirne variazioni (per es., di un incremento di prezzo realizzato da una delle imprese e mimato anche dalle altre), per controllare la persistenza dell'allineamento di condotte e reagire a eventuali defezioni. Altra condizione, rilevante ancorché non essenziale, è ravvisata nella simmetria (in termini di dimensione, struttura organizzativa interna, prospettive di crescita, capacità produttive, etc.) tra le imprese, che rende più semplice l'identificazione di una strategia collusiva comune, che risulti conveniente per tutti i soggetti coinvolti. In materia, v. tra gli altri, M. MOTTA, (nt. 12), 142-148.

²⁵ Cfr. EUROPEAN UNION, *Algorithms and collusion. Notes from the European Union – 127th OECD Competition Committee*, 21-23 giugno 2017 ([https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)12/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)12/en/pdf)); MONOPOLKOMMISSION, *Algorithms and Collusion*, cit., 9. In entrambi i casi, le autorità non escludevano che gli algoritmi potessero avere un ruolo attivo nella costruzione di equilibri collusivi e, anzi, sottolineavano la necessità di un monitoraggio attento dei settori più esposti, anche ricorrendo allo strumento delle indagini di settore.

Successivamente, invece, sono emerse posizioni più nette, che denotano una maggiore consapevolezza del potenziale restrittivo del fenomeno, anche per il contesto che ne è direttamente interessato e per le dinamiche che connotano il funzionamento di quel mercato.

Il ricorso ad algoritmi di prezzo si colloca, infatti, in un settore – quello delle vendite on line, realizzate anche tramite piattaforme – la cui portata economica, già significativa per volume e per ampiezza, è associata a prospettive di crescita ulteriore. Le collusioni non-espresse potrebbero, quindi, interessare un ambito assai più ampio rispetto a quello nel quale tradizionalmente tali fenomeni si collocano, ossia mercati con pochi operatori, con elevate barriere all'ingresso e un certo grado di trasparenza – in altri termini, mercati già di per sé inclini alla collusione²⁶.

Peraltro, il settore del commercio elettronico è già interessato da dinamiche specifiche, che lasciano intravedere come piuttosto verosimile il ricorso ad algoritmi intelligenti per realizzare sovraprofiti concorrenziali. Dal *Report* sul commercio elettronico, elaborato della Commissione nel 2017, risulta, infatti, che almeno due terzi delle imprese coinvolte nell'indagine già allora facevano uso di software per la definizione del prezzo e di sistemi di monitoraggio del prezzo altrui; e che la maggior parte delle imprese dotate di sistemi di tracciamento del prezzo tendeva poi ad aggiustare il proprio prezzo a quello osservato²⁷.

Anche in dottrina, non si dubita dell'opportunità di un intervento contro le possibili disfunzioni derivanti dal ricorso ad algoritmi di prezzo, ma si discutono dialetticamente le possibili strategie di intervento.

Al riguardo, le prime proposte formulate si collocavano, invero, su un terreno sostanzialmente regolatorio, con intenti o esiti conformativi, più che correttivi e repressivi.

È stato proposto, così, di imporre alle imprese obblighi di trasparenza relativamente all'adozione di algoritmi e alle loro modalità di funzionamento, in modo da facilitare l'individuazione delle collusioni algoritmiche²⁸ – soluzione che, però, rischia di produrre effetti opposti a quelli sperati, giacché renderebbe di fatto più agevole per le imprese l'adozione di algoritmi simili e, per tale via, potrebbe persino facilitare la collusione.

²⁶ Il rischio è già stato evidenziato dalla MONOPOLKOMMISSION, *Algorithms and Collusion*, cit., 9-10.

²⁷ *Report from the Commission to the Council and the European Parliament – Final Report on the E-Commerce sector inquiry*, Commission Staff Working Document, SWD (2017) 154 Final, 10 maggio 2017, § 149.

²⁸ Cfr. OECD, *Algorithms and Collusion. Competition Policy in the digital age*, 2017, 43 ss.

Sono stati suggeriti, poi, interventi regolatori in senso proprio: si è proposto di imporre una riduzione nella frequenza delle interazioni di mercato tra algoritmi, in modo da limitare gli aggiustamenti automatici di prezzo; o di inserire nel mercato algoritmi di disturbo, in grado di destabilizzare eventuali equilibri collusivi, anche stimolando i cd. “*secret dealings*”; o ancora, di agire sui prezzi di mercato, incentivando l’adozione di pratiche scontistiche²⁹. Anche queste, però, appaiono soluzioni dalla dubbia efficacia correttiva, e anzi potenzialmente foriere, a loro volta, di effetti distorsivi: limitare la frequenza delle interazioni può comportare, per es., un irrigidimento del prezzo di mercato, e quindi impedire anche gli aggiustamenti a ribasso, con un impatto negativo sul *consumers’ welfare*; e, più in generale, gli interventi di natura sostanzialmente conformativa potrebbero incidere, con un impatto non prevedibile, sul naturale processo di sviluppo dei mercati digitali.

Eguale poco persuasive appaiono le proposte di intervenire a monte, in fase di progettazione degli algoritmi, imponendo che questi siano disegnati in modo da non reagire alle variazioni del prezzo altrui³⁰: tale soluzione, invece, inciderebbe sulle funzionalità di uno strumento di per sé neutro e che potrebbe essere sfruttato anche per realizzare esiti pro-concorrenziali (per es. una efficace concorrenza di prezzo); peraltro, interventi di questo tipo, se proiettati su larga scala, potrebbero disincentivare l’investimento in questo ambito tecnologico e, conseguentemente, limitare il processo innovativo sottostante.

Proposte ulteriori di intervento puntano, invece, al rafforzamento del potere di mercato dal lato della domanda, anche mediante il ricorso ad appositi algoritmi che consentano ai consumatori di confrontare le offerte, di individuare più agevolmente il prezzo minore o il prodotto migliore, in modo da contrapporre un più forte *buyer power* al già forte *producer power*³¹. Anche questa soluzione, tuttavia, presuppone specifiche condizioni di mercato (per es., l’assenza di barriere all’ingresso, anche in termini di accesso alle piattaforme di intermediazione nella vendita) e, in ogni caso, sembrerebbe poter produrre effetti apprezzabili solo in contesti specifici, per es. a fronte di acquisti accentrati o aggregati (come avviene nel *trading online*), ossia quando i consumatori siano in qualche modo già dotati di un certo potere di mercato; al contrario, le potenzialità di tali strumenti appaiono assai più blande nel caso di acquisti diffusi, e specialmente di quelli aventi ad oggetto beni di modesto valore economico.

²⁹ Così, A. EZRACHI, M. STUCKE, *Algorithmic collusion*, (nt. 10), 28 ss.

³⁰ Per riferimenti v. ancora OECD, *Algorithms and Collusion*, (nt. 28), 50.

³¹ M. GAL, N. ELKIN-KORE, *Algorithmic consumers*, 30 *Harv. J. law & tech.*, 2017, 313 ss.

L'inquadramento delle prime proposte di intervento formulate dalla dottrina, in una cornice sostanzialmente regolatoria, è probabilmente dovuta non tanto alla convinzione di una maggiore efficacia di quelle soluzioni – i cui limiti sono stati prontamente evidenziati³² –, quanto piuttosto alla consapevolezza della difficoltà di realizzare un efficace intervento antitrust rispetto alle collusioni non-espresse, considerate illecite soltanto se, all'allineamento di condotte, si aggiunge prova di una preventiva concertazione, di un *meeting of minds*, ossia di quell'incontro di volontà che sembra ancora costituire l'architrave della fattispecie di intesa restrittiva. D'altra parte, anche nei primi interventi in materia di collusioni algoritmiche, le autorità hanno ribadito che parallelismo di condotte, non corroborato da fattori ulteriori, non integra una fattispecie di intesa illecita, anche ove risultasse foriero di effetti obiettivamente restrittivi della concorrenza³³.

Peraltro, come si diceva, i fattori che, nella casistica europea e americana, sono considerati idonei a connotare in senso collusivo un parallelismo di condotte sono piuttosto limitati e si riducono, di fatto, allo scambio di informazioni, alle comunicazioni tra le imprese – fattore, però, che manca nelle forme di collusione algoritmica in senso stretto, sopra riportate³⁴.

Cosicché, rispetto al fenomeno della collusione algoritmica (ma lo stesso può dirsi per i fenomeni di collusione tacita oligopolistica), una efficace rea-

³² Cfr. OECD, *Algorithms and Collusion*, (nt. 28), 44 ss.

³³ MONOPOLKOMMISSION, *Algorithms and Collusion*, cit., 13.

³⁴ Di questo limite sembrano consapevoli le autorità antitrust quando, pur sottolineando l'importanza di un intervento antitrust, discutono criticamente l'efficacia degli strumenti oggi in uso: cfr. FCT Commissioner T. MCSWEENEY, (nt. 11), cit.; FTC Commissioner M. OHLHAUSEN, *Should We Fear The Things That Go Beep In the Night? Some Initial Thoughts on the Intersection of Antitrust Law and Algorithmic Pricing*, 2017 (al link: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1220893/ohlhausen_-_concurrences_5-23-17.pdf); EU COMMISSION, *White Paper on Artificial Intelligence – A European Approach to Excellence and Trust*, COM(2020) 65 final, 19 febbraio 2020 (https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf); ma v. anche il report della Competition and Market Authority, *Pricing Algorithms. Economic working paper on the use of pricing algorithms to facilitate collusion and personalized pricing*, 8 ottobre 2018 (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/746353/Algorithms_econ_report.pdf); nonché Autorité de la concurrence e Bundeskartellamt, *Algorithms and Competition – Joint Working Paper*, 6 novembre 2019 (https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Algorithms_and_Competition_Working-Paper.html;jsessionid=0F7B8EE6B4B306DEEA27CF99F85600C1.2_cid381?nn=3591568); e Autoridade da Concorrência, *The AdC warns that using algorithms to coordinate market prices is incompatible with the Portuguese Competition Law*, 1 luglio 2019 (http://www.concorrenca.pt/vEN/News_Events/Comunicados/Pages/PressRelease_201911.aspx).

zione antitrust richiederà il superamento dell'impostazione tradizionale e della centralità che in questa assume la prova di scambi di informazioni.

5. *Le proposte di enforcement antitrust. La collusione algoritmica come illecita pratica concordata.*

Le prospettive di intervento antitrust rispetto al fenomeno della collusione oligopolistica in senso stretto, nel quale gli algoritmi giocano un ruolo attivo per la creazione dell'equilibrio collusivo, anche in modo autonomo e con condotte non concertate, muovono da un assunto di fondo, condiviso dalle diverse autorità antitrust (europea, nazionali e americane) e sul quale concorda la dottrina: il fatto di avvalersi di un algoritmo non esime le imprese da responsabilità antitrust³⁵.

Nella prospettiva che sembra oggi prevalente, l'algoritmo, anche quando dotato di autonoma capacità decisionale, è inteso come una *longa manus* dell'impresa³⁶ ed è assimilato a un suo dipendente, cosicché, come l'impresa è responsabile per la condotta antitrust decisa e realizzata da un dipendente, così è responsabile per la condotta eventualmente decisa e attuata dall'algoritmo³⁷.

Si discute, però, di quale sia lo standard di condotta, e quindi di responsabilità, imposto alle imprese; e cioè se le imprese possono dirsi responsabili: *i*) quando non adottano tutte le cautele per prevenire il rischio di collusione algoritmica – e quindi, sembrerebbe, in presenza di colpa, cioè quando vi sia la ragionevole probabilità di prevedere che l'uso di certi algoritmi porti a risultati collusivi; oppure *ii*) per il solo fatto di adottare algoritmi in grado di realizzare un equilibrio collusivo – e quindi, sembrerebbe, sulla base di un dato oggettivo³⁸.

³⁵ «As competition enforcers, I think we need to make it very clear that companies can't escape responsibility for collusion by hiding behind a computer program»: così, M. VESTAGER, (nt. 11).

³⁶ Così espressamente M. GAL, *Algorithmic-facilitated collusion*, (nt. 9), 25.

³⁷ Così, FTC Commissioner M. OHLHAUSEN, (nt. 34). Anche in dottrina non si dubita che la condotta anticoncorrenziale materialmente compiuta dall'algoritmo sia imputabile all'impresa, e ciò anche nell'ipotesi di algoritmi intelligenti di tipo *self-learning*: per un'approfondita dimostrazione sul punto, v. soprattutto P. MANZINI, *Algoritmi collusivi e diritto antitrust europeo*, in *Merc., conc., reg.*, 2019, 163 ss. e spec. 176 ss.

³⁸ È l'alternativa descritta, e presentata come oggetto di riflessione e dibattito, nel documento congiunto franco-tedesco (Autorité de la concurrence e Bundeskartellamt, *Algorithms and Competition*, cit., 4), nel quale non si esprime però una posizione chiara, ma si sostiene

Si tratta, in effetti, di due soglie diverse di imputazione della responsabilità, cui corrisponde evidentemente un diverso perimetro dell'azione antitrust – più ristretto, perché limitato alle condotte colpose, nel primo caso, più ampio nel secondo; e gli effetti del ricorso all'uno o all'altro criterio si colgono, in particolare (per le ragioni che si andranno ad illustrare nei paragrafi che seguono), con riguardo alle fattispecie di collusione tacita algoritmica.

Ancora con riferimento all'imputazione della condotta antitrust, un ulteriore profilo che sembra potersi dedurre dai precedenti europei è che, nel caso di vendite on line realizzate tramite una piattaforma terza, la responsabilità antitrust potrebbe estendersi anche al gestore della piattaforma, ove risulti che questi abbia svolto un ruolo attivo e non meramente accessorio nella realizzazione della condotta illecita³⁹.

Nelle ipotesi più semplici, ciò accade quando sia la piattaforma stessa, dove si incontrano domanda e offerta di un certo bene o servizio, ad agire direttamente come facilitatore della collusione⁴⁰; ma non si può escludere una estensione della responsabilità anche ove il gestore della piattaforma si limiti a mettere a disposizione delle imprese un software di prezzo in grado di condurre a risultati collusivi⁴¹.

Muovendo dalla considerazione di partenza, ossia che il ricorso ad algoritmi non esclude l'imputazione di responsabilità antitrust alle imprese che se ne avvalgono o che sono attivamente coinvolte nel coordinamento, si possono

che lo standard di condotta potrebbe collocarsi in un punto intermedio tra i due. Anche in dottrina, si subita che la responsabilità dell'impresa possa predicarsi oltre i casi di ragionevole prevedibilità di risultati collusivi: sul punto, v. G. GURKAYNAK, C. CAN, S. UGUR, (nt. 11), 215, ove ulteriori riferimenti.

³⁹ Cfr. Corte Giust., 21 luglio 2016, C-542/14, *VM Remonts et al.*, ECLI:EU:C:2016:578, §§ 25 ss.; Corte Giust., 22 ottobre 2015, C-194/14 P, *AC-Treuhand c. Commissione*, ECLI:EU:C:2015:717, §§ 26, 36; nonché, Competition Appeal Tribunal, 20 dicembre 2012, *Tesco Stores Ltd c. Office of Fair Trading*, [2012] CAT 31, §§ 57 ss.

⁴⁰ D'altra parte, del coinvolgimento attivo della piattaforma nella definizione delle politiche di prezzo delle imprese ivi attive si ha oramai ampia evidenza nella casistica antitrust: cfr. Corte Giust. C-74/14, 21 gennaio 2016, *Eturas et al. c. Commissione*, cit., nonché i diversi casi nazionali relativi alla piattaforma *booking.com*, tra cui, Autorité de la Concurrence, 19-D-23, 10 dicembre 2019; Bundeskartellamt, B 9-121/13, 20 dicembre 2013, poi però annullata da Oberlandesgericht Düsseldorf, Kart 2/16 (V), 4 giugno 2019 (sul punto, si fa rinvio al report, pubblicato il 4 febbraio 2019 dal Bundeskartellamt, "*Competition and Consumer Protection in the Digital Economy*": *The effects of narrow price parity clauses on online sales – Investigation results from the Bundeskartellamt's Booking proceeding*, disponibile al seguente link: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Schriftenreihe_Digitales_VII.pdf?__blob=publicationFile&v=3).

⁴¹ Così, condivisibilmente, P. MANZINI, (nt. 37), 180.

formulare specifiche proposte di intervento antitrust, diverse a seconda che gli algoritmi operino come strumento di facilitazione della collusione o che, in modo autonomo, tacito e non concertato, realizzino direttamente un allineamento di tipo cartellistico.

5.1. *Nel caso di collusione facilitata da algoritmi.*

Nel primo scenario tratteggiato, le autorità riscontreranno un allineamento di condotte, foriero di effetti distorsivi della concorrenza, e l'evidenza del ricorso, in parallelo, ad algoritmi programmati per realizzare esiti collusivi.

Algoritmi di questo tipo, che operano propriamente come fattori facilitanti la collusione, potrebbero essere qualificati come “*plus factors*”, in grado di connotare il parallelismo di condotte in termini di allineamento almeno consapevole, e quindi di supportare l'inferenza di pratica concordata o di *unlawful conspiracy*⁴².

La soluzione rientrerebbe sostanzialmente nello schema classico della prova di pratica concordata: evidenza di condotte parallele dall'effetto restrittivo e indizi di concertazione⁴³; la prova di concertazione, normalmente ricavata dall'evidenza di comunicazioni, sarebbe qui fornita dall'evidenza di algoritmi programmati per colludere. D'altra parte, che elementi anche diversi dalla comunicazione tra imprese (per es. l'evidenza di condotte contrarie a convenienza individuale) possano assumere il rilievo di “*plus factors*” è possibilità già riconosciuta dalla giurisprudenza europea e americana, pur trovando scarso riscontro nella casistica⁴⁴.

⁴² Si tratta di una soluzione generalmente accolta da quella dottrina che ritiene opportuno un intervento efficace e stringente contro questa forma di collusione: v., per un'ampia dimostrazione, M. GAL, *Algorithms as illegal agreements*, (nt. 11), 77 ss., 105 ss., sviluppando una tesi già illustrata in M. GAL, N. ELKIN-KORE, (nt. 31), 338; ma in senso analogo, v. A. DENG, (nt. 10), 93; G. GURKAYNAK, C. CAN, S. UGUR, (nt. 11), 215; A. EZRACHI, M.E. STUCKE, *Sustainable and Unchallenged*, (nt. 11), 240; nonché C.P. O'CANNE, I. KOKKORIS, (nt. 3), 8 (sottolineando l'importanza di un intervento antitrust anche in funzione di deterrenza); P. MANZINI, (nt. 37), 272.

La possibilità di un intervento nel contesto della tesi classica dei “*plus factors*” sembra profilarsi anche nel documento della Monopolkommission del 2018, ove espressamente si presenta l'algoritmo come fattore facilitante la collusione (Monopolkommission, *Algorithms and Collusion*, cit., 8).

⁴³ Per tutti, R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, IX ed., Oxford University Press, Oxford, 2018, 104-109.

⁴⁴ Per riferimenti sul punto v., tra gli altri, F. GHEZZI, M. MAGGIOLINO, *Bridging the EU*

A conclusioni sostanzialmente analoghe si giungerebbe assimilando, come pure è stato suggerito, l'interazione tra algoritmi (fatta di continui scambi di impulsi) a uno scambio di informazioni – quell'interazione sarebbe il modo in cui le macchine si scambiano intenzioni strategiche⁴⁵.

Peraltro, in presenza di algoritmi programmati per realizzare un esito collusivo, non si può dubitare dell'imputabilità della condotta restrittiva alle imprese coinvolte: anche ove si adottasse lo standard più elevato di imputazione di responsabilità antitrust, si potrebbe certamente sostenere che, per le caratteristiche stesse dell'algoritmo adottato, l'esito collusivo rappresenta uno scenario ragionevolmente prevedibile, e che quindi la condotta abbia carattere almeno colposo.

5.2. Nel caso di collusione realizzata da algoritmi.

Per quanto riguarda, invece, la possibilità di intervento rispetto una collusione algoritmica che sia frutto di condotte individuali, si rintraccia invece un marcato scetticismo che riflette, in parte, le posizioni che ancora largamente connotano il dibattito intorno agli oligopoli collusivi.

Così, si sostiene, anche con riferimento alla collusione algoritmica, che difficilmente potrebbero aversi collusioni genuinamente tacite⁴⁶; e che, se pure si dimostrasse che esiti simili a quelli tipici di un cartello sono realizzati con condotte unilaterali (in assenza, quindi, di prova di concertazione), queste comunque sfuggirebbero all'applicazione dell'art. 101 o della Sect. 1 perché tali norme sanzionano l'allineamento cosciente e volontario, frutto di coordinamento attivo tra le imprese, e non quello derivante da adattamento razionale, su base individuale, alle condizioni di mercato, che invece resta di per sé lecito⁴⁷; e inoltre, che l'incertezza che ancora circonda la valutazione delle con-

Concerted Practices with the U.S. Concerted Actions, in *Jour. Comp. L. & Econ.*, 2015, 650 ss.; W.H. PAGE, *Objective and Subjective Theories of Concerted Actions*, in *79 Antitrust L. Jour.*, 2013, 215 ss.

⁴⁵ A. EZRACHI, M.E. STUCKE, *Sustainable and Unchallenged*, (nt. 11), 240-241.

⁴⁶ Cfr. C.P. O'CANE, I. KOKKORIS, (nt. 3), 5; K.U. KUHN, S. TADELIS, *Algorithmic collusion*, cit.; A. EZRACHI, M.E. STUCKE, *Sustainable and Unchallenged*, (nt. 11), 250; A. GAUITER, A. ITTOO, P. VAN CLEYNENBREUGEL, (nt. 9), 16.

⁴⁷ Così, aderendo all'orientamento tradizionale, e ancora maggioritario anche in dottrina, rispetto al fenomeno della collusione tacita, M. GAL, *Algorithms as illegal agreements*, (nt. 11), 107 (con l'argomento ulteriore per cui non si potrebbe discriminare tra condotta umana, immune da responsabilità, e condotta algoritmica); A. EZRACHI, M. STUCKE, *Algorithmic collusion*, (nt. 10), 15; G. GURKAYNAK, C. CAN, S. UGUR, (nt. 11), 209-210 (raccomandando pru-

dotte algoritmiche espone al rischio di *over-deterrence*, particolarmente grave, giacché il ricorso ad algoritmi di prezzo potrebbe generare guadagni di efficienza e realizzare incrementi di *consumer welfare*⁴⁸; e che, in ogni caso, esisterebbero nel mercato meccanismi auto-correttivi, in grado di ripristinarne il corretto funzionamento⁴⁹.

Argomentazioni analoghe sono risultate storicamente prevalenti rispetto al fenomeno della collusione tacita oligopolistica e hanno condotto a una sostanziale disapplicazione dei divieti antitrust in quell'area, pure a fronte di evidenti effetti distorsivi della concorrenza. In contesti di oligopolio, cioè, la necessità, di per sé condivisibile, di ridurre l'incidenza di falsi positivi si è risolta in un generale *under-enforcement* dei divieti antitrust, dando luogo a quello che viene definito "*oligopoly paradox*": più il mercato è incline a sostenere collusioni tacite, minore è la necessità di comunicazioni tra le imprese e, quindi, meno efficace risulterà un *enforcement* antitrust incentrato sulla ricerca di *plus factors*, specialmente nella forma di contatti diretti, di scambi di informazione tra imprese⁵⁰.

Analogo rischio – di sostanziale impunità antitrust – si corre rispetto alla collusione algoritmica (una sorta di "*algorithms paradox*"), ove risultasse, come sembra, che esiti collusivi possono essere effettivamente realizzati in modo tacito e in attuazione di una strategia individuale di massimizzazione del profitto.

Invero, i rischi potrebbero essere ben più gravi, perché – se i risultati dei primi studi saranno confermati – si profilano equilibri collusivi più ampi, più stabili, più diffusi; di più facile realizzazione, perché quelle prassi comportamentali, quel *modus operandi* di supporto alla collusione tacita che, nel caso di interazione umana, si sviluppano nel tempo e in modo tendenzialmente graduale, nel caso di algoritmi possono emergere più agevolmente e in tempi assai più brevi; e collusioni sempre più sofisticate, con l'aspettativa di una crescente incidenza dei fenomeni di semi-collusione.

denza, a fronte di evidenze "non conclusive" circa la possibilità di collusione algoritmica genuinamente tacita). Ma anche le autorità antitrust, nei primi interventi in materia, ribadiscono la validità dell'approccio "classico": v. EUROPEAN UNION, *Algorithms and collusion. Notes from the European Union*, cit., 7; T. MCSWEENEY, (nt. 11).

⁴⁸ Così, ancora A. EZRACHI, M.E. STUCKE, *Sustainable and Unchallenged*, (nt. 11), 250; M. Gal, *Algorithms as illegal agreements*, (nt. 11), 105; nonché G. GURKAYNAK, C. CAN, S. UGUR, (nt. 11), 199.

⁴⁹ Cfr. M. GAL, *Algorithms as illegal agreements*, (nt. 11), 103.

⁵⁰ Così, per tutti, L. KAPLOW, *Competition Policy and Price Fixing*, Princeton, Princeton University Press, 2013, 125.

In uno scenario di questo tipo, tendenze o dichiarazioni di impronta non-interventista, da parte delle autorità, genererebbero effetti assai negativi sul piano della deterrenza: sarebbe come suggerire alle imprese di adottare algoritmi di questo tipo per conseguire profitti collusivi, restando immuni da responsabilità antitrust. Al contrario, la minaccia credibile e concreta di intervento antitrust potrebbe essere una variabile che forse gli algoritmi stessi sono in grado di elaborare e valutare nel definire le proprie scelte strategiche; potrebbe essere, in altri termini, un fattore di per sé in grado di ridurre la convenienza della collusione e, quindi, di prevenirla in una qualche misura l'emersione stessa⁵¹.

Posta, dunque, la necessità di un intervento antitrust efficace e fermo, anche rispetto ad allineamenti di condotte dall'effetto restrittivo derivanti da comportamenti genuinamente unilaterali e non concertati, la questione diventa quella di individuare i possibili strumenti di intervento, in un contesto nel quale non si rinvenivano indizi di comunicazioni né altre forme di “*plus factors*”. In questo caso, infatti, il riscontro dell'uso in parallelo di algoritmi “intelligenti”, progettati nel senso descritto, non vale a connotare quella condotta come concertata, proprio perché gli algoritmi in questione, non essendo programmati per realizzare o tentare di realizzare condotte collusive, possono portare a un qualunque esito di mercato (competitivo, collusivo, semi-collusivo), a seconda di ciò che, di volta in volta, meglio realizza l'interesse della impresa.

In tal senso, gli algoritmi sembrano in fondo mimare il comportamento degli individui che, in contesti oligopolistici, definiscono le strategie di prezzo delle imprese: essi esaminano il contesto di mercato, osservano il prezzo praticato dai concorrenti, definiscono una propria linea strategica e, nel caso, la modificano, tenendo conto della condotta altrui, con esiti ora concorrenziali, ora collusivi.

E proprio l'evidente analogia con le dinamiche collusive che possono sorgere in mercati oligopolistici potrebbe giustificare l'estensione, a questa forma di collusione algoritmica, delle strategie di *enforcement* antitrust formulate per le collusioni tacite in senso classico.

In particolare, l'esperienza applicativa maturata rispetto al problema dell'oligopolio sembra suggerire che il punto di maggiore debolezza dell'intervento antitrust, nel contesto dell'art. 101, risiede proprio nell'adozione di una nozione rigida, e storicamente condizionata, di pratica concordata, fattispecie che è descritta nella giurisprudenza europea come una forma “minore” di accordo – un accordo non formalizzato, forse meno vincolante, meno pervasivo,

⁵¹ Così F. BENEKE, M.O. MACKERODT, (nt. 21), 3.

meno evidente, ma pur sempre un accordo, il cui accertamento non può, perciò, prescindere dalla prova di un *meeting of minds*, di un incontro di volontà; dal divieto di intesa rimarrebbe, invece, escluso il coordinamento di condotte non assistito da quel supporto probatorio, giacché – si sottolinea – quel divieto non priva gli operatori economici della facoltà di adattamento razionale alle condizioni di mercato⁵². È un orientamento che, in fondo, esprime una concezione unitaria, in chiave sostanzialmente contrattualistica, della fattispecie di intesa.

Al carattere necessariamente cosciente o volontario del coordinamento sussumibile nel divieto di intesa, si contrappone(va) il carattere oggettivo della nozione di abuso, riferito invece al mero comportamento dell'impresa, a prescindere dal carattere negligente o doloso dello stesso⁵³.

Questo assetto che, come si diceva, ha condotto a un generale *under-enforcement* antitrust – proprio per la difficoltà di dimostrare l'esistenza di una strategia comune, di tipo collusivo, sottostante a meri comportamenti paralleli dall'effetto cartellistico – potrebbe forse essere superato con un'interpretazione evolutiva della norma, che ridefinisca la nozione di pratica concordata, emancipandola dalla connotazione contrattualistica tradizionale.

Ciò che si propone è un inquadramento su basi oggettive della nozione di pratica concordata, che valorizzi il dato della condotta e che qualifichi il fattore soggettivo del *meeting of minds* non già come elemento propriamente costitutivo della fattispecie di illecito, ma piuttosto come fattore aggravante la responsabilità antitrust.

Entro questa cornice, il nucleo minimo della fattispecie di pratica concordata, cui ancorare l'accertamento dell'infrazione, consterebbe degli elementi – oggettivi – di condotta coordinata e di effetti restrittivi della concorrenza; il fattore soggettivo, di natura eventuale, varrebbe a connotare quel coordinamento come cosciente, se non addirittura come volontario, e per questo a legittimare l'imposizione non solo di misure inibitorie, ma anche di sanzioni⁵⁴.

⁵² Corte Giust., 14 luglio 1972, C-48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Commissione*, ECLI:EU:C:1972:70, §§ 64-65; Corte Giust. 16 dicembre 1975, cause riunite 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73, *Suiker Unie UA c. Commissione*, ECLI:EU:C:1975:174, §§ 173-174. Si tratta di una formula risalente, ma ripresa in modo quasi tralaticio dalla giurisprudenza successiva: cfr. da ultimo, C. Generale, 12 luglio 2019, T-8/16, *Toshiba Samsung Storage c. Commissione*, ECLI:EU:T:2019:522, § 381.

⁵³ Corte Giust., 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione*, ECLI:EU:C:1979:36, § 91; anche tale nozione è rimasta invariata nel tempo: cfr. tra i più recenti, Corte Giust., C-307/18, *Generics Ltd. et al. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2020:52, § 148.

⁵⁴ Per una più ampia analisi, mi permetto di rinviare a M. FILIPPELLI, *Il problema dell'oli-*

Diversi argomenti possono essere addotti in supporto di questa proposta interpretativa.

Un primo argomento è di natura letterale. Il testo del Trattato non impone affatto di considerare la pratica concordata come forma minore di accordo, né impone una concezione contrattualistica e unitaria del divieto di intesa; tale concezione è frutto, come si diceva, di una giurisprudenza piuttosto risalente e condizionata dalla visione, allora prevalente in dottrina, di pratica concordata⁵⁵. Essa non costituisce, però, l'unica interpretazione compatibile con il testo della norma, che, al contrario, presenta una formulazione piuttosto ampia, con il ricorso a concetti giuridici indeterminati, e che si presterebbe, quindi, a interpretazioni diverse, anche più estensive.

C'è poi un argomento teleologico. L'intenzione del legislatore storico era quella di vietare, nella norma sulle intese, tutte le condotte di tipo cartellistico, comunque realizzate – cioè, non necessariamente quelle propriamente qualificabili come accordo⁵⁶; da qui l'inserimento, nel testo del Trattato, della nozione di “pratica concordata”, mutuata dall'ordinamento francese⁵⁷. Un'interpretazione più elastica della nozione di pratica concordata, in grado di cogliere il fenomeno dell'allineamento non concertato, apparrebbe quindi (più) coerente con le finalità della norma.

Peraltro, un'interpretazione sostanzialmente estensiva del divieto di pratica concordata, fino a coprire il coordinamento non concertato, non sarebbe ostacolata, in Europa, dalla natura delle norme antitrust, le quali si connotano come norme di tipo amministrativo⁵⁸, e quindi non incorrono nei limiti interpretativi propri delle norme penali – limiti che potrebbero invece condizionare l'interpretazione delle omologhe disposizioni americane.

gopolio nel diritto antitrust europeo: evoluzione, prospettive e implicazioni sistematiche, in *Riv. soc.*, 2018, 587 ss., anche per ulteriori riferimenti; per una proposta di analogo tenore, relativa al diritto antitrust americano, v. L. KAPLOW, (nt. 50), 159-165.

⁵⁵ V. tra gli altri, G. GUGLIELMETTI, *Le regole di concorrenza nel Trattato sul mercato comune: loro identificazione e disciplina*, in *Riv. dir. ind.*, 1958, I, 226-227; R. FRANCESCHELLI, *Trattato di Diritto Industriale – Parte generale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1973, 654.

⁵⁶ Così, tra tutti, C. HARDING, J. JOSHUA, *Regulating Cartels in Europe*², Oxford, Oxford University Press, 2010, 129 ss.

⁵⁷ La nozione, com'è noto, era già inclusa nell'art. 59 *bis* della legge antitrust francese, allora vigente (Ordonnance n. 45-1483 del 30 giugno 1945): sul punto, v. X. DEROUX, D. VOILLEMOT, *Le droit de la concurrence des Communautés Européennes*, Paris, Juridictionnaires Joly, 1969, 61.

⁵⁸ Così, per tutti, D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*, Oxford, Oxford University Press, 1998, 176-179.

Sul piano dell'*enforcement* antitrust in senso stretto, bisogna considerare, poi, che in assenza di indizi di concertazione, dai quali si possa dedurre il tenore consapevole o volontario dell'allineamento, sarebbe precluso un intervento sanzionatorio, giacché l'imposizione di sanzioni richiede, in ogni caso, almeno prova di una condotta colposa⁵⁹. Tuttavia, ciò non esclude che l'istruttoria possa essere conclusa con accertamento dell'infrazione e con l'imposizione di misure inibitorie, semplici, o corredate di prescrizioni comportamentali e strutturali.

Si tratterebbe certamente di una reazione parziale, sul piano del *public enforcement*; essa, tuttavia, rappresenterebbe un avanzamento rispetto allo scenario di *unenforcement*, che si è manifestato finora rispetto alla collusione tacita oligopolistica e che rischia di profilarsi anche con riguardo alla collusione algoritmica. Peraltro, una reazione antitrust di questo tenore genererebbe comunque effetti positivi diretti di non trascurabile importanza, in termini di interruzione della condotta e contenimento del rischio di reiterazione dell'illecito; e potrebbe generare anche importanti effetti indiretti, sul piano del *private enforcement*, grazie al sistema di facilitazioni probatorie introdotte dalla Direttiva 2014/104⁶⁰.

La proposta va quindi nel senso di una interpretazione "oggettivizzata" della nozione di pratica concordata, resa possibile dalla formulazione indeterminata della norma, coerente con le finalità repressive delle condotte coordinate che la stessa persegue, compatibile con la natura amministrativa delle norme antitrust e rispettosa del principio di proporzionalità. Si giungerebbe, così, con un processo di interpretazione evolutiva non ignoto al diritto antitrust⁶¹, a una

⁵⁹ Cfr. art. 23, secondo comma, lett. a) del reg. n. 1/2003, riprendendo un principio già espresso nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: sul punto, M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2014, 420-421.

⁶⁰ V. E. TRULI, *Will Its Provisions Serve Its Goals? Directive 2014/104/EU on Certain Rules Governing Actions for Damages for Competition Law Infringements*, in *7 Jour. Eur. Comp. L. & Pract.*, 2016, 299 ss.

⁶¹ Si consideri, al riguardo, l'evoluzione occorsa nella definizione della nozione di impresa, con la progressiva specificazione del carattere di necessaria indipendenza economica, e non solo giuridica, della stessa (cfr. sul punto, R. ROSSOLINI, *La nozione di "impresa" secondo gli artt. 85 e 86 del Trattato di Roma e i suoi più recenti sviluppi*, in *Riv. dir. ind.*, 1974, I, 175 ss.); specificazione che ha portato, a sua volta, a significative variazioni nella nozione di gruppo, il quale ha assunto una connotazione sostanzialmente unitaria, con conseguente non applicazione del divieto di intesa ai fenomeni di coordinamento intra-gruppo (cfr. F. DENOZZA, *La disciplina delle intese nei gruppi*, Milano, Giuffrè, 1984) o ancora nella nozione di posizione dominante collettiva, non più intesa come la posizione dominante detenuta congiuntamente da imprese facenti parte dello stesso gruppo, ma come la posizione dominante detenuta congiun-

più ampia applicazione del divieto di pratica concordata, che consentirebbe di adattare i divieti antitrust all'evoluzione del contesto economico-sociale in cui essi trovano applicazione e, per tale via, di preservarne l'efficacia.

Se si aderisse a questa proposta interpretativa, le autorità potrebbero riscontrare l'esistenza di una pratica concordata già in presenza di condotte parallele distorsive della concorrenza, realizzate dall'algoritmo di cui si avvale l'impresa per definire le proprie strategie di prezzo, e intervenire con un provvedimento di accertamento dell'infrazione e di imposizione di rimedi inibitori.

Soluzioni di questo tipo, quando formulate con riguardo alle forme "classiche" di collusione tacita, non hanno avuto significativa attuazione, probabilmente perché resiste il convincimento che le collusioni tra individui, in fondo, non siano mai genuinamente tacite⁶². Nel contesto della collusione algoritmica questo scetticismo potrebbe forse essere più agevolmente superato: dell'interazione tra algoritmi probabilmente rimane una traccia più chiara⁶³, cosicché quella condotta potrebbe essere più facilmente decodificata, magari con l'ausilio di algoritmi simili⁶⁴, e replicata, così da dimostrare *ex post* che la condotta osservata è stata effettivamente realizzata in modo autonomo, individuale e non concertato.

Anche l'aspettativa di una più ampia diffusione del fenomeno, ben oltre i confini degli oligopoli ristretti, potrebbe stimolare in questo ambito una più vigorosa risposta antitrust, con gli strumenti di *enforcement* già a disposizione delle autorità.

Tuttavia, perché la soluzione prospettata possa trovare applicazione, nel contesto della collusione algoritmica è necessario un passaggio ulteriore, e cioè che si ammetta – date le caratteristiche proprie dell'algoritmo, che, in questo caso, è in grado di definire la propria condotta con processi decisionali autonomi e dall'esito non prevedibile – che la responsabilità antitrust dell'impresa sorge per il fatto stesso di avvalersi di un algoritmo di prezzo in grado di operare nel senso descritto; uno standard più elevato, che collegasse la respon-

tamente da imprese indipendenti (cfr. M. FILIPPELLI, *Collective Dominance and Collusion. Parallelism in Eu and US Competition Law*, Cheltenham, Elgar, 2013, 85-87).

⁶² Cfr. W.E. KOVACIC *et al.*, *Plus Factors and Agreements in Antitrust Law*, in 110 *Michigan L. Rev.*, 2012, 394 ss.

⁶³ V. *supra*, nt. 18.

⁶⁴ In tal senso, si sottolinea l'utilità degli algoritmi come strumento di indagine antitrust: v., tra gli altri, R.M. ABRANTES-METZ, A.D. METZ, *Can Machine Learning Aid in Cartel Detection?*, in *Comp. Policy Intern.*, 2018, 3; nonché A. LAMONTANARO, *Bounty Hunters for Algorithmic Cartels: an Old solution for a new problem*, in 30 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.*, 2020, 1265.

sabilità dell'impresa alla ragionevole prevedibilità di emersione di esiti collusivi, impedirebbe un efficace intervento antitrust proprio rispetto a queste forme, più sofisticate, di allineamento algoritmico.

6. *Il coordinamento algoritmico come abuso di posizione dominante collettiva.*

Una ulteriore strategia di *enforcement* antitrust, ipotizzabile con riferimento al fenomeno della collusione tacita algoritmica, consiste nell'applicazione dell'art. 102, qualificando la condotta parallela realizzata dagli algoritmi come abuso di posizione dominante collettiva.

La proposta, formulata dalla Monopolkommission nel documento del 2018, intenderebbe sopperire alle difficoltà di intervento via art. 101, rispetto a quelle condotte parallele per le quali non vi sia evidenza di un *mutual understanding* tra le imprese coinvolte.

Secondo questa impostazione, gli algoritmi potrebbero essere considerati alla stregua di fattori di raccordo tra le imprese, quei fattori che la giurisprudenza europea ritiene essenziali per la creazione una posizione dominante congiunta tra imprese indipendenti⁶⁵. Cosicché, ove le condotte parallele siano riferibili a più imprese che adottano algoritmi intelligenti di prezzo, e tali imprese, congiuntamente considerate, detengono un certo potere di mercato, allora si potrebbe qualificare la posizione delle stesse in termini di dominanza collettiva e l'eventuale condotta distorsiva come abuso⁶⁶.

⁶⁵ Sin dalle prime sentenze in materia, emerge la necessità di dare prova della presenza di fattori di raccordo tra le imprese, tali da consentire l'allineamento strategico di soggetti tra di loro indipendenti, tanto sul piano giuridico, quanto su quello economico (cfr. Tribunale di Primo Grado, 10 marzo 1992, T-69, 77-78/89, *Società Italiana Vetro e al. c. Commissione*, ECLI:EU:T:1992:38, § 358); i giudici hanno poi specificato che la struttura stessa del mercato (oligopolistico, connotato da una fisiologica interdipendenze tra gli operatori) può operare come fattore legante (così, Corte Giust., 27 maggio 2000, C-395-396/96P, *Compagnie Maritimes Belge Transports SA et al. c. Commissione* ECLI:EU:C:2000:132, § 45). Per un'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza in materia, v. C. RIZZA, *La posizione dominante collettiva nella giurisprudenza comunitaria*, in *Conc. mer.*, 2000, 509 ss.; S. STROUX, *US and EC Oligopoly Control*, Kluwer International, The Hague, 2004, 87 ss.; e M. FILIPPELLI, *Collective dominance and collusion*, (nt. 61), 92 ss.

⁶⁶ Così nel documento della MONOPOLKOMMISSION, *Algorithms and Collusion*, cit., 14-16.

Si tratterebbe, però, secondo la Monopolkommission, di un approccio non completamente risolutivo, non già – sembrerebbe – per la difficoltà di dimostrare la posizione dominante delle imprese coinvolte, quanto piuttosto per la difficoltà di connotare il prezzo come abusivo, poi-

La proposta di applicazione dell'art. 102 a fenomeni di tipo collusivo, a fronte della difficoltà di intervento con la norma in materia di intese, costituisce un dato acquisito da tempo nella giurisprudenza europea, ancorché privo di un riscontro diretto nella casistica, giacché il divieto di abuso di posizione dominante collettiva continua ad essere applicato nei soli casi in cui vi sia anche prova di pratica concordata, e quindi congiuntamente, e non alternativamente, all'art. 101⁶⁷.

Anche con riguardo ai fenomeni di collusione algoritmica, emerge in effetti un'interferenza tra i due divieti – tanto nel caso di collusione facilitata, quanto nel caso di collusione attuata da algoritmi – sulla base però di una specifica premessa. Vi è un elemento di continuità tra le due fattispecie (abusi di posizione dominante e intese), non sempre reso esplicito; tale elemento è rappresentato dal potere di mercato, che è componente espressa dell'abuso di posizione dominante (considerato anche che, nelle elaborazioni più recenti, si tende a interpretare la dominanza non tanto come indipendenza di comportamento, quanto piuttosto come potere di incidere in modo significativo sulle dinamiche concorrenziali, e quindi come potere di mercato) ed è componente implicita, ma non meno essenziale, nei fenomeni di intesa, la cui rilevanza antitrust, specialmente nell'ambito di un *enforcement* c.d. *effects-based*, è connessa all'effettiva possibilità di alterazione del corretto funzionamento del mercato, attitudine che richiede, per sua stessa natura, l'esercizio di un certo potere di mercato⁶⁸.

Muovendo da questa premessa, si può sostenere che, nel caso di collusione facilitata da algoritmi, l'uso in parallelo di algoritmi programmati per colludere opererà senz'altro come fattore di raccordo strategico tra imprese indipendenti, fornendo anche prova – per le caratteristiche stesse degli algoritmi adottati – del tenore concertato dell'allineamento. In tal caso, dunque, si potrà avere prova di un potere di mercato congiunto, di un effetto restrittivo, nonché del carattere consapevole, e quindi colpevole, della condotta; di conseguenza, sarà

ché, nel caso di abusi, troverebbero applicazione criteri valutativi più stringenti rispetto a quelli applicati alle intese: nel primo caso, sarebbe richiesta la prova di un prezzo “*unfair*”, nel secondo caso, invece, sarebbe sufficiente l'evidenza di un prezzo parallelo. Quest'ultimo punto, tuttavia, non sembra avere un chiaro riscontro nella giurisprudenza europea, né appare coerente con l'adozione del metodo c.d. *effects-based* per la valutazione delle condotte antitrust, metodo che dovrebbe portare, anche nel caso di condotte parallele di prezzo, ad ancorare l'infrazione all'evidenza di effetti restrittivi, attuali o potenziali, e non alla mera forma che la condotta assume.

⁶⁷ V. M. FILIPPELLI, *Il problema dell'oligopolio* (nt. 54), 576 ss., 582.

⁶⁸ Per una più articolata argomentazione sul punto, e per riferimenti dottrinali, mi permetto di rinviare ancora a M. FILIPPELLI, *Il problema dell'oligopolio* (nt. 54), 606-609.

possibile un *public enforcement* pieno, con imposizione di sanzioni, basato tanto sull'art. 101 (come illecita pratica concordata) quanto sull'art. 102 (come abuso di posizione dominante collettiva).

Eguale, nel caso di collusione tacita realizzata da algoritmi, questi potranno essere considerati alla stregua di un fattore di raccordo tra le imprese, funzionale alla creazione di una posizione dominante congiunta⁶⁹; e anzi, creeranno tra le imprese una rete di raccordo ben più solida e più ampia di quella data, nel caso di oligopoli, dalla struttura del mercato, consentendo probabilmente di estendere l'ambito della dominanza collettiva oltre gli scenari tipici⁷⁰.

Tuttavia, a differenza del primo caso, le caratteristiche stesse degli algoritmi (progettati per realizzare condotte individuali di massimizzazione del profitto e non comunicanti tra loro) impediranno di ricavare prova di concertazione. Mancherebbe, cioè, in ogni caso quella prova di colpevolezza, essenziale – per le ragioni che si illustravano sopra – per intervenire con provvedimenti di tipo sanzionatorio, cosicché l'intervento antitrust non potrebbe che limitarsi ad accertare l'infrazione e a imporre di misure rimediali. Tuttavia, la possibilità di un intervento parziale, non esteso alla componente sanzionatoria, in quanto non assistito da prova di fattori soggettivi, potrebbe incontrare, nel caso di abusi, minori resistenze rispetto a quelle che possono emergere nel contesto delle intese restrittive, essendo consolidata nella giurisprudenza europea l'idea che l'abuso sia di per sé una nozione obiettiva.

Seguendo questa impostazione, si giungerebbe, dunque, al medesimo risultato (in termini di imputazione dell'infrazione e conseguenze della violazione antitrust) che consegue alla proposta di interpretazione oggettiva della nozione di pratica concordata; emerge così, ancora una volta, un'area di evidente interferenza tra le due fattispecie di divieto antitrust⁷¹.

⁶⁹ Così, P. MANZINI, (nt. 37), 170 ss.

⁷⁰ Così, ancora P. MANZINI, (nt. 37), 173.

⁷¹ L'interferenza è già emersa nella casistica antitrust relativa alla posizione dominante collettiva oligopolistica; in quel caso, i giudici hanno considerato la condotta coordinata come infrazione dell'art. 101 e allo stesso tempo dell'art. 102, applicando cumulativamente le due norme, ma hanno sempre imposto una sola sanzione, fondata ora sull'una, ora sull'altra norma, senza però chiarire le ragioni per cui, a fronte di una condotta evidentemente plurioffensiva, non si operasse un cumulo di sanzioni. La scelta sanzionatoria appare, invero, condivisibile sul piano della proporzionalità della reazione, giacché si è in presenza di un solo illecito sostanziale, ancorché sussumibile contemporaneamente in due distinte norme di divieto; né è possibile, adottando gli ordinari criteri di composizione delle antinomie e delle apparenti ridondanze, selezionare quale, tra le due previsioni, debba trovare applicazione nel caso di specie. Al contrario, deve ammettersi che, in ragione dell'evoluzione occorsa nella giurisprudenza in materia, si

Probabilmente, però, l'inquadramento della condotta nella fattispecie di pratica concordata presenterebbe qualche vantaggio aggiuntivo, tanto nel contesto dell'istruttoria antitrust, giacché certe condotte (i c.d. *hard-core restraints*), se inquadrate nel divieto di intesa, risulterebbero vietate per oggetto, e quindi assistite dalla presunzione semplice di effetto restrittivo⁷², quanto sul piano del *private enforcement*, per via delle facilitazioni probatorie che la Direttiva 104/2014 introduce in materia di intese restrittive – tra cui, la presunzione di danno⁷³.

è venuta a determinare, almeno rispetto alle condotte plurilaterali, una sostanziale coincidenza tra le due norme, che investe i contenuti precettivi, la metodologia di valutazione e le conseguenze dell'infrazione. Sul punto, si veda più diffusamente, M. FILIPPELLI, *Il problema dell'oligopolio* (nt. 54), 567 ss., e spec. 599 ss.

⁷² V. Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull'applicazione dell'art. 81, § 3, del Trattato*, in *GUCE*, C-101/97, 27 aprile 2004, §§ 20-21; e, sull'interpretazione dell'illiceità per oggetto in termini di presunzione semplice di effetto restrittivo, v. tra gli altri, S. PELLERITI, *L'art. 101 TFUE e la rule of reason europea. Nuovi spunti dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Dir. comm. int.*, 2016, 290 ss.

⁷³ In materia mi permetto di rinviare a M. FILIPPELLI, *Presumptions of Harms in Cartel Damages Cases*, in 41 *ECLR*, 2020, 137 ss.

Databases rights in the open (banking) system. An out-of-the-box competition law perspective

I diritti sui database nel sistema (bancario) aperto. Una prospettiva non convenzionale di diritto della concorrenza

Valeria Falce *

ABSTRACT:

As the fourth industrial revolution overrides boundaries (between sectors, services and products) and traditional (legal and economic) categories, also the financial sector is shaken by the digital disruption. Data is collected, filtered and stored in a non-stop process of disaggregation, analysis and re-assemblage aimed at defining (direct or indirect) connections and homogenous categories of information. Each set represents a dynamic and interactive cluster, which is continuously nurtured to become a powerful instrument of experiment, proliferation and cross-usage, better classifying a client in terms of service preferences and risk aversion, tailoring services and conditions over time and orienting preference and choices also in other sectors. Whereas datasets become essential to enter new markets and operating therein, in the following it will be queried that in the new open data ecosystem mixed databases owned by Techfin operators may consolidate their (conglomerate) market position vis-à-vis banks and financial institutions and that, while awaiting for a specific EU response, the *acquis communautaire* may be invoked so as to neutralize the restrictive effects connected to the exploitation of the database rights vested therein, coming to the conclusion that in the open finance economy, the misuse doctrine may play a renewed role in balancing the interests of the Tech right owners together with those of the financial institutions and the market as a whole.

Keywords: big data; database; *sui generis* database right; software; antitrust; abuse; financial sector; fintech

Il settore finanziario è travolto dalla Quarta Rivoluzione Industriale al pari di ogni altro settore o ambito di attività. Nel nuovo ecosistema i dati raccolti, filtrati e rielaborati in un

* Valeria Falce, PhD, LL.M., is Jean Monnet Professor in EU Innovation Policy and Full Professor of Regulation, Competition and Intellectual Property at the European University of Rome; e-mail: valeria.falce@uniroma1.it.

processo continuo ed ininterrotto di disaggregazione, analisi e riassetto consentono di classificare in tempo reale la clientela in termini di preferenze e propensioni, così di monitorarne, prevederle e condizionarne le scelte. Siccome le banche dati diventano uno snodo essenziale dei nuovi modelli di servizio, oggetto del presente saggio è verificare se ed in che misura i diritti sui dati rischiano di sfociare in altrettanti abusi e se come antidoto le regole esistenti possano costituire un argine adeguato o se, piuttosto, non occorra ripensare il quadro normativo esistente.

Parole chiave: big data; database; diritto sui generis del costituente di una banca dati; software; concorrenza; abuso; settore finanziario; fintech

TABLE OF CONTENTS:

1. Introduction. – 2. EU (Tech-Fin) databases regulation. – 3. Property rights on Tech-fin databases. – 4. Tech-Fin databases and software protection. – 5. Tech-Fin databases and *sui generis* protection. – 6. Abuses of Tech-Fin database rights. – 7. A national endorsement. – 8. Conclusion.

1. Introduction.

As the fourth industrial revolution overrides boundaries (between sectors, services and products) and traditional (legal and economic) categories¹, also the financial sector is shaken by the digital *disruption*. Deep changes are occurring in the Fintech era in terms of subjects (techfin), processes (modeled by IA), products/services (unbundled), markets (open, unstructured and disintermediated), models (coopetitive) and relationships (not anymore trustees)².

¹ Specifically, on the fourth industrial revolution see now European Commission, *Report 'Competition policy for the digital era'*, by J. Cr mer, Y.-A. de Montjoye, H. Schweitzer, 2019, at 35 identifying its features in terms of "a mixture of new features, new processes and new technologies arranged in a unique way", unfinished and unstructured changes, and first to market advantages.

² «"Fintech" is an umbrella term encompassing a wide variety of business models» in ECB, *Guide to Assessments of Fintech Credit Institution Licence Applications*, Sept. 2017; H.Y. CHIU, *The disruptive implications of FinTech – Policy themes for financial regulators*, 21, in *Journal of Technology Law & Policy* 55, 2017; ACCENTURE, *Fintech and the Evolving Landscape: Landing Points for the Industry*, April 2016; R. ALT, R. BECK, M. SMITS, *FinTech and the Transformation of the Financial Industry*, 28 *Electronic Markets*, 2018; D.W. ARNER, J. BARBERIS, R.P. BUCKLEY, *The evolution of fintech: new post-crisis paradigm*, *Georgetown Journal of International Law*, vol. 47(4): 1271-1320, 2016; M. BOFONDI, G. GOBBI, *The big promise of Fintech*, *European Economy*, vol. 2: 107-119, 2017. On Techfin, see D.A. ZETZSCHE, R.P. BUCKLEY, D.W. ARNER, J.N. BARBERIS, *From FinTech to TechFin: The Regulatory Challenges of Data-Driven Finance*, EBI Working Paper Series, n. 6, 2017; EBA, *Discus-*

The driving forces orienting the financial revolution appear to be mainly twofold: the first ones is *external* and *conglomerational*, being characterized by a process of *integration* where actors³ mastering extremely sophisticated digital techniques strategically enter the financial sector, coordinating their activities with those undertaken by banks and financial institutions; the second ones is *internal* and *intra-sectoral*, being characterized by a *data-centric* model endorsed by old and new actors in providing financial services at large, that is based on the collection, classification and use of massive personal⁴, anonymous⁵ and commercial data⁶.

sion Paper on the EBA's approach to financial technology (FinTech), EBA/DP/2017/02, 4 August 2017; C. SCHENA, A. TANDA, C. ARLOTTA, G. POTENZA, *Lo Sviluppo del Fintech – Opportunità e Rischi per l'Industria Finanziaria nell'Era Digitale*, Milano, Consob, 2018; BANCA D'ITALIA, *Fintech in Italia – Indagine Conoscitiva sull'Adozione delle Innovazioni Tecnologiche Applicate ai Servizi Finanziari*, Roma, Banca d'Italia, 2017; R. LENER, *Fintech: Diritto, Tecnologia e Finanza*, Roma, Minerva Bancaria, 2018; A. JANCZUK-GORYWODA, *Evolution of EU Retail Payments Law*, 40 *European Law Review*, 858, 2015; R. FERRARI, *L'era del Fintech. La Rivoluzione Digitale nei Servizi Finanziari*, Milano, Franco Angeli Edizioni, 2016; M. ZACHARIADIS, P. OZCAN, *The API economy and digital transformation in financial services: the case of open banking*, SWIFT Institute Working Paper n. 2016-001, 2016; D. ZAOTTINI, L. LO PRATO, *La Centralità dell'Unione Europea nei Settori Bancario, Finanziario ed Assicurativo*, Servizio Studi del Senato, 2018; D. MILANESI, *A new banking paradigm: the state of open banking in Europe, the United Kingdom and the United States*, TTLF Working Papers n. 29, 2017; ISO/TC 307 – *Blockchain and Distributed Ledger Technologies*. More generally, on disintermediation, P. DE FILIPPI, S. MCCARTHY, *Cloud Computing: Centralization and Data Sovereignty*, 3(2) *European Journal for Law and Technology*, 2012; V. BUTERIN, *The Meaning of Decentralisation*, in medium.com, 6 February 2017, available at <https://medium.com/@VitalikButerin/the-meaning-of-decentralization-a0c92b7>.

³ On the categories of non-banking institutions that currently operate in the financial market (Front-end providers, for example: providers of interface services between the end users of payment services and the traditional clearing and settlement process; Back-end Providers: non-bank entities that provide services, outsourced by banks, connected to certain phases of the payment chain, such as for instance, data security services, data center services, audits, etc.; Retail payment infrastructure operators: operators that offer, often collaborating with banks, specific clearing and processing services for card transactions; End-to-end providers, which category consists of a combination of the above), see CPMI, *Non-banks in retail payments*, CPMI Papers N. 118, Sep 2014; A. MCQUINN, W. GUO, D. CASTRO, *Policy Principles for FinTech*, in *ITIF – Information Technology & Innovation Foundation*, vol. 1-52, 2016.

⁴ Pursuant to art. 4, n. 1 of the (EU) Reg. 2016/679, personal data is defined as “any information regarding an identified or identifiable natural person (“interested party”)”. See EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Linee guida sul diritto alla portabilità dei dati*, 5 aprile 2017; V. CUFFARO, *Il diritto europeo sul trattamento dei dati personali*, in *Contr. impr.*, 3, 1098, 2018; MONDINI RUSCONI STUDIO LEGALE, *Big data: privacy, gestione, tutele: Acquisizione e protezione dati, Linee guida GDPR, Concorrenza e mercato, Proprietà intellettuale, Valorizzazione*, Milano, Wolters Kluwer, 2018.

The ongoing process may be synthesized as follows. *Online* service platforms first ensure ease of communication and access to the markets for the exchange of goods and services by consumers/users and businesses⁷. Then, they

⁵ The definition of anonymous information is contained within recital 26 of the EU Regulation n. 679/2016: “*The principles of data protection should therefore not apply to anonymous information, namely information which does not relate to an identified or identifiable natural person or to personal data rendered anonymous in such a manner that the data subject is not or no longer identifiable*”. See among the others, G. BUTTARELLI, *The EU GDPR as a clarion call for a new global digital gold standard*, in *International Data Privacy Law*, 2/2016.

⁶ In particular, the Financial Stability Board (FSB) has contributed to the analysis of the issue through a series of research and in-depth analyzes merged into the following documents: *Artificial intelligence and machine learning in financial services. Market developments and financial stability implications*, (November 2017); *Financial Stability Implications from FinTech*, (June 2017). Also FSB and BIS-CGFS have published works on such matter: *FinTech credit. Market structure, business models and financial stability implications*, (May 2017). The International Monetary Fund has investigated the issues in question in *IMF Staff Discussion Note, FinTech and Financial Services: Initial Considerations*, (June 2017). IOSCO published *Research Report on Financial Technologies (FinTech)*, (February 2017); *Final Report Update to the Report on the IOSCO Automated Advice Tools Survey*, (December 2016); *IOSCO Report on the IOSCO Social Media and Automation of Advice Tools Surveys*, (July 2014), *IOSCOPD445*. Bank of International Settlements (BIS) has released the following documents: *Sound Practices: Implications of FinTech Developments for Banks and Bank Supervisors*, (February 2018); *BIS (Committee on Payments and Market Infrastructures): Report on Distributed ledger technology in payment, clearing and settlement – An analytical framework*, (February 2017), d157. WFE-IOSCO (AMCC) have contributed to the discussion with *Financial Market Infrastructures and Distributed Ledger Technology (Survey)*, (August 2016). The European Union, active in this field, has contributed through the work of its institutions; in particular the European Parliament has published: *ECON Draft Report on FinTech: the influence of technology on the future of the financial sector – 2016/2243(INI)* (January 2017), the EU Commission, *FinTech: a more competitive and innovative European financial sector, Documento di consultazione* (February 2017); the ECB, *Consultation Draft on Guide to assessments of FinTech credit institution licence applications*, (September 2017); *Occasional paper on Distributed ledger technologies in securities post-trading Revolution or evolution?* (April 22nd, 2016); l’ESMA *Discussion Paper on The Distributed Ledger Technology Applied to Securities Markets* (January 2017), l’EBA *Discussion paper on the EBA’s approach to financial technology (FinTech)*, (August 2017).

⁷ See on those matters the newest Digital Services Act and Digital Markets Act, i.e. *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector*, Brussels, 15 dicembre 2020 COM(2020) 842 final; the *Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services*; and all the recent European Commission’s initiatives on fostering foster an environment in which online platforms thrive such as the *Communication from the commission to the european parliament, the council, the european economic and social committee and the committee of the regions Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Eu-*

leverage from the original function of decentralized and widespread interconnection, so as to actively enter new markets and provide new services as financial intermediaries. Last, they merge or strategically cooperate with financial institutions, through start-ups, partnerships, joint ventures⁸, offering modular services and thus fully contributing the sharing economy⁹.

rope, and the Commission Recommendation of 1.3.2018 on measures to effectively tackle illegal content online (C(2018) 1177 final); see also EU eGovernment Action Plan 2016-2020 – Accelerating the digital transformation of government, COM(2016) 179 final; European Cloud Initiative – Building a competitive data and knowledge economy in Europe, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. COM(2016) 178 final; UE Commission, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale Opportunità e sfide per l'Europa*, SWD, 172 final, 2016; MONOPOLKOMMISSION, *Competition policy: The challenge of digital market*, Special Report No 68 July, 1st, 2015; CPMI, *Non-banks in retail payments*, BIS, 2014; L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E. VAN DAMME, P. AFFELDT, *Market Definition in two-sided markets: theory and practice*, in *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 10, 2014; J. JOOYONG, *Entry of Non-financial Firms and Competition in the Retail Payments Market*, Bank of Korea Working Paper No 2015-19, July 6, 2015; Autoriteit Consument & Markt, *Report: Fintechs in the payment system The risk of foreclosure*, December 19th, 2017; B. SCHÖNFELD (interview to), *The PSD2 from a European perspective*, in Clear.it, June 2018; EBA, *Final Report – Draft Regulatory Technical Standards on Strong Customer Authentication and common and secure communication under Article 98 of Directive 2015/2366 (PSD2)*, 23 febbraio 2017.

⁸ See G. GOBBI, *The troubled life of the banking industry*, Verona, Wolpertinger Conference, 2016.; *Lo sviluppo del Fintech. Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale*, Quaderni Fintech Consob, n. 1 marzo 2018, 90 ss.; D.A. ZETZSCHE, R.P. BUCKLEY, D.W. ARNER, J.N. BARBERIS, *From FinTech to TechFin: The Regulatory Challenges of Data-Driven Finance*, EBI Working Paper Series No. 6, 2017; EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Discussion Paper on the EBA's approach to financial technology (FinTech)*, 2017; EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES, *Joint Committee Discussion Paper on The Use of Big Data by Financial Institutions*, 2016; EUROPEAN CENTRAL BANK, *The payment system*, 2010; A. JANCZUK-GORYWODA, *Evolution of EU Retail Payments Law*, 40 *European Law Review*, 858, 2015; M. ZACHARIADIS, P. OZCAN, *The API Economy and Digital Transformation in Financial Services: the Case of Open Banking*, SWIFT Institute Working Paper No. 2016-001; C. MARIOTTO, M. VERDIER, *Innovation and Competition in Internet and Mobile Banking: an Industrial Organization Perspective*, Bank of Finland Research Discussion Papers No. 23, 2015; M. CARNEY, *Enabling the Fintech transformation: Revolution, Restoration, or Reformation*, speech given at Mansion House 16 June 2016.

⁹ INSTITUTE OF INTERNATIONAL FINANCE, *RegTech in Financial Services: Technology solutions for compliance and reporting*, 2016; FINANCIAL STABILITY BOARD, *Financial stability implications from Fintech: supervisory and regulatory issues that merit authorities' attentions*, 2017; EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Discussion Paper on the EBA's approach to financial technology*, 2017; C. SCHENA, A. TANDA, C. ARLOTTA, G. POTENZA, *Lo sviluppo del FinTech. Opportunità e rischi per l'industria finanziaria nell'era digitale*, in G. D'AGOSTINO, P. MUNAFÒ, Quaderni FinTech, Consob, 2018; D.A. ZETZSCHE, R.P. BUCKLEY, D.W. ARNER, J.N. BARBERIS, *From FinTech to TechFin: The Regulatory Challenges of Data-Driven Finance*,

In the new open ecosystem, ICT (Information and Communication Technology) and IOT (Internet of Things) technologies, Big Data analytics¹⁰, user profiling techniques and artificial intelligence systems revolutionize the markets¹¹⁻¹², redesigning their boundaries¹³, dynamics and products¹⁴.

EBI Working Paper Series, n. 6, 2017; EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *The EBA's fintech roadmap. Conclusions from the consultation on the EBA's approach to financial technology (fintech)*, 2018; EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *EBA Report on the impact of fintech on incumbent credit institutions' business models*, 2018; ESMA, EBA, EIOPA, *Joint Committee Final Report on Big Data*, march 2018, JC/2018/04; G. COLANGELO, O. BORGOGNO, *Data, Innovation and Transatlantic Competition in Finance: The Case of the Access to Account Rule*, 2018.

¹⁰On this topic see the *Proposal for a regulation of the european parliament and of the council on european data governance (data governance act) com/2020/767 final*, which is the first of a set of measures announced in the 2020 European strategy for data. This instrument aims to foster the availability of data for use by increasing trust in data intermediaries and by strengthening data-sharing mechanisms across the EU, support business-to-business data sharing, and evaluate the IPR framework with a view to further enhance data access and use. See also *European Commission, Communication on a European strategy for data COM(2020) 66*; EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES, *Joint Committee Final Report on Big Data*, 2018; J. CANNATA, V. FALCE, O. POLICINO, *New legal challenges of Big Data*, EE Int., (Forthcoming 2019); V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra Innovazione e Concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2018; J. MCQUIVEY, *Digital Disruption: Unleashing the Next Wave of Innovation*, 2013; S. DAVIDSON, P. DE FILIPPI, J. POTTS, *Blockchains and The Economic Institutions of Capitalism*, 14(4) *Journal of Institutional Economics*, 2018; P. DE FILIPPI, S. MCCARTHY, *Cloud Computing: Centralization and Data Sovereignty*, 3(2) *European Journal for Law and Technology*, 2012; V. BUTERIN, *The Meaning of Decentralisation*, in *medium.com*, 6 February 2017, available at <https://medium.com/@VitalikButerin/the-meaning-of-decentralization-a0c92b7>.

¹¹The Fintech Revolution set out in the markets has, indeed, lead to an updating of market definition itself, in order to ensure that it is accurate and up to date and that it sets out a clear and consistent approach to market definition in both antitrust and merger cases across different industries, in a way that is easily accessible. For this, the Commission has started an *Evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law*; the Period of consultation went from 26 June 2020 to 9 October 2020, for further information on stakeholder and NCAs responses see https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_market_definition_notice/summary_of_contributions_stakeholders.pdf, https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_market_definition_notice/summary_of_contributions_NCA.pdf. See, e.g. the report by the Dutch competition authority: ACM, 'Fintechs in the payment system. The risk of foreclosure', 19 December 2017, at 3 (available at: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2018-02/acm-study-fintechs-in-the-payment-market-the-risk-of-foreclosure.pdf>).

¹²It is, in fact, precisely identified by digitization, disintermediation and decentralization, as well as by the expansion of the active subjects in the system. See M. JACOBIDES, T. KNUDSEN, M. AUGIER, *Benefiting from Innovation: Value Creation, Value Appropriation and the Role of Industry Architectures*, 35 *Research Policy*, 2006; S. SANTANDER INNOVENTURES, O. WYMAN, ANTHEMIS GROUP, *The Fintech 2.0 Paper: rebooting financial services*, 2015; E.

As Techfin¹⁵ fully belongs to the data and intelligent economy¹⁶, data is collected¹⁷, filtered and stored in a non-stop process of disaggregation, analy-

KANE, *Is Blockchain a General Purpose Technology?*, 2017, available at <https://ssrn.com/abstract=2932585>.

¹³ The Fintech lexeme describes, in particular, the phenomenon on the basis of which there is an offer of financing services, payment, investment and high technological intensity consulting. This financial innovation reverberates its effects both in the field of financial and banking services by modifying its structure. The term *Fintech* is born, in fact, from the combination of the words “finance” and “technology” and can be translated into the generic formulation “technology applied to finance”, in *Lo sviluppo del Fintech. Opportunità e rischi per l’industria finanziaria nell’era digitale*, Quaderni Fintech Consob, n. 1, March 2018, VIII; see also ECB, *Guide to Assessments of Fintech Credit Institution Licence Applications*, Sept. 2017, that describe Fintech as «“[...] an umbrella term encompassing a wide variety of business models». On this topic see also the *Proposal for a regulation on Single Market – new complementary tool to strengthen competition enforcement*, 06.2020, as one of the measures aimed at making sure that competition policy and rules are fit for the modern economy, addressing gaps in the current EU rules identified on the basis of the Commission’s experience with enforcing the EU competition rules in digital and other markets as well as the worldwide reflection process about the need for changes to the current competition rules to allow for enforcement action preserving the competitiveness of markets.

¹⁴ As a result, online payment services are “rather inherently auxiliary to the transaction for the supply of goods and services” (Recital 11), thus leaving them outside the scope of Regulation 2019/1150 of the European Parliament and of the Council, 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, PE/56/2019/REV/1, in OJEU L 186/57, 11 July 2019. See, *inter alia*, EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *EBA Report on the impact of fintech on incumbent credit institutions’ business models*, 2018; ESMA, EBA, EIOPA, *Joint Committee Final Report on Big Data*, March 15th, 2018, JC/2018/04.

¹⁵ “An indistinct set of societies united by the development of activities based on new information and digital technologies, which are applied in the financial sphere”, in *Lo sviluppo del Fintech. Opportunità e rischi per l’industria finanziaria nell’era digitale*, Quaderni Fintech Consob, n. 1 March 2018, 9; L. SWARTZ, *Blockchain Dreams: Imagining Techno-Economic Alternatives After Bitcoin, Another Economy is Possible: Culture and Economy in a Time of Crisis*, edited by Manel Castells, Polity Press, 2017.

¹⁶ A definition is provided by Arner, cit. which highlights how “*Fintech refers to the application of technology to finance*”, emphasizing that non-supervised entities use technology to prepare financial solutions which in the past were offered only by regulated financial intermediaries. In a similar sense, Zetzsche, cit., notes that “*Fintech in its broadest sense refers to the use of technology to deliver financial solutions*”. A more precise meaning is instead provided by the FSB: “*Fintech is defined as technology-enabled innovation in financial services that could result in new business models, applications, processes or products with an associated material effect on the provision of financial services*”. In this perspective, the Fintech constitutes a “horizontal” phenomenon within the financial services sector, which is developing in the broader framework of the digital economy. D.W. ARNER, J. BARBERIS, R.P. BUCKLEY, *The evolution of fintech: new post-crisis paradigm*, in *Georgetown Journal of International Law*, 47(4), 1271-1320, 2016.

sis and re-assemblage aimed at defining (direct or indirect) connections and homogenous categories of information¹⁸.

Each set represents a dynamic and interactive cluster, which is continuously nurtured to become a powerful instrument of experiment, proliferation and cross-usage, better classifying a client in terms of service preferences and risk aversion, tailoring services and conditions over time and orienting preference and choices also in other sectors¹⁹.

Whereas datasets become essential to enter new markets and operating therein, they may be caught (despite which two rounds of Consultations²⁰⁻²¹ and a Resolution from the European Parliament²²⁻²³) by Directive 96/9/CE²⁴ even when verified and presented by means of machines, sensors and other new technologies²⁵.

¹⁷ X. VIVES, *The Impact of Fintech on Banking, European Economy*, vol. 2: 97-105, 2017; B. ZHANG, R. WARDORP, T. ZIEGLER, A. LUI, J. BURTON, A. JAMES, K. GARVEY, *Sustaining Momentum, the 2nd European Alternative Finance Industry Report*, University of Cambridge, KPMG and CME Group Foundation, 2016.

¹⁸ A.P. GRUNES, M.E. STUCKE, *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, 14 *Antitrust Source*, 12, 2015, meaning “linking data of diverse types from disparate sources in support of unified search, query, and analysis”, that “may yield potential uses that the consumer never envisioned”; N.M. RICHARDS, J.H. KING, *Three paradoxes of big data*, 66 *Stanford Law Review* 41-46, 2013. See also N. NEWMAN, *Search, antitrust and the economics of the control of user data*, in *Yale Journal of Regulation* 401, 2016; C. CATALINI, C. TUCKER, *Antitrust and Costless Verification: An Optimistic and a Pessimistic View of the Implications of Blockchain Technology*, MIT Sloan Research Paper, 2018.

¹⁹ Some databases are incentivized by law, considering that under the PSD2 payment institutions have the right to access credit institutions’ payment accounts services on an objective, non-discriminatory and proportionate basis, so as to provide payment services in an unhindered and efficient manner: Art. 36§1, Dir. EU No. 2015/2366, applicable in the EU since 13/1/2018; S. VEZZOSO, ‘Fintech, access to data, and the role of competition policy’, 2018, at 35 (available at: <https://ssrn.com/abstract=3106594>).

²⁰ On the first round of Consultation, V. FALCE, *The (over) protection of information in the Knowledge economy. Is the Directive 96/9/EC a faux pas?*, *Dir. aut.*, 2009 602.

²¹ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, *Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases* {SWD(2018) 147 final}.

²² European Parliament Resolution of 19 January 2016 on Towards a Digital Single Market Act (2015/2147(INI)), (2018/C 011/06).

²³ JIIP, Technopolis Group, *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases – Annex 2: Economic analysis*, European Commission, Brussels, 2018.

²⁴ Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases [1996] OJ L 77/20.

²⁵ Whereas databases generated with the means of machines, sensors and other new tech-

Under the European regulation, in fact, database owners can rely on database rights that have been conceived in 1996 for strengthening the contractual and economic position²⁶ of Infotech investors at the time when the infant European industry needed to be supported.

Moving from here²⁷ in the following it will be queried that in the new open data ecosystem mixed databases owned by Techfin operators²⁸ may consoli-

nologies are closely interlinked with the creation of their content (i.e. data), their verification, organization and presentation requires enormous investments, thus making the Directive rights applicable. For a cautious approach, M. LEISTNER, *Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC: Current Law and Potential for Reform*, in LOHSSE, SCHULZE, STAUDENMAYER (eds.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Baden-Baden, Nomos, 2017, 27.

²⁶ “The ability to generate and process large datasets can nevertheless be associated to market power, as a result of economies of scale, economies of scope and network effects, as well as real-time data feedback loops. Even if these effects do not necessarily lead to dominance or market tipping, they should be considered as part of the competitive analysis”. “Firstly, competition authorities may consider new theories of harm involving the use of covert tracking and data collection to exclude competitors. Secondly, they may incorporate into their analysis the impact of data on alternative dimensions of competition, such as quality and innovation”: OECD, *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, 26 April 2017, DAF/COMP/M(2016)2/ANN4/FINAL, available at: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)2/ANN4/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)2/ANN4/FINAL/en/pdf).

²⁷ OECD, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being* (2015), at <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en>. On the competition law challenges triggered by the big data era, M. PATTERSON, *Antitrust Law in the New Economy: Google, Yelp, LIBOR, and the Control of Information*, 2017; A. DE MAURO, M. GRECO, M. GRIMALDI, *A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features*, in *Library Review*, 2016; and M.E. STUCKE, A.P. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2016; W. KERBER, *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection*, in FALCE, GHIDINI, OLIVIERI, *Informazione e Big data tra innovazione e Concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2018, Ch. 1.; on the competition and privacy implications, see I. GRAEF, *EU Competition Law, Data protection and Online Platform. Data as Essential Facility* (Wolters Kluwer, 2016); G. PITRUZZELLA, *Big data, Competition and Privacy: a Look from the Antitrust Perspective*, (2016) in *Conc. merc.*, 15; A. EZRACHI, M.E. STUCKE, *Is Your Digital Assistant Devious?*, in A. EZRACHI, M.E. STUCKE (eds.), *Virtual Competition – The Promise and Perils of The Algorithm-Driven Economy* (2016) available at <http://ssrn.com/abstract=2828117>; Autorité de la Concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, Report (2016); European Data Protection Supervisor, *Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: the Interplay between Data Protection, Competition Law and Consumer Protection in the Digital Economy*, Preliminary Opinion (2014).

²⁸ Autorité de la Concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, Report (2016); European Data Protection Supervisor, *Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: the Interplay between Data Protection, Competition Law and Consumer Protection in the Digital Economy*, Preliminary Opinion (2014).

date their (conglomerate) market position²⁹ vis-à-vis banks and financial institutions and that, while awaiting for a specific EU response, the *acquis communautaire* may be invoked so as to neutralize the restrictive effects connected to the exploitation of the database rights vested therein, coming to the conclusion that in the open finance economy, the misuse doctrine may play a renewed role in balancing the interests of the Tech right owners together with those of the financial institutions and the market as a whole³⁰.

2. EU (Tech-Fin) databases regulation.

In the open banking system, tech operators are incentivized to enter the financial markets, with the view to enlarge the markets and increase competition³¹. However, despite these good intentions, the process of collecting and

²⁹ On the need for an integrated approach, see W. KERBER, *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection*, in FALCE, GHIDINI, OLIVIERI, *Informazione e Big data tra innovazione e Concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2018, Ch. 1.; on the competition implications, see I. GRAEF, *EU Competition Law, Data protection and Online Platform. Data as Essential Facility* (Wolters Kluwer, 2016); G. PITRUZZELLA, *Big data, Competition and Privacy: a Look from the Antitrust Perspective*, (2016) *Conc. merc.*, 15; A. EZRACHI, M.E. STUCKE, *Is Your Digital Assistant Devious?*, in A. EZRACHI, M.E. STUCKE (eds.), *Virtual Competition – The Promise and Perils of The Algorithm-Driven Economy* (2016) available at <http://ssrn.com/abstract=2828117>; J. CRÉMER, Y. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the digital era* (Final Report), EU, 2019, available at <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Specifically on conglomerate power, See M. BOURREAU, A. DE STREEL, *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*, March 2019; I. GRAEF, R. GELLERT, M. HUSOVEC, ‘Towards a Holistic Regulatory Approach for the European DataEconomy: Why the Illusive Notion of Non-Personal Data is Counterproductive to Data Innovation’, DP 2018-028 TILEC Discussion Paper(2018) (available at: ssrn.com/abstract=3256189).

³⁰ In particular, the European Commission published a document in May 2015 entitled “Strategy for the digital single market in Europe”, where 3 macro-objectives were set: 1) improve access to digital goods and services for consumers and businesses; 2) create a favourable environment and a level playing field so that digital networks and innovative services could develop; 3) maximize the growth potential of the digital economy. The “*Action Plan for the creation of the Capital Markets Union*” published in September 2015, which was later supported by an Action Plan on Fintech. See the Communication of the European Commission COM (2018) 109/2 on March 8th 2018, “*Fintech Action plan: for a more competitive and innovative European financial sector*”. See also the newest proposal “*Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act)*” COM/2020/767 final”.

³¹ See, the report by the Dutch competition authority: ACM, ‘Fintechs in the payment system.

elaborating big data is reserved to few players, which rely on sufficient financial and technological resources needed to process in real time unlimited volumes of data and extract the highest economic value.

The capacity to collect and analyze this unlimited volume of digital data belongs to techfirms only which make use of intelligent algorithms³². Such algorithms are able to identify connections, similarities, identities and differences, and ultimately offer to the market clusters of homogenous data which are constantly updated to provide the latest information³³. At connected levels, instead, we find a multitude of new players and businesses making use of derivative data sets made available³⁴, in a dynamic and interactive way, in order to provide goods and services which may meet the needs of the society and may even create new ones.

The gap between the different levels of the industrial sectors has grown: the economies of scale, characterizing the processes of collection and analysis of data, have experienced an acceleration as a consequence of the current concentrative processes³⁵. These processes also lead to an accumulation and con-

The risk of foreclosure’, 19 dicembre 2017, at 3 (available at: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2018-02/acm-study-fintechs-in-the-payment-market-the-risk-of-foreclosure.pdf>); S. VEZZOSO, ‘Fintech, accesso data, and the role of competition policy’, 2018, at 35 (available at: <https://ssrn.com/abstract=3106594>); see also F. Di PORTO, G. GHIDINI, ‘I Access Your Data You Access Mine’. *Setting a Reciprocity Clause for the ‘Access to Account Rule’ in the Payment Services Market*, June 2019; A. CAFFARONE, *The Non-Data Sharing Data-Sharing Network: One Anti-Money Laundering Innovation Requires a Closer Look*, May 2019. On the inherent characteristics of Fintech operators, relevant for the purpose of conglomerate power, European Commission, Communication ‘FinTech Action plan: For a more competitive and innovative European financial sector’, COM(2018) 109 fin., 8 marzo 2018, at 12.

³² OCSE, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age* (2017), available at www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm.

³³ This is the paradox of power highlighted by N.M. RICHARDS, J.H. KING, ‘Three paradoxes of big data’, (2013) 66 *Stanford Law Review* 41-46. See also N. NEWMAN, ‘Search, antitrust and the economics of the control of user data’, (2016) *Yale Journal of Regulation* 401. Overall, as clearly evidenced by the literature, the figure concerning market shares can be misleading: see G. COLANGELO, ‘Big data, piattaforme digitali e antitrust’, (2016), *Merc., conc., reg.*, 425.

³⁴ OCSE (2016) on the matter explains that “The control over a large volume of data is a not-sufficient factor to establish market power, as nowadays a variety of data can be easily and cheaply collected by small companies – for instance, through point of sale terminals, web logs and sensors – or acquired from the broker industry. In addition, data faces decreasing returns to the number of observations and is most valuable when combined with data analytics and good predictive algorithms, which may require high investments in complementary assets, including hardware, software and expertise”.

³⁵ OCSE, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being* (2015), at <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en>.

tamination of data, which could further justify action from a regulatory perspective.

On the one hand, the recognition of certain phenomena or trends should not be confused with their evaluation. With this regard, it is important to refrain from applying to the digital ecosystem the equation according to which the specific capacity to process data automatically reflects the possession of market power. On the other hand, however, in the presence of certain market dynamics facilitated by the very structure of the market³⁶, the existence of exclusive and exclusionary rights benefiting those parties processing the data does not promote the competitive process but slows it down in an excessive and unjustified manner.

The above consideration is far from being hypothetical. Fintech Digital and automated data collections resulting from such datification process³⁷, in fact, are likely to meet the EU definition of database under the Directive 96/9/CE, which is a “collection of independent works, data or other materials”, that, irrelevant of the medium and format³⁸, are arranged in a systematic or methodical way and individually accessible by electronic or other means³⁹. Techfin Datasets, in fact, easily comprise materials that are separable from one another⁴⁰, that are organized according to methodical criteria⁴¹ and are individually

³⁶ G. MUSCOLO, *Big Data e concorrenza. Quale rapporto?*, and M. GAMBARO, *Big data, mercato e mercati rilevanti*, in V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI, *Informazione e Big data tra innovazione e concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2018, Ch. 9 and Ch. 10 respectively.

³⁷ S. NEWELL, M. MARABELLI (2017), *Datification in Action: Diffusion and Consequences of Algorithmic Decision-Making*, in eds. R.D. Galliers, M.K. Stein, *The Routledge Companion to Management Information Systems*, London and New York, Routledge.

³⁸ E. DERCLAYE, *The Legal Protection of Databases. A Comparative Analysis*, Edward Elgar, Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA, 2008, 54; Case C-444/02 *Fixtures Marketing Ltd v Organismos Prognostikon Agonon Podosfairou (OPAP)* [2004] ECR I-10365, paras 20ff. For an analysis of the National implementation and risks, V. FALCE, *Italy*, in LIONEL BENTLY (ed.), *International Copyright Law and Practice* (Lexis Nexis, 2017 and 2018).

³⁹ Directive 96/9/CE of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996, on the Legal Protection of Databases, [1996] O.J. L 77/20; Commission Staff Working Document, *Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, SWD, 147 final, 2018. For an analysis of the Database Directive and its history, see DAVISON, *The legal protection of databases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 51.

⁴⁰ Court of Justice 9 November 2004, *Fixtures Marketing v OPAP*, case C-444/02, paras. 29 and 33, in this Journal, 2005, 407. See also APLIN, *The ECJ elucidates the Database Right, IPQ* 2005, 204. For this reason, a recording or an audiovisual, cinematographic, literary or musical work as such does not fall within the scope” of the Database Directive (recital 17). This is because of the “semantic continuity” of such works, as noted by OTTOLIA, *Big*

retrieved, under the terms fixed by the Directive. This is even easier considering that, as interpreted by the case-law, the concept of “material”, as the content of the collection, in fact, tends to be almost indefinite, and also the requirement of “independent” material, as holding autonomous value, is not difficult to satisfy⁴².

3. Property rights on Tech-fin databases.

What is doubtful on the other hand is to which extent Techfin datasets are worth of copyright protection. Under the Directive, the originality requirement is dependent on the activity of selection, organization and coordination of the collected materials⁴³, including raw information, news or even simple non aggregated data. Besides, such activities shall be conducted through the systemic and organic arrangement of the different elements – also collected via electronic processes – which must be made available⁴⁴. In other words, the Di-

data e innovazione computazionale, in *I quaderni di AIDA*, n. 28, Torino, Giappichelli, 73. See also Court of Justice 26 October 2011, Dufour, case T-436/09, in ECR, 2011, II, 7727, paras. 87, 102. On this case see LARCHÈ, *Accès aux documents*, in *Europe 2011*, XII, 14 ff. In the most recent EU case about databases, the Court stated that “geographical information extracted from a topographic map by a third party so that that information may be used to produce and market another map retains, following its extraction, sufficient informative value to be classified as ‘independent materials’ of a ‘database’ within the meaning of that provision” (Court of Justice 29 October 2015, Verlag Esterbauer, case C-490/14, in *Dir. inf.*, 2016, 191, para. 30, with a comment by G. RESTA, *Sulla tutelabilità delle carte geografiche ai sensi della direttiva sulle banche di dati*).

⁴¹ See Court of Justice 19 December 2013, *Innoweb*, case C-202/12, in *JIPLP* 2014, 458, with comment of BONADIO, ROVATI, *Use of dedicated meta-search engine infringes database right: the CJEU’s stance in Innoweb v Wegener*.

⁴² The ECJ, in fact, stated in this respect that “the autonomous informative value of material which has been extracted from a collection must be assessed in the light of the value of the information not for a typical user of the collection concerned, but for each third party interested by the extracted material”: Judgment of the Court (Second Chamber) of 29 October 2015, *Freistaat Bayern v Verlag Esterbauer GmbH*, Request for a preliminary ruling from the Bundesgerichtshof, Case C-490/14.

⁴³ See Court of Justice 1 March 2012, *Football Dataco v Yahoo! UK*, case C-604/10, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali* 2012, 269, with comment by ADOBATI, *La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 96/9/CE sulla tutela giuridica delle banche dati*.

⁴⁴ The Directive states that, in order to benefit from copyright protection, any assessment of the quality or aesthetic value of the database is not needed (Recital 16). For an in-depth analysis of the choice of the EU legislator and the related consequences, see P. SPADA, *Banche dati e diritto d’autore*, (1997) *AIDA* 9; G. SCHRICKER, *Farewell to the «Level of Creativity» in*

rective recognizes diversity and originality in the structure⁴⁵ of the work considered as a whole, regardless of the single elements it consists of. This is enough to regard it as an intellectual creation.

What is, then, the meaning of originality and creativity if it is accepted that a database is a product conceived for the market which responds to a specific demand and satisfies a precise need? Is it sufficient that the data be merely identified according to a personal, *rectius* individual, choice of the author, as a natural or legal person, regardless of the quality or aesthetic value obtained (Recital 15 and 16), or is it rather necessary something more (*a quid pluris*) than that?

The answer is only partially given by the case-law. The legal concept of creativity does not correspond to those of creation, originality and absolute novelty, but it refers to the personal and individual expression of an objectivity belonging to the protected categories, so that, for an intellectual work to receive protection, it suffices that a creative act exists, even if minimal, susceptible of being externalized in the outside world. It thus follows that creativity cannot be excluded only because the work consists of simple ideas and notions, capable of being understood by people with expertise in the subject⁴⁶. In brief, in relation to compilatory works, it suffices that the data be processed and organized by the author in a personal and autonomous way, for the choice or the arrangement of the materials. Conversely, the intellectual effort, the use of significant know-how for the creation of such a database, as well as the conferment of a certain degree of relevance to the content, become irrelevant factors. Such factors indeed are unable to justify copyright protection in the

German Copyright Law?, (1995) *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 41.

⁴⁵ It must be added that, under art. 3 par. 2 and Recital 15 of Directive 96/9, only the 'structure' of the database, and not its content or the elements it consists of, can benefit from the copyright protection granted by the Directive; similarly, under art. 10 par. 2 of the TRIP Agreement and art. 5 of the WIPO Treaty on copyright, the compiling of data, as a result of the selection or arrangement of their content, amounts to an intellectual work protected as such by copyright; such protection does not instead extend to the single data, without prejudice to any copyright subsisting in such data; in this context, the terms 'selection' and 'arrangement', under art. 3 par. 1 of Directive 96/9, concern respectively the selection and systematization of the data used by the author to provide the database with its structure; such concepts do not instead refer to the creation of the data included in the database; consequently, the considerations concerning the intellectual effort and the know-how used to create the data can not be taken into account to assess whether the database, including those data, can benefit from the copyright protection granted by Directive 96/9.

⁴⁶ *Ex multis*, Italian Supreme Court n. 12314/2015; Italian Supreme Court n. 17795/15; Italian Supreme Court n. 9854/12.

absence of an originality requirement in the choice and arrangement of the included data.

The data extrapolated from the internet forest are then selected, processed and organized according to a certain structure which does not reflect the author's personality⁴⁷ but rather the autonomous choice, disentangled from rules or limits. The database, in other words, is not characterized by a 'personal touch or sign'⁴⁸ of the author, but it is rather the expression of a certain degree of autonomy in the choice, processing and management of the collected information. Overall, there are no rules or technical limits, because through the process of dematerialization products and services are converted into homogeneous goods, the bits, which are overabundant rather than limited⁴⁹.

This would in theory suffice to satisfy the parameter of creativity. However, the ratio itself behind the protection of original databases suggests a different conclusion, that is requiring a *quid pluris* which may distinguish the dataset from a mere compilation, consisting in an original selection or arrangement, without it being necessary to achieve the threshold of the artistic or aesthetic value.

Within such limits, also Techfin datasets are encompassed within the category of autonomously protectable works⁵⁰, subspecies of original databases deserving homogeneous protection – all conditions being equal – in Europe⁵¹. The dataset's author, as a natural or legal person, is the only entitled to reproduce, record, disseminate or translate the whole work, as well as to act in response of the unlawful use of it. The same author has the right to perform or authorize the reproduction, distribution and communication to the public of the original collection.

⁴⁷ Case C-604/10 *Football Dataco Ltd. v. Yahoo! UK Ltd* [2012] O.J. C 118/5. See also Case C-5/08 *Infopaq International AS v Danske Dagblades Forening* [2009] E.C.R. I-6569, at 45; Case C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace* [2010] E.C.R. I-13971, at 50; and Case C-145/10 *Painer v Standard Verlags GmbH* [2011] ECR I-12533, at 89.

⁴⁸ Case C-145/10 *Painer v Standard Verlags GmbH* [2011] ECR I-12533, at 92.

⁴⁹ See the judgments in Case C-393/09 *Bezpečnostní softwarová asociace* [2010] E.C.R. I-13971, at 48-49; and Case C-604/10 *Football Dataco Ltd. v. Yahoo! UK Ltd* [2012] O.J. C 118/5, at 98.

⁵⁰ In this way, databases acquire their own identity and autonomy, without being ascribed to the category of collective or compilatory works. See M. FABIANI, *Banche dati e multimedialità*, (1999) I *Rivista Diritto Autore* 3.

⁵¹ P.B. HUGENHOLTZ, *Something Completely Different: Europe's Sui Generis Database Right*, in S. FRANKEL, D. GERVAIS (eds.), *The Internet and the Emerging Importance of New Forms of Intellectual Property*, (Information Law Series, Vol. 37, Kluwer Law International 2016) Chapter 9, 205-222.

4. Tech-Fin databases and software protection.

However, Techfin datasets are not intended to be used for a merely aesthetic or intellectual function; rather, they are perceived as having material utility, in light of the nature of the selected materials and the aim (typically informative) pursued. It seems reasonable to argue that the process of ‘functionalizing’ databases is in line with the process of extending to databases specific features of the protection of computer programs, under the Software Directive. The effect is to scale down certain aspects or problems, not yet clarified by the case law, which may arise when a database is implemented as a program⁵².

In particular, the rights of economic exploitation of the creative collection are reserved to the employer (legal entities included) of the author every time the activity of creation falls within the tasks assigned to the employee and in all those cases where the work is carried out by following the employer’s instructions, unless different provisions agreed by the parties apply.

Secondly, the owner of the database is entitled to exercise certain rights,

⁵² As nicely put in the Study whereas Art. 1(3) of the Directive excludes from the definition of databases computer programs used in the making or operation of databases, computer programs and parts of computer programs which are not used in the making or operation of electronic databases can benefit from the sui generis right if they can be classified as databases (contra S. BEUTLER, *The protection of multimedia products through the European Community’s Directive on the legal protection of databases* (1996) *Ent. LR* 317, 324-5 (on the basis of Recital 23 only those computer programs protected by copyright are excluded; computer programs used in the making or operation of a database which do not obtain copyright could be protected by the sui generis right)). G. GIANNONE CODIGLIONE, *La violazione del diritto d’autore sulle c.d. App da parte del gestore di un social network*, (2017) 1 *Dir. inform.* 138, according to whom the Milan Tribunal’s decision (1 August 2016, Sez. spec. Impresa) can be considered in this grey zone, in line with the EU Court of Justice in *Ryanair v. PR Aviation* (CJEU, case C-30/14 *Ryanair Ltd c. PR Aviation BV*, [2015] 2 CMLR 36), where it was held that a database concerning flight information managed and implemented by Ryanair is not protected neither by copyright nor by the *sui generis* right (art. 3-6 and 7-11 of the Directive 96/9/CE), and for this reason access to such database by third parties can be subject to specific contractual limitations. Moreover, in *Innoweb v. Wegener*, the Court held that the activity of making available to the public a dedicated meta search engine on the Internet, which simultaneously accesses several databases managed by a third party, comes close to the manufacture of a parasitical competing product, considered by Recital 42 of the Directive 96/9/CE, albeit without copying the information stored in the database concerned, since such dedicated meta search engine, taking into account its search options, resembles a database but without having any data itself (CJEU, Case C-202/12 *Innoweb BV v. Wegener ICT Media BV, Wegener Mediaventions BV* [2013]). See also Tribunal of Milan (Sez. spec. Impresa, *Soc. Business Competence C. Soc. Facebook e altro*, in *Foro it.*, 2016, I, 3989).

such as the translation, adaptation, rearrangement and any other change of it, on the ground that only the database maker has the right to reproduce, present or demonstrate in public the results of the change. All these rights are not affected by the originality of the result, the prerogatives recognized to the author of the derived work, or the extent of the protection.

Further, along the same lines of the *Software* Directive, the lawful user is entitled to implement certain actions, necessary to operate and access to the contents of the database, as well as to make a technical or normal use of it.

5. *Tech-Fin databases and sui generis protection.*

In any case, the strength and relevance of Directive 96/9/CE, in the Data era, arises with and through the *sui generis* right. The new right⁵³, it is well known, aims at protecting the industrial interest – or, put differently, the economic investment and work done to assemble the relevant content, regardless of any consideration about merit, end use, quality or aesthetic value achieved.

While systematic considerations suggest limiting access to copyright protection, the owner of an interactive and dynamic machine-generated dataset⁵⁴,

⁵³ On the topic, see A. ZOPPINI, *Nota alla direttiva 96/9/CE, (1996) Dir. inform.*, according to whom the *sui generis* protection does not have an ancillary function with respect to the exclusive right granted by intellectual property. Both types of protection have equal dignity and, above all, are based on diverging profiles of protection: copyright looks at the structure of the database; the *sui generis* right instead looks at the content and aims at preventing the unauthorised extraction or reuse of the whole or substantial part of the database.

⁵⁴ European Commission, *Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, Brussels, 25 April 2018 SWD(2018) 146 final, {SWD(2018) 147 final}: “The trigger has been the revival of the 2010 German Federal Court of Justice (BGH) decision (Autobahnmaut) where machine-generated data, namely data about motorway use, was deemed to be protected as a *sui generis* database. In the case, the German Federal High Court of Justice accepted a highway company’s *sui generis* right in a database of machine-generated toll data. The court found that the company invested money in the recording of pre-existing data (‘obtaining’) on cars using the highway and in the processing of such data through software (‘verifying’ and ‘presenting’). The case is revealing, as the highway company resembles a spin-off database producer, yet the company successfully claimed a *sui generis* right in these, in essence, traffic data. Stakeholders from the automotive industry provided similar examples resonating with this case: for instance the car industry’s incorporation of sensors in cars”.

which is the result of qualified investments⁵⁵, is surely entitled to invoke the *sui generis* right⁵⁶.

In connection to the substantial investment criterion, investments in fact can be material, financial or human (recital 40, para. 44 OPAP), and have to be measured on obtaining, verifying or presenting the contents⁵⁷ (a de minimis thresholds apply⁵⁸ both under a qualitative and a quantitative test⁵⁹).

Now, if one can doubt that obtaining data, that is collecting data⁶⁰, is conditioned to substantial resources, it is sure that substantial investments are required to verify the data, ensuring the reliability of the information contained,

⁵⁵ As nicely put by the Study in support of the evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases, 2018, available at <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/study-support-evaluation-database-directive>. 112: “Because of the special nature of sensor/machine-generated data, M. Leistner argues that the *sui generis* right should be amended for them. This is because of the rather low threshold of substantial investment, the uncertainty behind spin-off situations and the fact that another database maker will need another complete set of data to create a new data set, so will automatically infringe the *sui generis* right. Because of this, the *sui generis* right has the potential to influence the European data economy enormously and its infrastructure”.

⁵⁶ For some authors, the right is systematically related to a perspective of unfair competition (similar to that of Art. 100 of the Italian Copyright Law, concerning the reproduction of news and information performed through means contrary to fair uses in the area of journalism). However, in case of data created thanks to sensor: M. LEISTNER, MATTHIAS, *Big Data and the EU Database Directive 96/9/EC: Current Law and Potential for Reform*, in LOHSSE, SCHULZE, STAUDENMAYER (eds.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools* (Nomos, Baden-Baden) 2017, according to whom “many authors have derived that in typical big data scenarios, the investments of ‘producers’ of sensor or machine-generated data of all kinds will be excluded from the *sui generis* right because in most practical cases, such investments would have to be regarded as investments in the ‘creation’ of data”.

⁵⁷ Court of Justice 9 November 2004, *British Horseracing Board v William Hill Organization*, case C-203/02, in ECR, 2004, I, 10415; Court of Justice 9 November 2004, *Fixtures Marketing v Svenska Spel*, case C-338/02, in ECR, 2004, I, 10497; *Fixtures Marketing v OPAP*, cit.; Court of Justice 9 November 2004, *Fixtures Marketing v Oy Veikkaus Ab*, case C-46/02, in ECR, 2004, I, 10365.

⁵⁸ Under Recital 19: “Whereas, as a rule, the compilation of several recordings of musical performances on a CD does not come within the scope of this Directive, both because, as a compilation, it does not meet the conditions for copyright protection and because it does not represent a substantial enough investment to be eligible under the *sui generis* right”.

⁵⁹ Case C-338/02 *Fixtures Marketing Ltd v AB Svenska Spel* [2004] ECR I-10549 (*Svenska Spel*), para. 28; (C-444/02) OPAP, para. 43; Case C-46/02, *Fixtures Marketing Ltd v Oy Veikkaus AB* [2004] ECR I-10497 (*Veikkaus*), para. 38.

⁶⁰ Case C-338/02 *Svenska Spel*, para. 24; Case C-203/02 *BHB*, para. 31; *Veikkaus*, para. 34; OPAP, para. 40.

monitoring the accuracy of the materials collected when the database was created and during its operation⁶¹. This will include checking, correcting and updating the contents since these are ways of ensuring the contents' reliability. Even if the database remains the same (the elements are not changed) as a result of the verification, it is still possible to prove a substantial investment.

Once agreed that in terms of positive law the database rights apply in the new ecospace, the maker is awarded with a great exclusive power, considering that also repeated and systematic extraction of insubstantial arts (including Web Scraping) fall within the scope of the *sui generis* right. In other words, it is in the maker right the activity of so-called dedicated meta-search engines, which scrape specific web sites (often databases) according to users' queries and present all the hits in one place so that users no longer need to consult the database as its contents are available in real time through the meta search engine⁶².

So, also dedicated meta search engines, re-utilising the whole or a substantial part of the contents of a database, infringe the *sui generis* right where it: "provides the end user with a search form which essentially offers the same range of functionality as the search form on the database site; translates' queries from end users into the search engine for the database site 'in real time', so that all the information on that database is searched through; and presents the results to the end user using the format of its website, grouping duplications together into a single block item but in an order that reflects criteria comparable to those used by the search engine of the database site concerned for presenting results".

Of course, in order to benefit from the legal protection, limited and renewable, there must be a natural or legal person⁶³, residing or with a registered of-

⁶¹ Case C-338/02 Svenska Spel, para. 27. British Horseracing Board v William Hill [2001] RPC 612, para. 35; Recital 55 also provides that if substantial investment is put into ensuring the database is accurate, even if the contents do not change, it is protected by the *sui generis* right.

⁶² See the Study, Annex 2; The CJEU held in *Innoweb v Wegener* (Case C-202/12) that such activity is a reutilization because it "is not limited to indicating to the user databases providing information on a particular subject" but it "provides any end user with a means of searching all the data in a protected database and, accordingly, [...] provide[s] access to the entire contents of that database by a means other than that intended by the maker of that database, whilst using the database's search engine and offering the same advantages as the database itself in terms of searches.

⁶³ The *sui generis* right is reserved to natural persons citizens of the EU or regularly residing in the EU, as well as undertakings set up according to the law of a Member State of the EU and having the registered or administrative office within the EU (in this case, an effective and

fice or principal place of business within the Union, which takes the initiative and runs the risks related to the obtaining, verification or presentation of the contents of a database, and employs financial means and/or time, work and energy.

On the whole, once the investment has been turned into an asset worthy of legal protection, the maker is given the right to prohibit – with effect *erga omnes* – any act of extraction or reutilization of the whole content of the collection or of a substantial part of it (and, under certain conditions, of an insubstantial part), regardless of the use or of the fact that the act is carried out by the lawful user. What is more, the database owner can prohibit any kind of use amounting to an unlawful economic exploitation of its content (in other words, all forms and modes of enjoyment of the product which are able ‘to prejudice – in terms of commercial impact – the market share of the first maker, depending on the replaceability of the new product unlawfully obtained’, or more simply to prejudice the economic interest of the maker of the database)⁶⁴.

6. Abuses of Tech-Fin database rights.

The implications and possible repercussions of the *sui generis* right exercise⁶⁵⁻⁶⁶ in the financial environment are huge⁶⁷.

continuous link between the activity of the undertaking and the economy of a Member State is required).

⁶⁴ On the “evolving” qualification of the *sui generis* right, from the draft to the adopted Directive: KUR, *What to Protect, and How? Unfair Competition, Intellectual Property, or Protection Sui Generis*, in LEE, WESTKAMP, KUR, OHLY (eds.), *Intellectual property, unfair competition and publicity: convergences and development*, Elgar, Cheltenham, 2014, 11.

⁶⁵ This position had been supported by authoritative literature, which – since the adoption of the Directive – had challenged the proprietary structure of the *sui generis* right. See J.H. REICHMAN, P. SAMUELSON, *Intellectual Property Rights in Data?*, (1997) *Vanderbilt Law Review* 51; G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, Giuffrè, 2001, 108.

⁶⁶ HUGENHOLTZ, *Abuse of Database Right Sole-source information banks under the EU Database Directive*, in LÉVÊQUE, SHELANSKI (eds.), *Antitrust, patents and copyright: EU and US perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005, 203. See now also HUGENHOLTZ, *Something Completely Different: Europe’s Sui Generis Database Right*, in FRANKEL, GERVAIS (eds.), *The Internet and the Emerging Importance of New Forms of Intellectual Property*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2016, 205.

⁶⁷ Database Directive, recitals 11 and 11. For the analysis of the economic justification of the *sui generis* right, Judgment of the Court of Justice 15 January 2015, *Ryanair*, case C-30/14, in *Computer Law Review International* 2015, 83 with a comment by ELTESTE, *EU: Contractu-*

Whereas the open banking system supports the enlargement of the financial ecosystem, data rights may become a powerful instrument for tech operators to orient and direct bank activity, allowing intermediaries to extract and use only specific categories of data but not others.

At present, one could suggest that competition toolbox⁶⁸ avoids any significant anticompetitive market effect, imposing special responsibilities on database owners who are granted a position of dominance and may be able to damage effective competition by preventing access to information markets or driving out existing competition.

The Court of Justice has already clarified that the practice of refusal to license or deal (hence, the EU case law on the ‘exceptional circumstances’ could be plausibly invoked, from *Magill* to *Tierce Ladbroke*, from *IMS* to *Microsoft*⁶⁹) single sources databases may qualify for an anticompetitive behavior and that the *sui generis* right must not be afforded in such a way as to facilitate abuses of a dominant position⁷⁰. However, despite the virtues of competition law and policy, its toolbox scheme has proven not to be a *bonne-a-tout-faire* model: the definition of the relevant market can be elusive, the notion of economic power is questioned together with the features of the theory of harm⁷¹.

al Limitations for Database Use – Screen Scraping. See also VOUSDEN, *Autonomy, comparison websites, and Ryanair*, in *IPQ 2015*, 386; CASTETS-RENARD, *La liberté contractuelle et la réservation de l’information des bases de données non protégées devant la CJUE*, in *Droit de l’immatériel 2015*, 8; GUPTA, DEVAIAH, *Databases: The Database Directive “contracting out” bar: does it apply to unprotected databases?*, in *JIPLP 2015*, 669; ROSS, “Not Getting into a Scrape”: *Dispute over “Screen Scrape” Data*, in *Computer and Telecommunications Law Review 2015*, 103; SYNODINOU, *Databases and screen scraping: lawful user’s rights and contractual restrictions do not fly together*, in *EIPR 2016*, V, 312.

⁶⁸ Indeed, some commentators have acknowledged that competition law plays a complementary role, beside endogenous regulatory mechanisms provided for by IP rules, in ensuring the ‘access-incentive’ balance in the exploitation of databases. See D. LYM, *Regulating access to databases through antitrust law: the missing perspective in the database debate*, (2006) *Stanford Technology Law Review* 7.

⁶⁹ EU Court of Justice, Joined Cases C-241-242/91, *RTE & ITP v. European Commission (Magill)* [1995] 4 CMLR 718; Court of First Instance, Case T-504/93 *Tiercé Ladbroke v. European Commission* [1997] ECR II-923; EU Court of Justice, Case C-418/01 *IMS Health c. NDC Health* [2004] 4 CMLR 28; Court of First Instance, Case T-201/04 *Microsoft c. European Commission* [2007] ECR II-03601.

⁷⁰ V. FALCE, *The (over) protection of information in the know-ledge economy. Is the Directive 96/9/EC a faux pas?*, (2009) *Dir. aut.* 602. Therefore, national judges are warned not to interpret it in a way that may affect competition, providing the maker of a database with a right that will be abusively exercised.

⁷¹ “Firstly, competition authorities may consider new theories of harm involving the use of

If and when the dominant position conditions are lacking in one or more markets, it is the same *sui generis* right along with the prerogative that further compromise the functioning of the markets in which the access to Big Data in terms of volume, speed, variety, and value, are crucial.

Should therefore the antitrust boundaries appear uncertain and almost blurred, then the misuse doctrine surely provides a safe harbor, having gained the status of a principle applicable to all areas of EU law⁷², regardless dominance. Under such doctrine, in fact, a right cannot be enforced, if its exercise, even if formally respectful to the EU framework, occurs beyond its rational and in a manner determining an unjustified disproportion between the benefit of the right holder and the sacrifice to which the counterpart is subject.

But when would the exercise of a database right fall in conflict with the abuse of right principle? In other words, provided that the doctrine prevents any right holder from manipulating his own right, which test should be applied to assess whether a formally legitimate conduct amounts to a misuse?

The answer is clear-cut. The European case-law first recognized that individuals cannot use fraudulently or abusively the rules of the Union. It has, therefore, subordinated the integration of a practice to the appeal to a double assessment: an objective (consisting in the failure to achieve the purpose pursued, even in the face of formal compliance with the conditions laid down by the EU Directive) and subjective criterion (related to the desire of obtaining an undue advantage of the law through the artificial creation of the conditions necessary to obtain it).

In addition, the EU jurisprudence raised the ban on the abuse of the external limit of the right to exercise Union rights to the extent of gradually widen-

covert tracking and data collection to exclude competitors. Secondly, they may incorporate into their analysis the impact of data on alternative dimensions of competition, such as quality and innovation”: OECD, *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, 26 April 2017, DAF/COMP/M(2016)2/ANN4/FINAL. On the effects of the digital revolution on the competition law and policy, EZRACHI, STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Cambridge (Ma), Harvard University Press, 2016, 218. Along the same lines, see MEHRA, *Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms*, in *Minn. L. Rev.*, 2016, 1323 ff., SURBLYTE, *Data-Driven Economy and Artificial Intelligence: Emerging Competition Law Issues*, in *WuW*, 2017, 120 ff., CALO, *Digital Market Manipulation*, in *George Washington Law Review*, 2014, 995 ff. Contra, PETIT, *Antitrust and Artificial Intelligence: A research Agenda*, in *Journal of European Competition Law & Practice* 2017, VI, 361.

⁷² Halifax e a., C-255/02, EU:C:2006:121, 68; SICES e a., C-155/13, EU:C:2014:145, 29. For an analysis, K. SØRENSEN, *Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rethoric?*, in *Common Market Law Review*, 2006, 423. G. ALPA, *Appunti sul divieto dell'abuso del diritto in ambito comunitario e sui suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati membri*, in *Contr. impr.*, 2015, 247.

ing the application spectrum, thus qualifying it as a general principle⁷³.

In this regard, the EU case law has elaborated an increasingly articulated test, which has alternatively looked at whether: i) the right is only exercised to

⁷³ Just to make some examples, in regards to the battle against the abuse of freedom of establishment, a Member State has the right to take measures to prevent, thanks to the possibilities offered by the TFEU, the attempt of some of its citizens to elude abusively the rules of their national law (see Inspire Art, C-167/01, EU:C:2003:512, paragraph 136). However, if a European citizen has chosen to acquire a professional title in another Member State (other than that in which he resides) in order to benefit from more favorable legislation, does not constitute an abusive conduct. The reason lies within the objective of Directive 98/5, which is achieved when citizen of a Member State that has earned a degree in that State later acquires the professional qualification of a lawyer in another Member State, then returns to the Member State of which he/she is a citizen of to practice the profession of lawyer, with the professional title obtained in the Member State in which that qualification was acquired. Therefore, the objective condition to which the occurrence of the abuse is subject to is lacking. In relation to medical transport, “taking account of the general principle of EU law of the prohibition of abuse of rights”, for example, “the application of legislation which, as a matter of priority, reserves medical transport activities for public health services to voluntary associations, cannot be extended to include abusive practices of the associations themselves or their members. Therefore, the activity of voluntary organizations can be carried out by workers only within the limits necessary for their regular functioning. With regard to the reimbursement of costs it must be ensured that no profit, even indirect, can be pursued within the voluntary activity, and also that the volunteer can be reimbursed only for the actual expenses incurred for the activity provided, within the limits previously established by the organizations themselves”. In the field of labor law, “if it objectively appears, on the one hand, that despite the formal compliance with the conditions laid down by Directives 2000/78 and 2006/54, the objective pursued by these have not been achieved and, on the other hand, that a subject has applied elusively for a job with the essential purpose of not practicing that job but for the purpose of using the protection offered by the Directives in order to obtain an undue advantage” ... “it should be considered that that person abuses of the aforementioned protection”: issue that the referring court or tribunal should verify. Even in the civil-procedural stage, and under the rules governing the execution of trials in Court, parties enjoy protection against inappropriate use of the documents throughout the trial. Therefore, the consultation to the case file is subject to a written request along with elements that prove its legitimacy. This is the reflection of a fair administration general principle of justice, under which the parties have the right to defend their interests without any external interference, especially from the public. It results that a party to which the access is granted to the case file of the other parties may use such right only to defend its position, with the exclusion of any other purpose – such as raising public criticism of the arguments put forth by the counterparty(s). A contrary action to this principle constitutes an abuse of rights which must be taken into account when the expenditure is allocated for exceptional reasons, in accordance with Article 87 (3) of the Rules of Procedure. The European law has in fact clarified that the theory of abuse of law applies regardless of the connection with the law and the principles of competition and therefore independently of the existence of the relative conditions of applicability.

circumvent a national law (*TVIO*); ii) the right is exercised to gain an undue benefit from another Member State's national law (*Liar v Universitat Hannover*); iii) the right is exercised to obtain improper advantages contrary to the goals pursued by the right (*Centros* and *Diamantis*); iv) the right is exercised to achieve objectives other than those which are legitimate under the law at stake (*Donaldson*); v) the aim of the right is not achieved, and the abuser intended to get an advantage by artificially creating the conditions for the application of the right (*Emsland Starke*); and vi) the aims of the allegedly abused right would be frustrated if the right claims were actually conferred, and the right invoked derives from activities for which there is no other explanation than the creation of the right claimed (*Halifax*)⁷⁴.

The *Halifax* case, in particular, represented the maximum expression of this complex articulation⁷⁵, very recently echoed by the Court of Justice in the February 6, 2018 judgment, when it made it clear that: the abuse of right one is a general principle of the Union"⁷⁶.

Further, in the antitrust scenario, an abuse of right has been invoked for firms taking advantage of legitimate governmental procedures to harm competition and produce anticompetitive outcomes. In *AstraZeneca*, for instance, the EU Commission had argued that the existence of a piece of EU law allowing a specific behaviour could not exempt that conduct from the application of EU competition law if and when the same conduct was misused and if and when it produced anticompetitive effects⁷⁷.

7. A national endorsement.

These EU line of reasoning is matched at National level.

In Italy, the theory of the abuse of law has in fact been investigated for a

⁷⁴ Court of Justice, 2 May 1996, Paletta, C-206/94, EU:C:1996:182, 24; 21 February 2006, Halifax e a., C-255/02, EU:C:2006:121, 68; 12 September 2006, Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, 35, 28 July 2016, Kratzer, C-423/15, EU:C:2016:604, 37; 7 August 2018, n. 472.

⁷⁵ Court of Justice, Halifax.

⁷⁶ Court of Justice, 6 February 2018, n. 359, 49; 5 July 2007, Kofoed, C-321/05, EU:C:2007:408, 38; 22 November 2017, Cussens e a., C-251/16, EU:C:2017:881, 27.

⁷⁷ General Court, Case T-321/05 *Astrazeneca v European Commission* [2010] ECR II-0280; confirmed by ECJ, Judgment, C-457/10 *AstraZeneca*, of 6 December 2012, ECLI:EU:C:2012:770, para. 149 ff.; see also: GC, Judgment T-286/09 *Intel*, No. 219 of 12 June 2014.

long time. Firstly by the doctrine that in view of the functionalization of the right to property (to claim its internal limitation nature or to recognize its exceptional character); then successively as a general category, while conforming to the relative law – in substance according to the “true law” – with the objective of verifying whether and under what conditions the exercise of a right constitute a deviation contrary, in its ultimate purpose, to the principles of the legal system. The jurisprudence has over time demonstrated to decline such conditions considering them to have instead the following constituent elements: 1) the ownership of a subjective right by a subject; 2) the possibility that the concrete exercise of that right can be carried out according to a plurality of methods that are not rigidly predetermined; 3) the concrete action, even if formally respectful of the frame attributable to that right, is carried out according to censurable methods with respect to an evaluation criterion (legal or extrajudicial); 4) such *modus operandi* results in an unjustified disproportion between the benefit of the right holder and the sacrifice to which the counterparty is subject.

The Achilles' heel is clearly represented by the third condition which risks, in the absence of certain margins of interpretation, to lead to an arbitrary expansion of the scope of application of the theory. The Supreme Court has once again intervened, reassuring the interpreter.

The constitutional value of the “private economic initiative” must be connected to the competitor “duty of solidarity” in the intersubjective relations pursuant to art. 2 of the Constitution, which is enriched and complete with the general canon of objective good faith and fairness. Hence the Constitutional Court deduced “the existence of a principle of bad-debt as a limitation to creditor claims”. The Supreme Court, noting its synergistic effectiveness with the general canon of objective good faith and fairness, attributes to the principle of bad-debt “a *vis* legislation and enriches it with positive content, including obligations (also instrumental), of protection of the person and things of the counterparty, thus functionalizing the mandatory relationship to the protection of the interests of the negotiating partner, to the extent that this does not collide with the protection of the interest of the obligated”(Italian Supreme Court September 24, 1999, No. 10511).

In this perspective, the jurisprudential evolution has shown to attribute, even in the absence of a specific legal provision, a significant value to the obligations of good faith and fairness pursuant to art. 1175 and 1375 of the Italian Civil Code. Thus reaching to the elaboration of a general principle according to which it is not lawful to abuse one's own rights to achieve purposes, substantially damaging to wider interests or deriving from specific contractual agreements which transcend from those protected by the law. In such a man-

ner, a general canon was established which codifies the principle of the abuse of rights, which “does not impose a predetermined behavior on subjects, but only detects as an external limit to the exercise of a claim, as it is aimed at reconciling opposing interests”.

In essence, in our legal system “to take part in a legal relationship without respecting fairness/good faith may integrate a case of abuse of law, since the right of who performs in such manner does not take into account the solidarity due to the interests of the counterparty”.

All in all, at the end such internal legal development, the jurisprudence timidly noted “the emergence of a trend principle, found in the EU law and from the concept of abuse of the law elaborated by the EU Court of Justice”, now expressly acknowledged in which “the abuse would still be configurable on the basis of EU law in such matter, according to which individuals cannot avail fraudulently or abusively from the Union framework”.

Having said so and by virtue of the link between the duty of good faith and the prohibition of abuse of rights, the latter figure has come into prominence in contractual matters, with multiple and significant applications in tax, labor, corporate relations, etc.⁷⁸.

⁷⁸ For example, in the tax field, the prohibition of abuse of the law translates into a general anti-avoidance principle, which precludes the tax payer from obtaining tax advantages obtained through the distorted use, even if not contrary to any specific provision, of suitable legal instruments. to obtain a tax saving, in the absence of economically appreciable reasons that justify the operation, whose recurrence is part of the taxpayer’s burden of proof (last, Cass. civ., sez. trib., 14 February 2018, n. 3533). In terms of labor law, the granting of permits entails an inconvenience for the employer, justifiable only in the case of an effective assistance activity. Therefore, the improper use of the permit, even if only for a few hours, constitutes an abuse of the right, due to the social impairment attributable to it, such as to determine in the employer the loss of trust towards the worker and legitimize the sanction of the dismissal for just cause. Whereas as in corporate matters, the position of the majority shareholders compared to the minority shareholders is emphasized when dealing with the exercise of the right to vote in terms of the abuse of power – always in application of the general principle of the prohibition to abuse of their rights, without taking advantage of a position of supremacy – affirming the recurrence, in the shareholders’ resolutions, of a restriction derived from this obligation of fairness. If it is proven that the voting power has been exercised for the purpose of damaging the interests of the other shareholders, or is specifically aimed at unjustifiably benefiting the majority shareholders to the detriment of the minority, the consequence is the invalidity of the resolution because such practise violates the general principle of good faith in the execution of the contract (Cass., 17 February 2012, No. 2334, Cass., 20 January 2011, No. 1361, Cassation, July 17, 2007, No. 15950, Cass., December 19, 2008 , n. 29776; Cass., 16 May 2007, n. 11258; Cass., June 11, 2003, n. 9353). Similarly, the request for deferment of the shareholders’ meeting of a joint stock company, pursuant to art. 2374 Italian Civil Code, can be syndicat-

Also, in the *Pfizer* case, an Italian administrative authority held that the abuse of right offence takes place when the right holder makes an opportunistic use of his right, *i.e.* when he uses the right in a way which is not consistent with the purpose in the name of which the legislator chose in the first place to grant him the right⁷⁹.

8. Conclusions.

Techfin is nurtured by “data fusion”⁸⁰, thus data, independently from its nature (either personal and anonymized or non-personal) and destination (actual and potential), become part of disruptive digital databases, each one qualifying a dynamic and interactive cluster, with the view either to study, experi-

ed in terms of abuse of the law in the hypothesis in which the request was dictated by a concrete objective that is fully irrespective of the purpose of such right attributed by law. In relation to the exercise of the right to report, the use “gratuitous” expressions are unlawful, in the sense of not necessary to the exercise of such right because deemed as unnecessarily vulgar, humiliating or diligent. Altogether, what distinguishes and determines the abuse of the law is not the greater or lesser aggressiveness of the expression or the harshness of the approach, but the needless aggressions not pertinent to the issues that are in discussion. Such reasoning has also extended to competition law in its interference with industrial and intellectual property law.

⁷⁹ Cons. St., sentenza n. 693/2014 (12 febbraio 2014). A different dispute, yet unrelated to the antitrust realm, also gave the same authority the opportunity to further explore the scope of the doctrine and clarify that a right is abused when it is exercised in a way that, although consistent with the law, violates another principle of law, and when the benefit gained by the holder by exercising the right is unduly higher than the sacrifice that it casts upon the others (Cons. St., sentenza n. 2857/2012 (17 maggio 2012)). Finally, at the intersection between competition and IP laws, a ruling by a Dutch court in the *ZTE v Vringo* case had invoked the abuse of right principle in relation to the misuse implemented by the holder of a standard essential patent, which had claimed for an injunction despite the existence of a FRAND licensing promise (The Hague District Court, Case n. 470109/KG ZA 14-870 *ZTE v Vringo* (2014)).

⁸⁰ OECD, *Big data: bringing competition policy to the digital era* (Paris, 2016): “Big Data is commonly understood as the use of large scale computing power and technologically advanced software in order to collect, process and analyse data characterised by a large volume, velocity, variety and value”; On the features of the Digital Era: OECD, *Hearing on disruptive innovation* (DAF/COMP, 2015) 3; OECD, *Report on data-driven innovation* (Paris, 2015), available at <http://www.oecd.org/sti/data-driven-innovation-9789264229358-en.htm>; A. De STREEL, P. LAROUCHE, *Disruptive Innovation and Competition Policy Enforcement*, (2015) TILEC Discussion Paper; Amplius, V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI, *Informazione e Big data tra innovazione e concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2018.

ment and classify, or to present and foreseeable trade among sectors and across borders⁸¹.

Since Techfin datasets may meet the requirements for database protection under the EU regulatory system⁸², while awaiting the reform of the Directive 96/9/CE or specific sandboxes proposals⁸³, its features shall be interpreted in

⁸¹ Par. 55 of the Final Report on the E-commerce Sector Inquiry {SWD(2017) 154 final} of the EU Commission states that: “data can be a valuable asset and analysing large volumes of data can bring substantial benefits in the form of better products and services, and can allow companies to become more efficient”. In this sense, data can sometimes qualify as output (commodity not dissimilar from any other product), other times as input (asset economically relevant for the relational value, declared or latent), or eventually as “coin” for the purchase of goods and services: OECD, *Big data: bringing competition policy to the digital era* (Paris, 2016); OECD, *Hearing on disruptive innovation* (DAF/COMP, 2015) 3; OECD, *Report on data-driven innovation* (Paris, 2015), available at <http://www.oecd.org/sti/data-driven-innovation-9789264229358-en.htm>.

⁸² On the limits of the *sui generis* right, G. GHIDINI (2018), *Rethinking Intellectual Property. Balancing Conflicts of Interest in the Constitutional Paradigm*, Cheltenham, Edward Elgar.

⁸³ In order to promote financial innovation at international level, three approaches have been outlined: *Innovation hub*: an institutional supervision and dialogue between the competent Authorities and Fintech companies in an information and guidance perspective; *Regulatory sandbox*: an expansive and derogatory approach that allows Fintech companies to test their products for short periods of time in the presence of regulatory derogations; finally, *Incubators*: a positive approach in which the competent Authority takes an active role in the development and testing of projects (partnerships and co-financing). In an international and European context, initiatives were then launched for the cognitive purpose of the breadth of the Fintech phenomenon: FSB (*Financial Stability Board*), a body that monitors the Fintech phenomenon under the main profile of promoting financial stability, analyzing the obstacles and operational risks; BCBS (*Basel Committee on Banking Supervision*), a body responsible for analyzing and assessing the risks and opportunities that technological innovation entails for the banking system; the European Commission, that deals with analyzing the phenomenon from the point of view of crowdfunding in an integrated perspective that involves banks, insurance companies and markets; the Commission also promotes, in a balancing perspective, the construction of a more innovative and competitive financial system in terms of accessibility, costs, competition and transparency; EBA, ESMA, EIOPA and the national Authorities, commit their forces in protecting the consumer and the financial companies in the face of the risks and benefits that Fintech entails; whereas the ECB, has the task of developing guidelines for the evaluation of applications for authorization to carry out banking activities by Fintech business entities. See FCA, *Regulatory Sandbox*, 2015, available at <https://fca.org.uk/publication/research/regulatory-sandbox.pdf>; FCA, *Regulatory sandbox lessons learned report*, 2017, available at <https://www.fca.org.uk/publication/research-and-data/regulatory-sandbox-lessons-learned-report.Pdf>; H. ALLEN, *A US Regulatory Sandbox?*, Working Paper, 24, 2018, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3056993.

order to avoid that the existence and exercise of database rights may erect excessive barriers to enter or fairly compete the Fintech arena⁸⁴.

To this end the abuse of right doctrine can be helpful to fill the huge gaps left in the European legal framework. If the relevant prerequisites occur, in fact, Techfin database makers operating on data markets would be continuing taking advantage of their contribution to the Fintech arena. However, they would be stopped from exploiting their rights anytime they are exercised beyond their ultimate goal, so as to distort competition, preempting financial institutions from competitively using techfin data, even if art. 102 TFUE prerequisites lack.

⁸⁴ And this while awaiting the modernization of the competition law toolbox: “Firstly, competition authorities may consider new theories of harm involving the use of covert tracking and data collection to exclude competitors. Secondly, they may incorporate into their analysis the impact of data on alternative dimensions of competition, such as quality and innovation”: OECD, *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, 26 April 2017, DAF/COMP/M(2016)2/ANN4/FINAL. In any case, ESMA: “*Actions from the European Commission aiming at making the regulatory framework more proportionate to support innovation in financial markets should not be done at the detriment of investor protection and fair competition across various types of actors (...) such an approach would run the risk of being outpaced by future technological developments*”, in *ESMA response to the Commission Consultation Paper on Fintech: A more competitive and innovative financial sector*, ESMA50-158-457, June 7th 2017.

Unraveling the proposal of Digital Market Act

La proposta di legge

sui mercati digitali: una prima mappatura

Pietro Manzini *

ABSTRACT:

On 15 December 2020, the Commission formally launched a legislative procedure by presenting a proposal for a regulation on fair and contestable markets in the digital sector, already known by the acronym DMA ('Digital Market Act'). The most innovative elements of the DMA are twofold: the introduction of the legal figure of the gatekeeper and the elaboration of specific competitive obligations imposed on the latter. While the purpose and content of the notion of gatekeeper are relatively clear, the same cannot be said of the obligations imposed on them. In fact, Articles 5 and 6 contain a total of eighteen extremely heterogeneous and dissimilar types of requirements. This obscures the meaning and the competitive value of the DMA. The aim of the contribution is to unravel the skein of these obligations and to bring them as far as possible into the general categories of antitrust law. The analysis leads to the conclusion that a large part of the obligations provided for in the draft regulation is aimed at prohibiting practices which already fall within the scope of the antitrust rules, as demonstrated by the fact that such obligations have often been modelled on the cases investigated by the Commission under Articles 101 and 102. This does not detract from the fact that the systematic declension of antitrust principles in the digital sector carried out by the DMA has produced innovative provisions in their specificity. The detailed articulation of the competition obligations, the specification that in certain cases the intervention of public institutions is necessary to identify competitive conduct and the identification of the figure of the gatekeeper on the basis of sufficiently certain qualitative and quantitative parameters shift the center of gravity of the application of the principles of competition from *ex post* to *ex ante*, that is, from competition to regulation. This seems to be the qualifying and crucial element of the DMA proposal.

Keywords: competition; digital platforms; digital markets; contestable markets; discrimination; bundling; big data; Digital Market Act

Il 15 dicembre 2020, la Commissione ha formalmente avviato una procedura legislativa presentando una proposta di regolamento sui mercati equi e contendibili nel settore digita-

* Professore ordinario di diritto dell'Unione Europea, Alma Mater Studiorum, Università di Bologna; e-mail: pietro.manzini@unibo.it.

le, già nota con l'acronimo DMA ("Digital Market Act"). Gli elementi più innovativi del DMA sono due: l'introduzione della figura del gatekeeper e l'elaborazione di specifici obblighi concorrenziali a carico di quest'ultimo. Mentre lo scopo e il contenuto della nozione di gatekeeper sono relativamente chiari, lo stesso non può dirsi in relazione agli obblighi imposti ad essi. Infatti, gli articoli 5 e 6 contengono un totale di diciotto tipi di obblighi estremamente eterogenei e dissimili tra loro. Ciò oscura il significato e il valore concorrenziale della DMA. L'obiettivo dell'articolo è quello di dipanare la matassa di questi obblighi e di ricondurli il più possibile nelle categorie generali del diritto antitrust. L'analisi porta alla conclusione che gran parte degli obblighi previsti dal progetto di regolamento mira a vietare pratiche che già rientrano nel campo di applicazione delle norme antitrust, come dimostrato dal fatto che tali obblighi sono stati spesso modellati sui casi indagati dalla Commissione ai sensi degli articoli 101 e 102. Ciò non toglie che la declinazione sistematica dei principi antitrust nel settore digitale operata dalla DMA abbia prodotto disposizioni innovative nella loro specificità. La dettagliata articolazione degli obblighi concorrenziali, la specificazione che in alcuni casi è necessario l'intervento delle istituzioni pubbliche per individuare le condotte concorrenziali e l'individuazione della figura del gatekeeper sulla base di parametri qualitativi e quantitativi sufficientemente certi spostano il baricentro dell'applicazione dei principi della concorrenza da ex post a ex ante, cioè dalla concorrenza alla regolazione. Questo sembra essere l'elemento qualificante e cruciale della proposta DMA.

Parole chiave: concorrenza; piattaforme digitali; mercati digitali; mercati contendibili; discriminazione; bundling; big data; Digital Market Act

TABLE OF CONTENTS:

1. Introduction. – 2. The specific features of large digital platforms and risks to competition. – 3. The gatekeeper and its obligations. – 4. Self-executing obligations under Article 5 of the DMA. – 5. The obligations under Article 6: the prohibitions of discrimination. – 6. Other obligations under Art. 6: prohibition of bundling, right of data portability and equal access to data. – 7. Conclusions.

1. Introduction.

In the last years the European Union has been trying to ensure the competitiveness of digital markets dominated by the so-called GAFAM (Google, Amazon, Facebook, Apple and Microsoft). Until now it has done so by resorting to the traditional instruments represented by Articles 101 and 102 TFEU. To limit only to the initiatives taken in 2020, it can be recalled that on 16 June the Commission opened an investigation against Apple regarding the terms of use of some of its apps¹; on 10 November it sent a statement of objections to Am-

¹ Antitrust: Commission opens investigations into Apple's App Store rules (Press release).

amazon in relation to its business conduct in its dual capacity as *marketplace* and distributor²; on 17 December, the Commission authorized, but only under conditions, the acquisition of Fitbit by Google³, against which it had already adopted three sanctions decisions between 2017 and 2019, imposing fines totalling EUR 8.25 billion⁴.

However, the use of Articles 101 and 102 risks leading to unsatisfactory results for at least two reasons. First, in light of some peculiar features of digital markets, classical antitrust law requires some conceptual adjustments. To take the most obvious example, consider the circumstance that digital services are often offered to end users without monetary price, but in exchange – usually unknowingly – for data and information: in this way the age-old parameter used to determine the balance between supply and demand has disappeared. Secondly, antitrust law – which is characterized by synthetic and general prohibitions and a possible *ex-post* sanctioning measure – unveils a slow and uncertain capacity to intervene, given the systematic and wide-ranging nature of GAFAM's business practices, as well as the speed with which they evolve and change. This is not about Achilles failing to catch up with the tortoise, but about a tortoise competing with Achilles.

On 15 December 2020, in an attempt to address these (and other) shortcomings, the Commission formally launched a legislative procedure⁵ by pre-

² Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices (Press release).

³ Mergers: Commission clears acquisition of Fitbit by Google, subject to conditions (Press release).

⁴ 27 June 2017, Antitrust: Commission fines Google € 2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service (Press release) (the decision is being appealed before the General Court in case T-612/17; 18 July 2018, Antitrust: Commission fines Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine (Press release); 20 March 2019, Antitrust: Commission fines Google €1.49 billion for abusive practices in online advertising (Press release). Moreover, in 2020, EU action was complemented by action by some Member States, primarily Germany and Italy. On 23 June, the German Supreme Court (Bundesgerichtshof) essentially endorsed the Bundeskartellamt's view that Facebook's terms of use of user data constituted an abuse of a dominant position. On 20 October, the Italian Competition Authority opened an investigation against Google for exclusionary abuses.

⁵ The literature on the application of antitrust rules to digital platforms is now very extensive. We will therefore limit ourselves to listing those contributions to which we have most usefully referred: P. AKMAN, *Competition Law Assessment of Platform Most-Favored-Customer Clauses*, 2016, *J. of Comp. L. & Econ.*, 781 ss.; A. EZRACHI, M. STUKE, *Virtual competition*, Cambridge Mass. & London Eng., 2016, 346; M.E. STUKE, A.P. GRUNES, *Big Data and*

senting a proposal for a regulation on fair and contestable markets in the digital sector, already known by the acronym DMA ('Digital Market Act')⁶. On a subjective level, the DMA is directed towards large platform service providers named 'gatekeepers' (Art. 3). It then includes two provisions (Articles 5 and 6) which identify a wide range of obligations aimed at avoiding practices 'unfair or limiting the contestability of the market'. Moreover, these obligations may be suspended (Art. 8), exempted on public interest grounds (Art. 9), or updated (Art. 10). Finally, from the procedural and sanctioning point of view, the DMA reflects the outline of Regulation No 1/2003 on the application of Articles 101 and 102. Like that regulation, it provides for broad powers of investigation and acceptance of commitments by the Commission (Articles 18-25) and for the imposition of fines, the amount of which may reach 10% of the gatekeeper's total turnover (Article 26).

The most innovative elements of the DMA are twofold: the introduction of

Competition Policy, Oxford, 2016, 338; A. CANEPA, *I mercati dell'era digitale – Un contributo allo studio delle piattaforme*, Turin, 2020, 151; G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Big data, data protection and antitrust in the wake of the bunderskartellamt case against Facebook*, in *Italian Antitrust Rev.*, 2017, 104 ss.; M.R. PATTERSON, *Antitrust law in the new economy*, Cambridge Mass. & London Eng., 2017, 310; L. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, 2017, Vol. 126, 710 ss.; B. KLEIN, *The Apple e-books case: When is a Vertical Contract a Hub in a Hub-and-Spoke Conspiracy?*, in *J. of Comp. L. & Econ.*, 2017, 423 ss.; P. MANZINI, *Prime riflessioni sulla decisione Google Android*, Eurojus, 2018.; P. MANZINI, *Le restrizioni verticali della concorrenza al tempo di internet*, in *Dir. comm. int.*, 2018, 289 ss.; M. KATZ, J. SALLET, *Multisided Platforms and Antitrust Enforcement*, 2018, *The Yale L. J.*, Vol. 127, 2142 ss.; L. KHAN, *The Separation Of Platforms and Commerce*, in *Columbia L. Rev.*, 2019, Vol. 119, 973 ss.; N. PETIT, *Are 'Fangs' Monopolies? A Theory Of Competition Under Uncertainty*, 2019, Working paper; M. INGLESE, *Regulating the Collaborative Economy in the European Union Digital Single Market*, 2019, 171; W.P.J. WILS, *The obligation for the competition authorities of the EU Member States to apply EU antitrust law and the Facebook decision of the Bundeskartellamt*, *Concurrences* N° 3-2019 1 58 pp.; P. IBÁÑEZ COLOMO, *Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles*, *World Competition*, 2020, 417 ss.; D.A. CRANE, *Ecosystem Competition*, OECD Note, 2020, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)67/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)67/en/pdf); A. DE STREEL, *Should digital antitrust be ordoliberal?*, *Concurrences* N° 1-2020 I, 1 ss.; A. FLETCHER, *Digital competition policy: Are ecosystems different?*, 2020, OECD Note, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)96/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)96/en/pdf); M. BALL, *Apple, Its Control Over the iPhone, The Internet, And The Metaverse*, 2021, <https://www.matthewball.vc/all/applemetaverse>.

⁶ European Commission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on fair and contestable markets in the digital domain (Digital Markets Act), 15 December 2020 COM(2020) 842 final. The proposal is accompanied by a second proposal for a regulation on the single market for digital services, called the Digital Services Act (DSA). In addition, in 2020, Regulation No 2019/1150 came into force to promote fairness and transparency for business users of intermediary services.

the legal figure of the gatekeeper and the elaboration of specific competitive obligations for the latter. While the purpose and content of the notion of gatekeeper are relatively clear, the same cannot be said of the obligations imposed on them. In fact, Articles 5 and 6 contain a total of eighteen extremely heterogeneous and dissimilar types of requirements. This obscures the meaning and the competitive value of the DMA. The aim of this contribution is therefore to try to unravel the skein of these obligations and to bring them as far as possible into the general categories of antitrust law. This should allow an assessment of the scope of the Commission's legislative proposal, including its actual novelty and necessity. The article is organized as follows: in section 2, the specific features of digital platforms and the risks they present for the competitive dynamics of the market are analyzed. Section 3 examines the new notion of gatekeeper which, in the specific context of digital markets, stands alongside and to some extent overlaps with the notion of undertaking in a dominant position. Section 4 analyses and classifies the self-executing obligations contemplated by Article 5 of the DMA. While the obligations susceptible to further specification provided for in Article 6 are the subject of analysis and possible cataloguing in sections 5 and 6. Finally, the conclusions of the work are presented in Section 7.

2. The specific features of large digital platforms and risks to competition.

Large digital platforms, a category to which GAFAM belongs, are characterized by three specific features⁷.

First of all, from the point of view of business structure, they have very significant fixed costs – think for instance of search engine or operating system development costs or those related to IT R&D activities – but their marginal and variable costs that are instead close to zero, since the increase in the offer of a particular service does not entail any real increase in production costs: for instance, apps, once designed, can be replicated and downloaded in-

⁷See generally: J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, Final Report, Luxembourg – Publications Office of the European Union, 2019; AGCM, AGCOM, *Garante protezione dati personali, Indagine conoscitiva sui Big Data*, Roma, 2019; J. FURMAN *et al.*, *Unlocking Digital Competition*, Report of the Digital Competition Expert Panel, London, 2019; F. FUKUYAMA, B. RICHMAN, A. GOEL, R.R. KATZ, A. DOUGLAS MELAMED, M. SCHAAKE, *Report of The Working Group On Platform Scale*, Stanford University, 2020.

definitely at virtually no cost. Moreover, large digital platforms often benefit from economies of scale and economies of scope. The latter, in particular, are important, since with the same IT and production equipment platforms are able to operate in many different markets: producing a search service for purchases does not have significant additional costs compared to a general search service.

Second, services provided through digital platforms are characterized by a very significant network effect, i.e. the number of users that use a service fosters, in itself, the increase of those users: for instance, if Amazon is the marketplace with the largest number of selling firms, this alone implies that more and more consumers will be induced to use Amazon for their on-line purchases and this, in turn, will induce other firms to join Amazon's marketplace with the result of attracting an even higher number of potential buyers, and so on. This network effect is due to the fact that digital platforms usually operate in a multi-sided market, i.e. with at least two different categories of users who are, at the same time, the users of a service offered on one side and, so to speak, the 'product' sold to the users on the other side. In the example above, on one side of the marketplace, consumers can carry out their online shopping searches, and on the other side these searches are 'sold' to companies who use them to offer their products to consumers in a targeted manner. Correspondingly, companies are present in the marketplace because they can intercept a very high number of potential buyers and it is their presence that attracts them. It is also worth noting that the network effect does not necessarily occur due to the interaction between two or more sides of the marketplace, nor does it necessarily require that all categories of users operate on the platform with a business intent. For example, Facebook users use the platform primarily to maintain and develop their social contacts and it is the number of connections on the social side that creates the network effect; however, the network effect also reverberates on the business side of the platform: the more information obtained from the former, the higher the interest of business users to be present on the latter.

Finally, the third specific feature of digital platforms is represented by the crucial role of data, which constitute the fundamental assets of such firms, as they are the quantitative and qualitative 'nourishment' of their operating software. The higher the number and variety of data, the faster and more precise the algorithms process and produce services for users. To return to the examples given above, it is from the *online* searches carried out by users on one side of the marketplace that Amazon is able to obtain the data it sells to companies on the other side. And it is from the information that users channel to

the social side of Facebook that the latter is able to identify possible buyers for the benefit of the business⁸ side.

The above-mentioned salient features of digital platforms are likely to make their activities particularly sensitive from an antitrust point of view. In a competitive sense, large digital platforms often appear to be able to rapidly expand their activities in different markets, offering services and goods in an efficient and innovative manner. In an anti-competitive sense, however, once established as incumbents, such digital platforms, on the one hand, may impose onerous or discriminatory terms of use on their end-users and/or business users for whom they represent indispensable gateways between different sides of the market, and on the other hand, benefit from important protective barriers that make their position difficult to be contended even by equally or more efficient firms.

The particular competitive strength of digital platforms derives mainly from economies of scope. As mentioned, these allow different goods or services to be produced using the same production factors (specifically, first and foremost, the data and the algorithmic equipment to process them), that results in considerable cost savings compared to competitors that are not as digitized. The case of Amazon is exemplary in this respect. This platform started its business activity by intermediating *online* in the sale of books. Using the technological and logistical tools used for this market, it quickly extended its activities to the sale and distribution of a very wide range of products. In turn, the sale of huge volumes of goods enabled it to enter the market for the transport and delivery. By linking its fast delivery service, Amazon Prime, to a streaming service, Amazon subsequently entered the *on-line* film and TV series market, and from the latter it also entered the *on-line* music market (through Amazon Prime Music). As mentioned above, this expansive ‘soul’ of digital platforms, although it may raise concerns about the risks of foreclosing (less efficient) competitors, constitutes a strongly positive element from an an-

⁸ A heuristic classification of data collection methodologies contemplates three cases: (a) data may be ‘communicated’ directly by users, such as in the case of comments on social networks, videos posted, ‘likes’ or similar, compilation of rankings related to preferences for films, TV series, songs, etc; b) data can be ‘observed’, i.e. obtained from the online activity of the users, for example, from the type of searches carried out on the internet, from the geographical movements of the individuals as witnessed by the positioning of the mobile phones, or from the sports and health information transmitted through IOT instrumentation; finally, c) certain data can be ‘inferred’ through a more sophisticated elaboration of those ‘communicated’ or ‘observed’: automated processing of the latter, for instance, can infer users’ spending capacity or preferences, or their political and/or religious orientation, or sexual orientation, and so on.

titrust perspective as it is often expressed in the offer of innovative and less costly services than those provided in a traditional manner.

As for the competitive risks posed by digital platforms, first of all, these platforms, as gateways between different sides of the market, benefit from a strong imbalance in terms of rights and obligations *vis-à-vis* their end and business users⁹, allowing them to engage in abusive conduct, such as imposing onerous and/or discriminatory terms of use. Secondly, the competitive risks posed by digital platforms are represented by the difficult contestability of their position once they have established themselves as incumbents in the market, even by competitors that are able to offer goods or services of equal or even greater value. There are two main reasons for this reduced contestability. First, the network effect, which represents a daunting barrier to entry for potential competitors. To this regard it must be considered that since a service becomes more attractive on one side of the market the more users go on the other side, therefore a rival platform company has not only to offer a better quality and/or cheaper service, but also to convince a very high number of users to switch *en masse* from the service of the incumbent platform to its own (*incumbency advantage*). If (or as long as) such a migration does not take place, its service will still be less attractive to consumers¹⁰. This point is crucial in the context of an antitrust assessment. Where there is a network effect, on the one hand, it cannot be assumed that if a service is not chosen by users it is because of its lack of appeal, and on the other hand it does not necessarily appear to be true that the size of a firm derives from its efficiency, since it may well be the case that that firm is dominant simply because it entered the market first. The second reason why the position of an incumbent platform is difficult to contend with is the difficulty for competitors to access users data, data which, as noted, represent the crucial asset for the provision of digital services. Again, the network effect and economies of scope play in favor of the incumbent platform in data collection. The former, by causing an exponential increase in the number of users, necessarily induces a qualitative and quantitative increase in the flow of data; the latter because the increase in the number and variety of services offered by the platform necessarily increases

⁹ It is all too obvious that, today, practically no company can operate effectively without the use of Google, Amazon, and/or Facebook, or without being reachable by means of IT equipment compatible with that of the Apple (IOS) and/or Google (Android) operating systems.

¹⁰ J. CRÉMER ET AL., *Competition Policy*, (fn 7), describe this network effect as the classic egg/goose problem: to attract users on side A, a platform must attract users on side B, but to attract users on side B it must attract users on side A (p. 36). Seen from the angle of the challenging enterprise, however, it looks more like a version of Catch-22.

the sources and types of data that can be collected. By contrast, competitors, when trying to enter the market, normally have much less and poorer quality data at their disposal.

3. The gatekeeper and its obligations.

It was mentioned in the first Section that the DMA identifies, as the object of the obligations it provides for, a new figure, called gatekeeper (Art. 1). The reasons for the introduction of this figure, which flanks and partly overlaps with that of the undertaking in a dominant position, are obvious. For the reasons mentioned in the previous section, a small number of large digital service providers are endowed with considerable economic power. The application of the classic antitrust rules (in particular Article 102 TFEU), which in any case remains possible, risks not being fruitful for the protection of the competitiveness of the markets concerned. First of all, it is only possible and *ex-post*, and it is therefore unable to prevent the extension, even over a long period of time, of conduct harmful to the interests of consumers and competitors. Secondly, in the case of unilateral conduct, the application of antitrust rules implies, in succession, the definition of the relevant markets – an operation which in the digital world often presents even greater complexities than in the ‘brick and mortar’ world – as well as the establishment of a dominant position in the identified market – a position which, in the case of digital service providers, may not exist in traditional terms.

In an attempt to resolve these difficulties, the DMA identifies gatekeepers on the basis of completely different parameters from those used by Article 102 to establish dominance in a market: the first relates to the type of services offered by the platform (qualitative parameter), the second concerns the dimensional elements of the platform (quantitative parameter).

With regard to the services offered, Art. 2 of the DMA, provides that a gatekeeper is a provider of at least one ‘core platform service’, i.e. one of the following: (a) online intermediation services; (b) online search engines; (c) online social networking services; (d) video sharing platform services; (e) number-independent interpersonal communication services; (f) operating systems; (g) cloud computing services; (h) advertising services, including advertising networks, advertising exchanges and any other advertising intermediary services, provided by a provider of one of the basic platform services listed in (a) to (g).

As regards the size profile, Article 3 of the DMA establishes that a provid-

er is designated as a gatekeeper if it meets three cumulative conditions: (1) it has a significant impact on the internal market; (2) it operates a core platform service which constitutes an important gateway for business users to reach end users; (3) it has an entrenched and durable position in its business or can be expected to acquire such a position in the near future. Certain presumptions as to the fulfilment of these three conditions are also defined. The first one is presumed to be met if the undertaking to which the core platform service provider belongs has an annual turnover in the EEA of EUR 6,5 billion or more in the last three financial years, or if the average market capitalisation or equivalent fair market value of the undertaking to which it belongs was at least EUR 65 billion in the last financial year, and if it provides a core platform service in at least three Member States. The second requirement is considered to be present if the provider provides a core platform service with more than 45 million monthly active end-users established or located in the Union and more than 10 000 annual active business users located in the Union in the last financial year. Finally, the consolidated and sustained holding of the position of access point, referred to in the third requirement, is considered to be present if the thresholds referred to in the previous requirement have been reached in each of the last three financial years.

It should also be stressed that the status of gatekeeper is not directly applicable, but requires a decision by the Commission. Such a decision may be taken following the notification of the relevant information by the provider who considers himself to fall within this definition (Article 3, para. 4), or *ex officio*, following an investigation of the market (Article 3, para. 6)¹¹. In the latter case, the Commission may find that a provider of core platform services should be designated as a gatekeeper if it meets the three dimensional conditions, but does not fall under one or more of the above presumptions.

According to its Article 1, the objective of the DMA is to ensure that markets in the digital sector in which gatekeepers are present are ‘fair and contestable’ throughout the Union. Three options were compared to prevent conduct contrary to this objective. The first option provided for a pre-determined list of gatekeepers who would be subject to a list of directly applicable obligations. The second option provided for a partially flexible framework for designating and updating obligations, involving a dialogue with the Commission to specify the conduct required to implement them. Finally, the third consisted of a totally flexible framework both as regards the identification of the person concerned and the obligations applicable to him.

¹¹ As provided for in Articles 14-17 of the DMA.

The solution adopted in the DMA was essentially the second one, since it provides for a double list of obligations imposed on the gatekeepers. The first, contained in Article 5, sets out the obligations deemed *self-executing*, in the sense that compliance with them does not require further specification; the second, set out in Article 6, includes certain obligations whose implementation may require specification, which is obtained through dialogue with the Commission. In this regard, Article 7(2) makes it clear that if the Commission finds that the measures the gatekeeper intends to implement do not ensure effective compliance with the relevant obligations under Article 6, it may specify by decision the measures to be implemented by the gatekeeper in question.

As anticipated in the first section, the subdivision of obligations in the regulation, although functional to the objective of identifying the cases in which the Commission may intervene in a regulatory manner, obscures the meaning and the actual competitive scope of the DMA. Indeed, Articles 5 and 6 contain a total of 18 types of ‘obligations’ which are extremely heterogeneous and very dissimilar as regards the nature and characteristics of the conduct imposed. It is certainly true that, as mentioned, Article 1 of the DMA and the very title of Chapter III – where Articles 5 and 6 are inserted – evoke the need to prevent practices that ‘are unfair or limit contestability’, but it is not clear what this means in practice, nor whether and within what limits these obligations can be traced to the general categories of antitrust law, in particular those specific to abusive practices, such as exclusionary and exploitative conduct.

Some limited guidance can be drawn from Article 10 of the DMA. This provision, in fact, by providing that the Commission may identify new obligations for conduct by gatekeepers which is unfair or restrictive of contestability of services ‘in a manner similar to the practices covered by the obligations set out in Articles 5 and 6’, states that a practice shall be considered unfair or restrictive of contestability in two cases: (i) if an imbalance has arisen in terms of rights and obligations for business users and the gatekeeper is deriving an advantage from them that is not proportionate to the service provided to them; or (ii) the contestability of markets is diminished as a result of such a practice adopted by a gatekeeper. From the first case it is clear that the practice by which the gatekeeper, relying on the imbalance of power, succeeds in excessively compressing the utility of business users is to be considered ‘unfair’. In this perspective, the unfair practice could be conceptually led back to the category of abuse of exploitation. The second case, on the other hand, is objectively less useful, since it merely states, in a somewhat circular way, that the practice that produces this effect diminishes the contestability of markets. Here all that can be said is that a limitation or weakening of market contestability is inherently an exclusionary practice.

Trying to unravel the skein of the eighteen obligations contained in Articles 5 and 6, it can be noticed that in the first of these provision encompasses two general categories of obligations: both aimed at avoiding certain practices of exploitation of the end and business users of the services. In contrast, Article 6 includes four classes of obligations, all relating to exclusionary conduct, concerning discriminatory practices, tying, bundling (plus data portability) and, finally, obligation to ensure fair access to data.

This attempted classification is expressed in the table below, which will be explained in the following sections.

<i>Article 5: exploitative practices</i>		<i>Article 6: exclusionary practices</i>			
End user exploitation	Business user exploitation	No discrimination	Tying	Bundling & data portability	Fair access
5 a) Date combining	5 b) Parity clauses (or MFN)	6 a) Data grabbing	5 c) Tying promotions	6 b) Right to un-install	6 g) Right of verification
	5 d) Right to claim	6 d) Self-preferencing	5 e) Tying identification service	6 c) Right to install	6 i) Access to generated data
	5 g) Price transparency for advertising	6 k) non-discriminatory access to app store	5 f) Tying core services	6 e) Right to switch	6 j) Access to click
				6 f) Right to ancillary service interoperability	
				6 h) Right to data portability	

4. Self-executing obligations under Article 5 of the DMA.

As mentioned, Article 5 contains two general categories of obligations: one concerning certain practices of exploitation of end-users and/or business users liable to be adopted by the gatekeeper and the other covering certain practices of the gatekeeper to exclude its competitors, which can be defined as tying.

The first category of obligations consists of the provisions contained in subparagraphs (a), (b), (d) and (g) of the provision, and can be qualified respectively as (i) ‘prohibition of unauthorized combination of data’, (ii) prohibition of parity clauses, (iii) right of appeal and (iv) right of transparency on the price of advertisements. The second category of obligations comprises the provisions contained in subparagraphs (c), (e) and (f) of Art. 5, and can be qualified collectively as (v) prohibitions of *tying practices*.

i) *Prohibition of unauthorized combination of data (Art. 5(a))*

The first obligation, consisting in the prohibition of unauthorized combination of data, is provided for in subparagraph (a) of the rule, which establishes that the gatekeeper must refrain from combining personal data obtained from the core platform services with personal data from any other service offered by the gatekeeper or with personal data from third party services, and must also avoid signing in end users to other services of the gatekeeper in order to combining personal data, unless the end user has been presented with the specific choice and provided consent pursuant to Regulation 2016/679.

The provision finds its inspiration in the Facebook case, which is still pending in Germany, but on which the German Federal Court of justice has already provisionally ruled.

According to the terms of exercise imposed on users, Facebook could combine, without asking for consent, data collected on the eponymous *social* service with data derived from other services it provides, such as Instagram and WhatsApp. The German *Bundeskartellamt* had banned such a combination, equating the breach of privacy regulations with an antitrust violation. The Federal Court upheld the ban, but changed its legal justification¹². For the Court, the key issue is not the violation of privacy but the deprivation of any choice for end users between a highly personalized digital service through da-

¹² Federal Court of Justice provisionally confirms accusation of abuse of a dominant position by Facebook, 23 June 2020, No. 80/2020, <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html>.

ta combination, and a less personalized digital service based only on the data users share on a given *social* service. The lack of options available to Facebook users concerns both the profile of their personal autonomy and the exercise of their right to informational self-determination, which is also protected by the GDPR, and the profile relating to the competitiveness of markets. In this respect, the German Constitutional Court concluded that, according to the findings of the *Bundeskartellamt*, a considerable number of private Facebook users wanted to disclose less personal data, and if competition in the social network market had been effective, this option could have been expected to be available.

ii) *Prohibition of parity clauses (Article 5(b))*

Article 5, letter b) of the DMA contains the prohibition for the gatekeepers to use the so-called parity clauses or *Most Favored Nation* Clauses (MFN clauses), generally distinguished in ‘*wide*’ and ‘*narrow*’. Through the former, a platform that provides a service of price comparison requires its business users to offer their goods or services at the best price and at the best conditions of transaction practiced on any other sales channel¹³. By means of the latter, the comparison platform requires its business users to apply the same contractual conditions (or even better contractual conditions) offered on their own website.

Wide parity clauses have obvious anti-competitive effects that are not easily redeemable. Such clauses in fact: i) produce a *chilling effect* on the dynamics of prices: if a parity clause requires B to apply also to A the discount it intends to grant to C, it is possible that B, in order to avoid the duplication of the reduction in its revenues resulting from the double discount, decides not to grant the latter to either A or C¹⁴; ii) regardless of the above, they risk having a uniformising effect on prices and other transaction conditions: indeed, it is possible that competing platforms will also adopt such clauses in order to avoid that the tariffs they offer are higher than those charged elsewhere, with the consequent general effect of tariff equalization; iii) they may lead to an erosion of the profit margins of business users; indeed, if the platform increas-

¹³ For instance, A requests B to automatically benefit from the same terms of supply as the latter may stipulate with C, if they are more favourable than those of A.

¹⁴ Obviously, the larger the economic size of the *incumbent*, the more significant is the *chilling effect* on price decreases; from the point of view of profit reduction, it is one thing to grant a discount to a company that absorbs, say, 5% of sales, quite another to grant it to a company that serves as an outlet for 50% of sales.

es the value of the commission it charges for the comparison service, business users cannot pass on this increase in their costs to the selling price of their goods or services, except by applying the increase to all distribution channels, with the inevitable important effect of reducing demand; (iv) they may constitute a barrier to entry, since possible competing platforms cannot attract business users by offering lower commissions. In contrast, *narrow* parity clauses, i.e. those imposing a level playing field only between the platform and the business user's personal website, have much lower antitrust risk profiles. Indeed, on the one hand, there is a risk of price flattening only if business users do not consider offering their goods or services on their personal website on better terms than on the platform; on the other hand, such clauses can solve *free rider*¹⁵ problems.

The provision contained in subparagraph (b) of Article 5 of the DMA prohibits the gatekeeper from imposing *wide* parity clauses, stipulating that the gatekeeper must allow business users to offer the same products or services to end users through third-party online intermediation services at prices or conditions different from those offered through the gatekeeper's *online* intermediation services.

Moreover, the Commission has already prohibited the use of parity clauses by large digital platforms on the basis of antitrust rules. In 2012, the Commission opened an investigation against Apple and a number of international e-book publishers in relation to retail prices charged through *MFN* in iBookstore contracts. The case was resolved through commitments, including an obligation by Apple not to enter into or enforce any *MFN* retail pricing clauses in agreements with e-book retailers or publishers for five years¹⁶. In 2017, following an investigation opened against Amazon, the Commission concluded, once again in a decision accepting commitments, that a large range of parity clauses relating to different aspects of supply contracts (both price-related and

¹⁵ For example, in the case of online booking platforms for hotel services, if hotels were free to charge a lower price on their personal website than the one indicated on the platform, they would benefit parasitically from the advertising and comparison services provided by the platform. The narrow price parity clause induces users to buy hotel services on the platform, which is thus able to obtain compensation for its services. A second type of positive effect of parity clauses is the possible resolution of the so-called hold-up risk. If the distributor could not be sure that its competitors would not benefit from lower purchase prices than its own, it would refrain from making the investments, because these would obviously be negative for its budget.

¹⁶ European Commission, Decision of 12 December 2012, CASE COMP/AT.39847-E-BOOKS.

related to other contractual terms) concluded by Amazon with e-book sellers should be considered as *per se* abusive under Article 102¹⁷.

iii) *Right to claim (Article 5(d))*

Article 5(d) states that gatekeepers shall refrain from preventing or restricting business users from raising issues with any competent public authority relating to any practices of gatekeepers.

Recital 39 of the DMA states that this prohibition is intended to safeguard a fair business environment and to protect the contestability of the digital sector. The public authority to which the provision refers is not clear. Since the exclusion of recourse to a judicial authority would be unlawful *per se*, it must be assumed that the provision refers to complaints to a non-judicial administrative authority. Recital 39 further specifies that business users might want, for instance, to complain about different types of unfair practices, such as discriminatory access conditions, unjustified closure of their accounts or unclear reasons for delisting products. The prohibition is, however, without prejudice to the right of business users and gatekeepers to set out in their agreements the conditions of use, including the use of legitimate complaint handling mechanisms and the use of alternative dispute resolution mechanisms or the jurisdiction of specific courts in accordance with relevant Union and national law.

iv) *Transparency on prices of advertising services (Article 5(g))*

Article 5(g) provides for a specific provision applicable to the prices of *online* advertising services that gatekeepers may provide to advertisers and publishers. Indeed, the provision stipulates that gatekeepers must provide advertisers and publishers to whom they provide advertising services, upon their request, with information concerning the price paid by them, as well as the amount or remuneration paid to the publisher, for the publishing of a given advertisement and for each of the relevant advertising services provided by the gatekeeper.

Recital 42 clarifies that it is motivated by the fact that the conditions under which gatekeepers provide *online* advertising services to business users often lack transparency. This market opacity is due to the extreme complexity of today's programmatic advertising, which is likely to increase with the forthcoming removal of third-party cookies. The lack of information and knowledge for

¹⁷European Commission, decision of 4 May 2017, case AT.40153 – MFN clauses for e-books and related issues, see summary in OJEU C 264/7, 11 agosto 2017.

advertisers and publishers about the conditions of the advertising services they have purchased reduces their ability to switch to alternative online advertising service providers. Moreover, the costs of online advertising are likely to be higher than they would be in a more transparent platform environment, which is likely to be reflected in the prices end users pay for many everyday products and services that rely on the use of online advertising.

v) *Prohibition of binding practices (Article 5(c), (e) and (f))*

A wide range of obligations under the DMA refer to so-called binding practices. These, as is well known, include those business strategies whereby an undertaking makes the sale of one of its products or services (the main product or service) conditional upon the purchase of another product or service (the tied product or service) which is to be used or enjoyed together with the first product or service (e.g. a computer and a screen, or a car and its servicing) and is offered by the same or a related undertaking: thus, A sells its product (or service) X only if the buyer agrees to also purchase good (or service) Y produced by the same or related undertaking. Sometimes the binding practice is motivated by the desire to offer customers more efficient products, other times it is imposed by the technological interdependence between two products: for example, it may be that for technical reasons a certain software runs only or more efficiently on a certain hardware. In such cases, the practice is competitive in nature as it is likely to lead to an improvement in the price level and/or the quality of the product or service. The binding practice, however, may be used for anti-competitive purposes, for instance to foreclose competitors in the market for the tied good. If A is dominant in product market X, but not in product market Y – which however must be used together with X – A's tying of its products in markets X and Y has an exclusionary effect on competitors in Y, irrespective of whether the latter's goods are worse or better than A's.

The Commission distinguishes binding practices into *tying* and *bundling*¹⁸. *Tying* refers to situations where customers who buy the tying product must also buy the tied product of the dominant undertaking. *Bundling*, on the other hand, refers to the way the products are offered by the dominant undertaking and the way it sets its price. It is called 'pure' when the products are only sold together and in fixed proportions, or 'mixed' when the products are also avail-

¹⁸ Communication from the Commission – Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, OJEU C 45, 24 February 2009, 7-20, 47 et seq.

able separately, but the sum of the individual selling prices is higher than the bundled price.

The binding practices applied by large digital companies have already been found incompatible with the antitrust rules of the Treaty on several occasions. In 2007, the EU General Court upheld the Commission's decision that Microsoft's making the supply of the Windows operating system conditional on the simultaneous purchase of Windows Media Player software was abusive¹⁹. In 2018²⁰, the Commission ruled that Google's imposition of an obligation on Android device manufacturers to pre-install *Google search* and *Google Chrome* apps as a condition for granting a licence to use the *Play Store*, i.e. Google's app store, which users considered indispensable and expected to find installed on their device²¹, was abusive.

Article 5 of the DMA contains several obligations aimed at preventing more or less obvious forms of *tying*. For example, 5 c) stipulates that the gatekeeper must allow business users to promote offers to end users acquired through the core platform service and to conclude contracts with these end users, regardless of whether they use the gatekeeper's core platform services for this purpose or not; furthermore, the gatekeeper is obliged to allow end users to access and use content, subscriptions, components or other items through the gatekeeper's core platform services using a business user's software application, if the end users have purchased such items from the business user in question without using the gatekeeper's core platform services. Furthermore, 5(e) provides that the gatekeeper must refrain from requiring business users to use or offer its identification service²², or to interoperate with it, in the context of the services offered by business users using the gatekeeper's core platform services. Finally, pursuant to 5(f), the gatekeeper must refrain from requiring business users or end users to subscribe to or register with any other core platform service identified pursuant to Article 3 or which meets the thresholds set

¹⁹ Judgment of 17 September 2007, *Microsoft and Others v. Commission*, T201/04-, ECLI:EU:T:2007:289.

²⁰ Decision cited above, see footnote 1.

²¹ Article 102 expressly prohibits tying practices in Article 102(d), which prohibits making the conclusion of contracts subject to the acceptance by the other parties of supplementary obligations which by their nature or according to business usage have no connection with the subject matter of the contracts. In *Microsoft v. Commission*, cited above, the Court developed a test for the legality of tying practices in line with Art. 102(d), see 842-869.

²² Within the meaning of ar. 2, no. 14 of the DMA, an identification service means an auxiliary service which enables any kind of verification of end users or business users, irrespective of the technology used.

out in Article 3(2)(b) as a condition for accessing, registering or subscribing to any of the gatekeeper's core platform services identified pursuant to that Article.

5. *The obligations under Article 6: prohibitions of discrimination.*

As mentioned, the obligations of gatekeepers provided for by Article 6, i.e. may be subject to further specifications. Although they are all aimed at eliminating the risk of exclusionary conduct on the part of the gatekeeper, a first group can be brought under the general category of the prohibition of non-discrimination. These prohibitions can be qualified as follows: (i) prohibition of *data grabbing* (Article 6(a)); (ii) prohibition of *self-preferencing* (Article 6(d)); and (iii) prohibition of discriminatory conditions of access to the *app store* (Article 6(k)).

i) *Prohibition of data grabbing (Article 6(a))*

In some circumstances, a gatekeeper may play the dual role as a provider of core platform services to business users, as well as a provider of services that compete with those offered by such business users. In these circumstances, a gatekeeper could use the data generated by the core services to gain an advantage in competing markets. In order to avoid such a distortion of competition, Article 6(a) provides that the gatekeeper must refrain from using, in competition with business users, non-publicly accessible data generated through the activities of those users of its core services or by the end users of those business users.

The provision is intended to cover several situations. For example, it is possible for a gatekeeper to provide a *marketplace* or *app store* to business users, while at the same time offering services as an *online* retailer or application software provider in competition with those same business users. It applies (a fortiori) also to the case where the data are not generated by the use of the underlying service, but provided to it by the business user. In the case of *cloud computing* services, the obligation should also extend to data provided or generated by the gatekeeper's business users in the context of their use of the *cloud computing* service, or through the gatekeeper²³ 's *app store*.

²³ Although it is an obligation aimed at avoiding the acquisition of an unlawful advantage through the misappropriation of data, in some ways it could be qualified as a unilateral variation of the exchange of information between competitors prohibited by Article 101, a variation that is possible because of the characteristics of digital platforms. Just as, according to well-

The practice, which can be defined as ‘*data grabbing*’, already has a precedent under Article 102. In the Statement of Objections sent to Amazon in 2020²⁴, the Commission states that the company plays a dual role: on the one hand, it represents a *marketplace* where third-party sellers can offer their products directly to consumers, and on the other hand, it itself offers products on its *marketplace* as a retailer, thus competing with third-party sellers. As a provider of *marketplace* services, Amazon has access to third-party sellers’ non-public business data, such as the number of units ordered and shipped of products, the sellers’ revenue on the *marketplace*, the number of visits to the sellers’ offerings, shipping data, past performance, and other consumer enquiries related to the products, including warranties. The Commission considered that large amounts of non-public data from third-party sellers flow into the hands of Amazon’s retail entities who are able to aggregate this data in an automated manner and use it to calibrate those offers and to make strategic business decisions. For example, the taking of competitors’ data would allow Amazon to focus its sales on the best-selling products in all product categories and to adjust its offers in the light of data from competing sellers. In the Commission’s view, the use of non-public data of third-party sellers allows Amazon to avoid the normal risks of retail competition and to exploit its dominant position in the market for the provision of *marketplace* services, thereby infringing Article 102.

ii) *Prohibition of self-preferencing (Article 6(d))*

Article 6(d) of the DMA obliges gatekeepers to refrain from treating more favourably in ranking services and products offered by the gatekeeper itself (or offered by third parties belonging to the same undertaking as the gatekeeper) compared to similar services or products of third parties and requires gatekeepers to apply fair and non-discriminatory conditions to such ranking.

The practice, which is already known as *self-preferencing*, clearly falls within the general class of prohibition of discrimination; however, it presents its own specific legal categorization because it assumes the ability of the platform to classify or order according to one or more criteria established by it the

established case law, competing companies cannot exchange commercially sensitive information but must independently determine the conduct they intend to follow on the market, the digital platform cannot appropriate commercially sensitive information of competitors in order to determine its conduct by taking it into account instead of independently addressing the risks of competition.

²⁴ *Supra* (fn 1).

products or services of the companies operating through its services. It therefore does not cover all cases in which a person discriminates against a competitor's product or service in relation to his own, but only cases in which this is done by means of a *ranking*²⁵.

There are numerous cases in which this practice has been censured by the Commission on the basis of Article 102.

The first is the 2017 decision²⁶, which found that Google had abused its dominant position by systematically giving a prominent position to its own comparison shopping service *Google Shopping*, in the sense that when a consumer performed a search for a product for which *Google Shopping* wanted to offer results, these were always displayed at the top of the search. Correlatively, Google downgraded the comparative shopping services of its competitors in the search results pages.

A similar *self-preferencing* practice was reproached to Google in the Commission's 2019²⁷ decision. According to the Commission, Google, through its *AdSense for Search* service, linked advertisements to users' search results, i.e. it acted as an advertising intermediary between advertisers and *publishers* interested in profiting from advertising space linked to pages selected by users. According to the Commission, Google, by means of so-called 'premium placement' clauses, required *publishers* both to reserve the most profitable space for Google's ads and to provide for a minimum number of ads collected by Google. As a result, Google's competitors were prevented from placing their advertisements in the most visible and clicked-on spaces of the pages displayed on their websites.

Finally, *self-preferencing* can also be said to apply to the practice reproached to Amazon in the Statement of objections sent to it in 2020²⁸. Indeed, the Commission assumed that the criteria Amazon sets to select the winner of the so-called *Buy Box* and to allow sellers to offer products to *Prime* users lead to a preferential treatment of Amazon's retail business or of sellers using its logistics and delivery services. The *Buy Box* is prominently displayed on the platform's websites and allows customers to add items from a specific

²⁵ In order to ensure that this obligation is effective and cannot be circumvented, it should also apply to any measure which may have an equivalent effect to differential or preferential treatment in the ranking. The guidelines adopted pursuant to Article 5 of Regulation (EU) 2019/1150 should also facilitate the implementation and enforcement of this obligation.

²⁶ *Supra* (fn 1).

²⁷ *Supra* (fn 1).

²⁸ *Supra* (fn 1).

retailer directly into their shopping carts. For *marketplace* sellers, being chosen as the offer that appears in the *Buy Box* is crucial as it prominently displays a single seller's offer for a chosen product on Amazon's *marketplaces*, and generates the majority of all sales.

iii) *Non-discriminatory access of competitors to the app store (Article 6(k))*

Article 6(k) requires the gatekeeper to apply fair and non-discriminatory general terms and conditions of access for business users to its software application store (*app stores*), designated pursuant to Article 3 of the Regulation.

Recital 57 clarifies that general access conditions should be considered unfair if they result in an imbalance in the rights and obligations imposed on business users, or if they give the gatekeeper a disproportionate advantage in relation to the service it provides to them, or if they place business users at a disadvantage in providing identical or similar services to those provided by the gatekeeper. The same recital specifies that in order to assess the possible unfairness of the general conditions of access, the following may serve as a benchmark: (i) the prices charged or conditions imposed for identical or similar services by other app store providers; (ii) the prices charged or conditions imposed by the app store provider for other services, related or similar, or provided for the benefit of different types of end users; (iii) the prices charged or conditions imposed by the app store provider for the same service in different geographical regions; (iv) the prices charged or conditions imposed by the app store provider for the same service that the gatekeeper offers to itself. It follows, therefore, that Article 6(k) lays down conceptually similar rules for the service of access to the *app store which have been* developed by case law for cases of excessive prices (parameters (i), (ii) and (iii))²⁹ and *margin squeeze* (parameter (iv))³⁰.

²⁹ As regards overpricing, case law has developed two tests which may be used alternatively. The first, the so-called UBC test, is to determine whether there is an excessive disproportion between the cost actually incurred and the price actually charged and, if so, whether an unfair price has been charged, both in absolute terms and in comparison with competing products (see judgment of 14 February 1978, *United Brands and United Brands Continentaal v Commission*, 27/76, EU:C:1978:22, paragraph 252). The second, the Tournier-Lucazeu test, is based instead on a comparison on a homogeneous basis of the price levels charged in different Member States and the possible establishment of an appreciable difference between them (see judgments of 13 July 1989, *Tournier*, 395/87, EU:C:1989:319, paragraph 38, and of 13 July 1989, *Lucazeau and others*, 110/88, 241/88 and 242/88, EU:C:1989:326, paragraph 25).

³⁰ With regard to the margin squeeze, i.e. the squeezing of competitors' margins that an undertaking may carry out by owning a component that is essential to the production of a

This specific obligation also finds a reference in the framework of the application of Article 102. In fact, in 2020, the Commission opened an investigation against Apple, following a complaint by a competitor in the music streaming market (Spotify), on the grounds that this company would impose in its agreements with companies wishing to distribute applications to users of Apple devices (i) the compulsory use of the purchasing system belonging to Apple itself (in-app “IAP”) for the distribution of paid digital content, charging app developers a commission (of 30%) on all subscription fees made through IAP; (ii) restrictions on the ability of developers to inform users about alternative purchase options outside the apps³¹ e.g. on the developer’s website where they can usually be found at a lower price.

6. Other obligations under Article 6: prohibition of bundling, data portability, and equal access to data.

Article 6 of the DMA contains other provisions that can be grouped according to their competitive nature. These are the provisions containing the prohibition of *bundling*, the right to data portability and finally those prohibiting unfair restrictions on access to data and information.

i) Prohibition of bundling (Article 6(b), (c), (e) and (f))

A first group of provisions in Article 6 contains obligations aimed at avoiding *bundling* practices, i.e., as mentioned above, sales organized in such a way that the services offered can only be used jointly, or even separately, but under more onerous conditions. In the provision under consideration, this is done by recognizing the rights of freedom of choice of both end users and business users. In fact, the norm requires the gatekeeper: i) to allow end users to uninstall any software application pre-installed on their core service (letter b³²; ii) to

good or service, case law has established that it is abusive where the dominant undertaking charges a higher price for the component than that at which the complete good or service is sold to final consumers, or where the difference between the final price and the price of the component is not sufficient to cover the costs that the dominant undertaking itself incurs in providing the good or service (see Judgment of 17 February 2011, C-52/09, *Telia Sonera Sverige*).

³¹ While Apple allows users to consume content such as music, e-books and audiobooks purchased elsewhere (e.g. on the app developer's website) also in the app, its rules prevent developers from informing users about such purchase options, which are usually cheaper.

³² Although this is without prejudice to the possibility of limiting such uninstallation in re-

allow the installation and effective use of software applications or software application stores of third parties that use the gatekeeper's operating systems or that are interoperable with them, iii) to allow access to such software applications or software application stores by means other than the core platform services of such gatekeeper³³ (letter c); iv) to refrain from using any software applications or software application stores of third parties that use the gatekeeper's operating systems or that are interoperable with them. (iv) refrain from technically restricting the ability of end users to switch to and subscribe to different software applications and services to which they have access using the gatekeeper's operating system; this also applies to end users' choice of internet access provider (letter e)).

In addition, Article 6(f) requires gatekeepers to allow business users and *ancillary service* providers access to and interoperability with the same operating systems and hardware and software systems that are available to or used by the gatekeeper for the provision of its ancillary services. It follows from recital 52 that the provision is intended to apply where gatekeepers have the dual role of operating system developers and device manufacturers. In such circumstances, a gatekeeper could limit access to some of the device's functionalities (e.g. short-range communication and related software), which may be necessary for the provision of an ancillary service either by the gatekeeper or by a third-party provider. Such access limitation is likely to weaken the incentives for innovation by providers of ancillary services as well as the end-users' choice of such services.

ii) *Data portability (Article 6(h))*

Large digital platforms benefit from access to huge amounts of data that they collect while providing both their own services and the services of third parties operating on those platforms. This is likely to favour these platforms over their competitors and reduce the contestability of their market position. One of the solutions that can be explored to keep competition alive is to provide that business and end users can transfer their data (and any data generated by them) to other competing digital service providers. Facilitating switching or *multi-homing* leads to more choice for business and end-users and an incen-

lation to software applications that are essential for the operation of the operating system or device and cannot technically be offered by third parties on a stand-alone basis.

³³ In any event, the gatekeeper shall not be prevented from taking proportionate measures to ensure that third party software applications or software application stores do not jeopardise the integrity of the hardware or operating system it supplies.

tive for all operators to innovate. In this perspective, Article 6(h) of the DMA states that the gatekeeper must ensure the effective portability of data generated through the activity of a business user or end-user and must in particular provide tools to end-users to facilitate the exercise of data portability, in line with Regulation (EU) 2016/679, including through the provision of seamless, real-time access.

The reference to the so-called Privacy Regulation applies in particular to Article 20 thereof, which provides for the right to the portability of personal data. This implies that the data subject has the right to receive from the gatekeeper the data generated by it and to transmit it to a third party in a structured, commonly used and machine-readable format. However, it should be underlined that, under the Privacy Regulation, the right of portability does not entail the obligation of effective interoperability, since Recital 68 of that Regulation clarifies that the portability of personal data covered by Article 20 does not imply an obligation for data controllers to adopt or maintain technically compatible processing systems.

iii) *Unfair restrictions on access to data and information (Article 6(g), (i) and (j))*

The issue of access to data held by a digital platform by its business and/or end users is undoubtedly one of the most complex and controversial. In principle, mandatory sharing of a company's *assets* not only infringes the right to property, but also risks significantly diminishing incentives to invest and innovate, as the results of such investments may have to be shared with competitors. For these reasons, the European Courts have accepted that a refusal to supply a good or service, even if opposed by a dominant undertaking, may constitute an abuse only under the very restrictive conditions defined in the so-called *essential facilities*³⁴ doctrine.

The application of this doctrine to digital platforms in relation to the data they possess, aimed at enabling other firms to produce competing or complementary goods or services, presents additional difficulties to those – already not insignificant – encountered in the case of tangible assets (e.g., infrastruc-

³⁴ According to that doctrine, a refusal to supply is unlawful under Article 102 only if (i) the good or service in question is indispensable for the production of another good or service, (ii) it constitutes an obstacle to the emergence of a new product for which there is potential consumer demand, (iii) it is not objectively justified, and (iv) it is likely to exclude all competition on the derived market. See, in particular, judgments of 26 November 1998, Oscar Bronner GmbH & Co., C-7/97, ECR I-7791 and of 29 April 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG* C-418/01, ECR I-5039.

tures) or intangible assets (IP) in relation to which it was developed. Unlike these goods, the data constitute a heterogeneous *asset* susceptible to differentiated uses: for example, the string of Internet searches carried out by a user can be used to infer his interests in the real estate market, as in that of tourist services. Finally, access by third parties to data collected by a company almost inevitably crosses the privacy protection rules applicable to personal data, in compliance not only with Regulation 2016/679, but also with the Charter of Fundamental Rights.

The DMA does not provide for a generalized right of access to data, but it does provide for three specific obligations.

The first is set out in Article 6(g) and provides that the *gatekeeper* must provide advertisers and publishers, at their request and free of charge, with access to its performance measuring tools and information necessary for them to carry out an independent verification of the supply of ad inventory. This obligation is designed to counteract the fact that the conditions under which gatekeepers provide *online* advertising services to business users are often opaque and non-transparent, resulting in limited information being available to advertisers and publishers on the effect of a given ad.

The second obligation concerns data generated by the users themselves, both business and end users. This is a vast amount of information that is valuable from an economic point of view. In order to ensure that business users have access to the relevant data thus generated, Article 6(i) provides for an obligation on the gatekeeper to provide business users, or third parties authorised by them, with effective access to aggregated and non-aggregated data free of charge, and to ensure under the same conditions the use of data which are provided or generated in the context of the use of the core platform services by such business users as well as by end users who make use of products or services provided by such business users. With regard to personal data, the gatekeeper shall only provide access to those data directly related to the use made by the end user in connection with the products or services offered by the business user through the basic platform service and where the end user accepts such sharing by expressing consent pursuant to Regulation (EU) 2016/679.

Finally, Article 6(j) provides for a specific data access obligation in favour of third-party providers of search engines. This is by far the most significant obligation from a competition point of view. As mentioned in recital 56, the value of *online* search engines increases as the total number of business and end users increases. *Online* search engine providers collect and store aggregated data sets containing information about users' searches and how users have interacted with the results of those searches. Online search engine service

providers collect this data both from searches made through their own *online* search engine and from searches made on their business partners' platforms. Access by *gatekeepers* to such ranking, query, click and display data constitutes an important barrier to entry, which hinders the contestability of online search engine services. Subparagraph (j) provides that the *gatekeeper* must provide any third-party provider of online search engines, upon their request, with access on fair, reasonable and non-discriminatory terms to ranking, query, click and display data in relation to free and paid search generated by end-users on the gatekeeper's online search engines, subject to anonymisation for query, click and display data that constitute personal data.

7. Conclusions.

As mentioned above, when analysed from the perspective of its effectiveness on the competitiveness of digital markets, the DMA can be confusing. Since it is still a proposal for a regulation, some modifications seem to be advisable.

The circumstance that some obligations imposed on gatekeepers are self-executing and others may require a dialogue with the Commission for their compliance does not justify the division made. It would be possible, for example, to classify the obligations according to the type of practices they are intended to regulate and to identify in an *ad hoc* rule which of these obligations are susceptible to specification by the Commission. This would make it possible to correct certain debatable classificatory solutions. For example, many of the obligations contained in both Article 5 and Article 6 concern the prohibition of tying practices (Article 5(c), (e) and (f); Article 6(b), (c), (e) and (f)), which share the same anti-competitive nature, even though they may take the form of tying or bundling. One might therefore consider placing them in the same rule, probably through more comprehensive and simplified provisions. The same could be said for the obligations relating to discriminatory practices (Article 6(a), (d), (k)): there does not seem to be a substantial distinction between the grabbing of competitors' data in order to favour one's own services (sub-paragraph (a)), the preferential positioning of one's own services in the results pages of a search (sub-paragraph (d)), or the imposition of discriminatory conditions for competitors' access to the *app store* (sub-paragraph (k)).

The above analysis also leads to the conclusion that the Commission has employed a conceptually conventional approach in the DMA. As we have seen, a large part of the obligations provided for in the draft regulation is aimed at prohibiting practices which already fall within the scope of the anti-

trust rules, as, moreover, demonstrated by the fact that such obligations have often been modelled on the cases investigated or being investigated by the Commission under Articles 101 and 102. This does not detract from the fact that the systematic declension of antitrust principles in the digital sector carried out by the DMA has produced innovative provisions in their specificity. I refer, for instance, to the obligation imposed on gatekeepers to refrain from combining personal data obtained from different services of the gatekeeper itself and/or of third parties (Article 5(a)), which translates in detailed terms the principle of freedom of choice of consumers sometimes evoked, but often only in generic terms, in European case law. Also worthy of note is the right to data portability (Article 6(h)), which, although clearly of a competitive nature, had no precedent in terms of application on the basis of Articles 101 and 102, and has instead been transferred from the privacy rules. Finally, of great importance appears to be the obligations laid down to guarantee access to the data by competitors of the gatekeepers (Article 6(g), (i), (j)), access which would hardly be possible on the basis of the doctrine of *essential facilities* alone.

In any case, the detailed articulation of the competition obligations, the specification that in certain cases the intervention of public institutions (the Commission) is necessary to identify competitive conduct and the identification of the figure of the gatekeeper on the basis of sufficiently certain qualitative and quantitative parameters shift the center of gravity of the application of the principles of competition from *ex post* to *ex ante*, that is, from competition to regulation. This seems to be the qualifying and crucial element of the DMA proposal.

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.

Standard Essential Patents e licenze a condizioni FRAND nel diritto della UE: equità e ragionevolezza tra antitrust e regolazione
Standard Essential Patents and FRAND licenses in the EU: fairness and reasonableness between antitrust and regulation

Vincenzo Meli *

ABSTRACT:

L'articolo affronta la controversa questione della determinazione delle condizioni per la concessione di licenze su brevetti essenziali per l'applicazione di uno standard, evidenziando come si sia rivelata inefficiente la scelta della Commissione UE di affidarla esclusivamente alla privata negoziazione dei termini degli impegni FRAND. Tale sistema ha generato un rilevante contenzioso, spesso affrontato con l'applicazione dell'art. 102 TFUE. Scarso aiuto hanno fornito le indicazioni fornite dalla stessa Commissione con diverse comunicazioni, il cui contenuto viene criticamente esaminato, e la pronuncia della Corte di giustizia sul caso ZTE/Huawei. L'autore è dell'idea che sia venuto il momento per un intervento riformatore, che approdi all'adozione di un atto normativo che favorisca la negoziazione collettiva già in sede di adozione degli standard.

Parole chiave: brevetto essenziale; standard; standardizzazione; obbligo FRAND; abuso di posizione dominante; rifiuto di concedere una licenza; ingiunzione preliminare

The essay addresses the controversial issue of determining the conditions for the granting of licenses on standard essential patents, highlighting how inefficient the choice of the EU Commission to entrust it entirely to the private negotiation of FRAND terms. This system has generated significant litigation, often involving the application of art. 102 TFEU. Little help was provided by the Commission itself in its various communications, the content of which is critically examined, and the ruling of the Court of justice on the ZTE/Huawei case. The author is of the opinion that the time has come for a reforming intervention, leading to the adoption of a legal act that favors collective bargaining already at the time of the adoption of standards.

* Professore Ordinario di diritto commerciale, Università degli Studi di Palermo, e-mail: vincenzo.meli@unipa.it.

Keywords: *standard essential patent; standard, standardization; FRAND commitment; abuse of dominance; refusal to license; preliminary injunction*

SOMMARIO:

1. Premessa. – 2. Le condizioni FRAND di licenza: principi emersi nella recente giurisprudenza. – 3. Standardizzazione e FRAND *commitments* nel diritto della UE. Le Comunicazioni della Commissione – 3.1. La Comunicazione del 2011 – 3.2. Le Comunicazioni del 2017 e del 2020. – 4. L'applicazione del diritto *antitrust* ai conflitti tra titolari di SEPs e aspiranti al loro utilizzo. – 4.1. I limiti del ricorso all'art. 101 TFUE. – 5. Prospettive di un intervento riformatore.

1. Premessa.

L'approccio delle istituzioni europee alla standardizzazione *de iure* è improntato ad un deciso *favor*, conformemente ad una tendenza diffusasi universalmente da quando il fenomeno, che pure ha origini risalenti, ha conosciuto un rilevante incremento, quantitativo e qualitativo, a seguito dell'impetuoso sviluppo delle tecnologie digitali¹. La Commissione, in particolare, ne ha più volte sottolineato i benefici, osservando che la standardizzazione a) promuove la penetrazione economica sul mercato interno; b) incoraggia lo sviluppo di mercati/nuovi e migliori prodotti e le migliori condizioni di fornitura e che gli standard i) in generale aumentano la concorrenza e riducono i costi di produzione e vendita; ii) possono mantenere e migliorare la qualità, fornire informazioni e assicurare l'interoperabilità e la compatibilità (aumentando così il valore per i consumatori)². Coerente con tale visione è stata una costante attività istituzionale volta a promuovere e sostenere attivamente le *standard setting organizations* (SSOs), soggetti certo privati, ma che appaiono così investiti di funzioni di interesse pubblico³.

Ciò non ha impedito, tuttavia, di riconoscere i possibili risvolti problemati-

¹ Per una ricostruzione storica della standardizzazione e del suo recente sviluppo, si veda A. GIANNACCARI, *Standard Setting and the Law. A Comparative Perspective*, Roma, 2018, 4 ss., 43 ss.

² Si vedano le Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale (2011/C 11/01), spec. par. 263 e 308.

³ Ne è chiara espressione il Reg. (UE) n. 1025/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, sulla normazione europea.

ci del fenomeno sotto il profilo concorrenziale, ponendosi dunque l'esigenza di monitorarne la compatibilità con le norme *antitrust*⁴. Esigenza che investe, per un verso, la formazione di accordi stabili tra gli operatori dei mercati interessati, sulla base dei quali avviene la selezione degli standard, e, per un altro, i possibili effetti a valle di tale selezione.

È sotto tale ultimo aspetto che si sono rilevate le maggiori criticità. È evidente, infatti, che la standardizzazione ha come inevitabile (e voluto) esito il riconoscimento di un primato a determinate tecnologie, rispetto ad altre, non elevate a standard. Situazione, questa, che si traduce nella possibile attribuzione di posizioni di potere economico (restando da discutere se si possa sempre parlare di vere e proprie posizioni dominanti) ai titolari di quei diritti di proprietà intellettuale che, incorporati nelle tecnologie scelte come standard, divengono essenziali ai fini dell'implementazione delle stesse (c.d. *standard essential patents*, SEPs)⁵. Ne deriva la possibilità di abusarne, rifiutando discriminatoriamente di concedere licenze ovvero esigendo dagli utilizzatori dello standard, privi di alternative (cd. rischio di *lock-in*), *royalties* di livello supra-competitivo (cd. rischio di *hold-up*). Con l'aggiuntivo rischio che l'ammontare aggregato delle *royalties* pretese dai titolari dei diversi SEPs incorporati nello standard si riveli sproporzionato rispetto al valore aggiunto della tecnologia (c.d. *royalty stacking*)⁶.

⁴Lo stesso Reg. (UE) n. 1025/2012 ha cura di ricordare (Considerando 13) che «*Le organizzazioni europee di normazione sono soggette al diritto della concorrenza nella misura in cui possono essere considerati un'impresa o un'associazione di imprese ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE*».

⁵Sul ruolo dei diritti di proprietà intellettuale nella standardizzazione nell'ambito delle telecomunicazioni, si vedano R. BEKKERS, B. VERSPAGEN, J. SMITS (2002), *Intellectual property rights and standardization: the case of GSM*, in *Telecommunications Policy*, 2002, 171-188. Per gli standard di connettività mobile sono state dichiarate all'ETSI, da un gruppo sempre più ampio di titolari di brevetti SEP, 297.557 brevetti, appartenenti a circa 25.000 famiglie di brevetti (così R. BEKKERS, J. HENKEL, E.M. TUR, T. VAN DER VORST, M. DRIESSE, B. KANG, A. MARTINELLI, W. MAAS, B. NIJHOF, E. RAITERI, L. TEUBNER, *Pilot Study for Essentiality Assessment of Standard Essential Patents*, Luxembourg, 2020, 23).

⁶La letteratura economica e giuridica sui rischi della standardizzazione è ormai sterminata. Si rinvia, in proposito, a V. MELI, *Standard, standardizzazione e applicazione dell'art. 102 Tfe ai conflitti su licenze relative a diritti di proprietà intellettuale*, in questa Rivista, 2014, note 5 e 6. Più di recente, si vedano, T.S. SIMCOE, A.L. SHAMPINE, *Economics of Patents and Standardization: Network Effects, Hold-up, Hold-out, Stacking*, in J.L. CONTRERAS (ed.), *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law: Competition, Antitrust, and Patents*, Cambridge (UK), 2018, 100; N. SIEBRASSE, *Holdup, Holdout, and Royalty Stacking: A Review of the Literature*, in *Patent Remedies and Complex Products. Toward a Global Consensus*, Cambridge (UK), 2019, 239.

Così come diffuso a tutti i paesi ad economia industriale avanzata è stato il riconoscimento di tali criticità, generatrici di un numero significativo e crescente di contenziosi, convergente è stata la scelta di affidarne la soluzione all'istituto contraddistinto dall'acronimo FRAND (ormai prevalentemente adottato anche dalla giurisprudenza statunitense, in luogo di RAND): i titolari di *standard essential patents* (SEPs) hanno cioè diritto ad esigere – e gli aspiranti al loro uso hanno l'obbligo di corrispondere – *royalties* che siano *fair, reasonable, and non-discriminatory*⁷. A tale scopo, nel processo di standardizzazione si richiede ai titolari di diritti di proprietà intellettuale destinati a divenire essenziali per lo standard di impegnarsi a concedere licenze a tali condizioni a chi le richieda.

È noto come la realtà si sia incaricata di smentire che impegni FRAND genericamente formulati nel momento in cui si aspiri a far inserire un proprio diritto di proprietà intellettuale in uno standard siano idonei ad evitare successivi comportamenti strategici, dopo che tale risultato sia stato ottenuto⁸. Si aggiunga, peraltro, che sovente si riscontrano comportamenti strategici anche da parte degli aspiranti all'utilizzo dei SEPs, i quali, controvertendo strumentalmente sulle condizioni degli accordi per la concessione delle licenze, cercano in realtà di sottrarsi alla corretta remunerazione dei titolari dei diritti (c.d. rischio di *hold-out*). Il che non può sorprendere, discendendo ciò dai noti limiti di efficacia che meccanismi di contrattazioni bilaterali e di decisioni caso per caso evidenziano in «situazioni in cui la soluzione di un singolo conflitto è interdipendente da quella di una serie di conflitti analoghi (come, appunto, accade nella gestione di un certo standard produttivo)»⁹.

In tale contesto, come meglio si illustrerà, può oggi dirsi che si sia giunti ad una sostanziale concordanza di vedute tra la prevalente dottrina e le corti nazionali incaricate del *private enforcement* del sistema di licenze FRAND, sui principi ed i metodi per definirne il livello equo e ragionevole, ma non sul

⁷ La nozione può farsi risalire addirittura alla giurisprudenza statunitense degli anni Venti in materia di obblighi di concedere licenze su diritti di proprietà intellettuale. Per un'ampia ricognizione storica, si veda J.L. CONTRERAS, *Origins of FRAND Licensing Commitments in the United States and Europe*, in J.L. CONTRERAS (ed.), *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law* (nt. 6), 149.

⁸ Si veda, da ult., H. HOVENKAMP, *FRAND and Antitrust*, in *Cornell Law Review*, 2020, 1683, 1685. Per una critica alla soluzione dei FRAND *commitments*. E ciò a tacere dell'altrettanto grave problema che non tutti i SEPs vengano dichiarati all'atto della selezione di uno standard, con il realizzarsi successivo del cd. *patent ambush*.

⁹ Così M. LIBERTINI, *Brevi riflessioni sulla sentenza Huawei: verso una regolazione delle licenze FRAND di 'Standard Essential Patents'*, in questa *Rivista*, fasc. 1/2017.

modo per approdare ad un sistema efficiente per giungere alla conclusione dei relativi accordi.

Se si guarda, però, al versante pubblicistico del problema, con lo sguardo specificamente rivolto al contesto eurounitario, si vede come sia stata l'incapacità delle istituzioni di (o la scelta di non) intervenire per ottenere che il livello FRAND delle *royalties* venga determinato a monte dell'adozione degli standard, come da tempo suggerito da parte della dottrina¹⁰, a rivelarsi generatrice di evitabili tensioni. Essa palesa ancora di più, infatti, l'ambiguità tra la dichiarata volontà di favorire la standardizzazione e il totale affidamento della sua attuazione a scelte private. Ciò appare evidente se si considera la posizione della Commissione UE, la quale, pur faticosamente giunta a sposare le opinioni prevalenti in tema di livello FRAND delle *royalties*, non ha spinto la propria attività di «regolazione promozionale»¹¹ oltre la formulazione di indicazioni generali, affidandosi poi *ex post* all'applicazione (parziale e non sempre ortodossa) del diritto *antitrust*.

Nel presente scritto, dopo una sintetica ricognizione dei risultati ai quali sono ormai approdate la giurisprudenza e la dottrina sulla definizione del livello FRAND delle *royalties*, si considereranno dunque le prese di posizione della Commissione.

Opinione dello scrivente è che, di fronte all'evidente insuccesso di tale approccio, sia venuto il momento di valorizzare proprio l'interesse pubblico sotteso allo sviluppo degli standard, approdando ad un più marcato intervento di tipo regolatorio, volto ad ottenere dalle SSOs, appunto, un'assunzione di maggiori responsabilità già in sede di standardizzazione.

¹⁰ Si vedano J. LERNER, J. TIROLE, *Standard-Essential Patents*, in *Journal of Political Economy*, 2015, 547: «In an attempt to curb the monopoly power that they create, most SSOs require the owners of patents covered by the standard to grant licenses on fair, reasonable and non-discriminatory (FRAND) terms. Needless to say, such loose price commitments have been conducive to intense litigation activity»; G. GHIDINI, G. TRABUCCO, *Il calcolo dei diritti di licenza in regime FRAND: tre criteri pro-concorrenziali di ragionevolezza*, in questa *Rivista*, fasc. 1/2017.

¹¹ Così M. LIBERTINI, *Brevi Riflessioni sulla Sentenza Huawei: Verso una Regolazione delle Licenze FRAND di "Standard Essential Patents"* (nt. 9).

2. Le condizioni FRAND di licenza: principi emersi nella recente giurisprudenza.

Nelle giurisdizioni europee il tema delle licenze sugli *standard essential patents* si è manifestato inizialmente con esclusivo riferimento alla questione delle inibitorie richieste dai titolari dei primi nei confronti di utilizzatori con i quali non si era trovato un accordo in merito alle *royalties* da corrispondere.

È soprattutto la giurisprudenza tedesca che ha affrontato tale tema, condizionando, come si vedrà, anche la Corte di giustizia, ma la questione si è ovviamente posta, in minore misura, anche in altre giurisdizioni nazionali¹². In tale attività non si è ritenuto necessario definire quando le condizioni di licenza (offerta o richiesta) possano considerarsi *fair e reasonable*, o, più correttamente, palesemente *unfair and unreasonable*. Esercizio nel quale da tempo risultavano invece già impegnate le corti statunitensi¹³.

Il momento del *redde rationem* doveva, presto o tardi, giungere anche per le corti europee. E ciò è avvenuto puntualmente quando, esaurite le fasi cautelari dei contenziosi, i titolari dei SEPs, hanno cominciato ad avviare giudizi per il risarcimento dei danni da utilizzo dei brevetti essenziali in assenza di accordi di licenza.

Anche la giurisprudenza europea si è dunque sostanzialmente conformata ad un insieme di principi in linea di massima universalmente condivisi, sui quali, almeno in via generale, concorda la maggioranza della ormai ricchissima letteratura¹⁴. Tali principi possono così riassumersi¹⁵:

¹² Per una ricognizione, che considera anche le (poche) pronunce italiane, si vedano P. LA-ROUCHE, N. ZINGALES, *Injunctive Relief in the EU – Intellectual Property and Competition Law at the Remedies Stage*, in J.L. CONTRERAS (ed.), *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law* (nt. 6), 406. Anche negli Stati Uniti, in realtà, si è generato un diffuso contenzioso su talke aspetto; si veda J.G. SIDAK, *Injunctive Relief and the FRAND Commitments in the United States*, in J.L. CONTRERAS (ed.), *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law* (nt. 6), 389.

¹³ Si vedano N.V. SIEBRASSE, T.F. COTTER, *Judicially Determined FRAND Royalties*, in J.L. CONTRERAS (ed.), *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law* (nt. 6), 365; J.L. CONTRERAS, T.F. COTTER, S.J. JONG, B.J. LOVE, N. PETIT, P. PICHT, N.V. SIEBRASSE, R. SIKORSKI, M. SUZUKI, J. DE WERRA, *The Effect of FRAND Commitments on Patent Remedies*, in B. BIDDLE, J.L. CONTRERAS, B.J. LOVE, N.V. SIEBRASSE (eds.), *Patent Remedies and Complex Products: Toward a Global Consensus* (nt. 6), 160, 171 ss.

¹⁴ Si vedano ad es., D.W. CARLTON, A.L. SHAMPINE, *An Economic Interpretation of FRAND*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2013, 531; J.G. SIDAK, *The Meaning of FRAND. Part I: Royalties*, *ivi*, 931; J.D. WRIGHT, *SSOS, Frand, and Antitrust: Lessons from the Economics of Incomplete Contracts*, in *George Mason Law Review*, 2014, 791; A. LAYNE-FARRAR, *The*

1) la *royalty* dovrebbe evitare che i titolari di SEPs esercitino il *patent hold-up*;

2) le corti dovrebbero minimizzare il rischio di *royalty stacking*;

3) una *royalty* FRAND dovrebbe riflettere il valore incrementale, rilevato *ex ante*, della tecnologia rispetto alle alternative;

4) la *royalty* dovrebbe essere proporzionata, variamente, a (a) l'importanza della tecnologia per lo standard, (b) l'importanza della tecnologia per gli utilizzatori dello standard e (c) il valore dello standard per l'utilizzatore (principio di proporzionalità);

5) la *royalty* non dovrebbe riflettere il valore aggiunto dall'incorporazione di quella tecnologia nello standard, cioè il valore dello standard;

6) la *royalty* dovrebbe essere adeguata a preservare l'incentivo a brevettare (principio dell'incentivo ad inventare);

7) la *royalty* dovrebbe assicurare un adeguato incentivo a partecipare al processo di standardizzazione (principio dell'incentivo a partecipare).

Com'è evidente, le prescrizioni *sub* (1), (2), (3) e (5) servono a porre un *cap* alle royalties che il titolare di SEPs dovrebbe ricevere, tutelando quindi gli utilizzatori. Quelle *sub* (6) e (7) mirano a porre un *floor*, tutelando il titolare del diritto, e la (4) può servire entrambe le esigenze, a seconda del brevetto di cui trattasi¹⁶.

Un recente esempio, particolarmente pregevole, di applicazione pratica di tali criteri è fornito dalla pronuncia del Giudice Birss, dell'Alta Corte di Giustizia inglese¹⁷, la cui importanza va al di là dello specifico contesto na-

Economics of FRAND, in R.D. BLAIR, D.D. SOKOL, *The Cambridge Handbook of Antitrust Intellectual Property and High Tech*, Cambridge (UK), 2017, 57; T.F. COTTER, *Comparative Law and Economics of Standard-Essential Patents and FRAND Royalties*, in *Texas Intellectual Property Law Journal*, 2017, 311; A. LAYNE-FARRAR, K.W. WONG-ERVIN, *Methodologies for calculating FRAND damages: an economic and comparative analysis of the case law from China, the European Union, India, and the United States*, in *Jindal Global Law School Review*, 2017, 127; J.D. PUTNAM, *Economic Determination in "FRAND Rate"-Setting: a Guide for the Perplexed*, in *Fordham International Law Journal*, 2018, 953; J. PADILLA, D.H. GINSBURG, K.W. WONG-ERVIN, *Antitrust Analysis Involving Intellectual Property and Standards: Implications from Economics*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2019, 1; P. PARCU, D. SILEI, *An Algorithm Approach to FRAND Contracts*, EUI Working Papers, n. 65/2020. Si veda anche il documento esitato nel gennaio 2021 dal Group of Experts on Licensing and Valuation of Standard Essential Patents 'SEPs Expert Group', *Contribution to the Debate on SEPs*, spec. 95 ss.

¹⁵N.V. SIEBRASSE, T.F. COTTER, *Judicially Determined FRAND Royalties*, in J.L. CONTRERAS (ed.), *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law* (nt. 6).

¹⁶*Ibidem*.

¹⁷*Unwired Planet International Ltd v Huawei Technologies Co Ltd* [2017] EWHC 711

zionale in cui è stata resa, potendosi porre come modello di decisione.

Per ciò che interessa il presente scritto, scopo del decidente era stabilire se le *royalties* pretese da Unwired Planet (un *patent troll* che aveva acquistato oltre 2.000 brevetti da Ericsson) rispecchiassero il valore FRAND dei brevetti in questione.

Dalla sentenza emerge una particolare attenzione per il rispetto dei principi sopra declinati.

Il giudice ha affermato, in particolare, che per determinare una *royalty* FRAND si deve considerare un tasso *benchmark*, costituito dal valore del portafoglio del titolare del SEP, che non varia secondo il numero delle licenze. Ciò consente di eliminare sia il rischio di *hold-up*, ma anche quello di *hold-out*. Il parametro così adottato deve valere per tutti i richiedenti le licenze, indipendentemente dalla loro consistenza economica. Il livello FRAND della *royalty* richiesta può determinarsi attraverso una comparazione con le licenze negoziate dal titolare del diritto in situazioni di non essenzialità. Per quanto riguarda la metodologia per valutare la quota delle *royalties* complessive da attribuire al titolare del SEP in questione (onde scongiurare il rischio di cd. *royalty stacking*), il giudice determina l'*aggregate royalty rate* (ARR), a tal fine adottando un approccio *top-down*. Rigetta la possibilità di trarre l'ARR da dichiarazioni pregresse delle parti e prende in considerazione: a) il numero totale dei SEPs compresi nello standard e, tra questi; b) la quota di SEPs nel portafoglio del titolare del brevetto in contenzioso; c) il valore relativo dei brevetti nel portafoglio in confronto con i SEPs fuori dal portafoglio.

(Pat). Si vedano su tale pronuncia P.G. PICHT, *FRAND determination in TCL v. Ericsson and Unwired Planet v. Huawei: Same same but different?*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 18-07; ID., *Unwired Planet/Huawei: A Seminal SEP/FRAND Decision From the UK*, in *GRUR Int.*, 2017, 569; J. CONTRERAS, *Global Markets, Competition, and FRAND Royalties: The Many Implications of Unwired Planet v. Huawei*, in *The Antitrust Source* (www.antitrustsource.com), 2017, 1; N.D. MESEL, *Interpreting the 'FRAND' in FRAND Licensing: Licensing and Competition Law Ramifications of the 2017 Unwired Planet v Huawei UK High Court Judgements*, in A. BHARADWAJ, V.H. DEVAIAH, I. GUPTA (eds.), *Multi-dimensional Approaches Towards New Technology Insights on Innovation, Patents and Competition*, Singapore, 2018, 119.

Quasi contemporaneamente è stata emessa negli USA la sentenza *TCL Communication Technology Holdings Ltd v Telefonaktiebolaget LM Ericsson* (United States District Court for the Central District of California in No. 2:15-cv-02370-JVSDFM, Judge James V. Selna, 21 settembre 2017), che appare molto meno accurata di quella inglese. Su di essa (annullata per motivi processuali il 5 dicembre 2019 dalla Corte di appello federale), si veda la puntuale critica di J.G. SIDAK, *Judge Selna's Errors in TCL v. Ericsson Concerning Apportionment, Nondiscrimination, and Royalties Under the FRAND Contract*, in *The Criterion Journal on Innovation*, 2019, 101.

La sentenza è stata sostanzialmente confermata dalla Court of Appeal of England¹⁸, la quale, però, a differenza del Giudice Birss, ha ritenuto (correttamente, ad avviso di chi scrive) che non esista un solo livello di royalty definibile come *fair e reasonable*: «concepts such as fairness and reasonableness do not sit easily with such a rigid approach» e «a number of sets of terms may all be fair and reasonable in a given set of circumstances». Il riconoscimento di una forbice, entro la quale si può dire che si sia in presenza di condizioni FRAND (o, meglio, che non si sia in presenza di condizioni *unfair e unreasonable*) lascia ovviamente maggiore spazio alle diverse posizioni delle parti, ponendo però dei (flessibili) limiti alla loro libera negoziazione.

3. Standardizzazione e FRAND commitments nel diritto della UE. Le Comunicazioni della Commissione.

Come detto in precedenza, nel contesto eurounitario riconoscere i benefici della standardizzazione, tanto da promuoverla attivamente, e scongiurarne i suoi pericoli per la concorrenza si è rivelata impresa ardua.

La scelta della Commissione è apparsa per la verità singolare. Essa ha intrattenuto un costante dialogo con le organizzazioni europee di standardizzazione, che ha anzi attivamente promosso e sostenuto. Facendo richiamo alla disciplina delle intese restrittive della concorrenza, ha dettato opportuni principi sullo svolgimento non anticoncorrenziale del processo di selezione degli standard, che finora paiono essere stati rispettati da dette organizzazioni. Di fronte, invece, all'evidente problematicità della gestione, a valle della selezione, degli standard che incorporino brevetti essenziali, ha scelto di non intervenire sulle stesse organizzazioni per indurle a risolverla, limitandosi a svolgere nei loro confronti un'attività di *moral suasion*, attraverso l'emanazione di una serie di comunicazioni. In sintesi, la Commissione ha dato alle organizzazioni indicazioni delle quali non ha potuto o voluto imporre il rispetto. Ha, per così dire, continuato a parlare a nuora perché suocera intendesse, lasciando così, però, che il problema fosse affrontato *ex post*, in un contenzioso interindividuale tra titolari di SEPs e aspiranti all'utilizzo, che, per ciò che riguarda le sue competenze, ha chiamato in causa l'art. 102 TFUE, anche qui con esiti modesti e soluzioni controverse.

¹⁸ La sentenza di appello è *Unwired Planet International Ltd v Huawei Technologies Ltd* [2018] EWCA Civ 2344. Su di essa si vedano G. COLANGELO, G. SCARAMUZZINO, *Unwired Planet Act 2: The Return of the FRAND Range*, in *European Competition Law Review*, 2019, 306.

In definitiva, non si è trattato di una strategia finora coronata dal successo.

La prima comunicazione che interessa il processo di standardizzazione condotto dalle SSOs è al 1992¹⁹. In essa la Commissione rende già chiara la propria scelta di astenersi dall'intervenire regolamentando direttamente il processo di *standard-making*. Afferma, infatti, che le organizzazioni di standardizzazione «recognized by the Community at a European level»²⁰ e gli enti internazionali di standardizzazione²¹ hanno natura volontaria. La *policy* adottata è dunque quella di dettare principi non vincolanti. È vero che la Commissione ha precisato che il mancato rispetto di tali principi avrebbe comportato che «the Community will not be able to use their standards and even less, to make them mandatory», ma il sottinteso di tale affermazione è che ciò non avrebbe comportato conseguenze per le stesse organizzazioni sul piano della disciplina della concorrenza.

Tra i principi enunciati vi erano quelli concernenti, appunto, il caso in cui uno standard incorpori diritti di proprietà intellettuale.

È in quest'ambito che la Commissione dispone che nell'accordo tra il titolare del diritto di proprietà intellettuale e l'ente di standardizzazione si preveda che i termini delle licenze siano «fair, reasonable and non-discriminatory», convertendosi esplicitamente alla scelta di puntare sui FRAND *commitments*. Afferma però che «It is not feasible or appropriate to be more specific as to what constitutes 'fairness' or 'reasonableness' since these are subjective factors determined by the circumstances surrounding the negotiation» e conclude che «If the rightholder is to be satisfied that his investment in research and development can be adequately recovered, he would expect the royalty rate to relate in some way to the normal freely-negotiated commercial rate, allowing for the greatly increased market for his technology which standardization will bring»²².

Dunque, da un lato, si conta sui FRAND *commitments*, ma dall'altro ci si mostra agnostici persino sulla definizione delle condizioni FRAND, lascian-

¹⁹ Communication of the EU Commission, *Intellectual property rights and standardization*, COM(92), 445 final, Brussels, 27 October 1992.

²⁰ E cioè il CEN (European Committee for Standardization), il CENELEC (European Committee for Electro-Technical Standardization) e l'ETSI (European Telecommunications Standards Institute). Su di essi, si veda A. GIANNACCARI, *Standard Setting and the Law* (nt. 1), 194 ss.

²¹ E cioè l'ISO (International Organization for Standardization), l'IEC (International Electrotechnical Commission) e il CCITT (International Telegraph and Telephone Consultative Committee).

²² Communication 1992 (nt. 19), parr. 4.3.3, 7.

done l'interpretazione e la definizione in concreto alla negoziazione interindividuale.

Viene quindi riposta una certa (ingenua, è il caso di dirlo) fiducia nella possibilità che il sistema possa così autodisciplinarsi, senza considerare i rischi connessi alla presenza di *standard essential patents*. La Commissione confida, infatti, che i titolari dei diritti di proprietà intellettuale incorporati negli standard si accontentino di una moltiplicazione dei profitti corrispondente all'incremento del mercato – dovuto, appunto, alla incorporazione del brevetto nello standard – e non sfruttino il potere consegnato così loro, per applicare, nella fase post-standardizzazione, *royalties* più elevate di quelle che applicherebbero in una libera negoziazione sul brevetto non incorporato in standard.

Più in generale, il rischio concorrenziale insito nella trasformazione di un brevetto in brevetto essenziale per uno standard nella Comunicazione del 1992 sembra essere colto solo in parte dalla Commissione.

È vero che essa avvisa sui possibili rischi di comportamenti anticoncorrenziali, e distingue quelli che si annidano nel processo stesso di standardizzazione da quelli che si possono riscontrare a valle di tale processo, ma, considerando – comunque in termini sommari – tra questi ultimi il possibile rifiuto di concedere licenze, si concentra sulla possibilità che questo sia opposto dai titolari del diritto di proprietà intellettuale allo *standardization body*²³ o che vi sia un non ben definito rischio di abuso di posizione dominante da parte di quest'ultimo e dei propri membri²⁴.

Come le vicende successive hanno tuttavia evidenziato, il possibile successivo rifiuto non riguarda l'ulteriore incorporazione del SEP nello standard, con la conseguenza di mettere in crisi quest'ultimo, bensì lo sfruttamento di tale incorporazione a spese di quanti mirano ad utilizzare quello standard (e della sostenibilità dello standard nel suo complesso). Questione che riguarda anche le organizzazioni di standardizzazione, ma nella misura in cui queste, acquisito l'impegno da parte dei titolari di SEPs, non sono in grado di farlo rispettare.

La Commissione riprende nuovamente il tema nelle Linee direttrici del 2001 sugli accordi di cooperazione orizzontale²⁵.

²³ Communication 1992 (nt. 19), par. 5.1.

²⁴ Ivi, par. 5.1.6: «Abuse of a dominant position by a standard-making body and its members could manifest itself by the activity of imposing unfair purchasing prices (i.e. royalty rates to right holders) or selling prices, (rates including royalties for the use of standards) or other unfair trading conditions».

²⁵ Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale (2001/C 3/02).

La questione (fugacemente) toccata è però quella dell'accesso a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie allo standard che è stato collettivamente sviluppato, senza un approfondimento del tema dell'accesso alle licenze dei titolari dei singoli diritti di proprietà intellettuale che vi sono incorporati²⁶.

Le Linee guida, del resto, riguardano esclusivamente l'ambito delle intese e, in questo contesto, esse adottano «a 'safe harbour' approach, by setting the conditions under which such agreements would normally fall outside the scope of Article 101 (1)»²⁷.

In verità, neppure in sede di considerazione degli abusi di posizione dominante il tema è stato per lungo tempo considerato.

Negli Orientamenti sull'applicazione dell'art. 82 del trattato CE agli abusi escludenti, del 2009²⁸, alla standardizzazione *de iure*, ai brevetti essenziali ed al possibile rifiuto di licenza abuso da parte dei loro titolari non si fa, infatti, alcun cenno²⁹.

²⁶ Par. 174. «È chiaro che vi sarà un momento in cui la definizione di uno standard privato da parte di un gruppo di imprese che insieme detengono una posizione dominante può portare alla creazione di uno standard di fatto per il settore. La principale preoccupazione sarà allora di garantire che tali standard siano il più possibile accessibili e che siano applicati in una maniera chiara e non discriminatoria. Per evitare l'eliminazione della concorrenza nel(i) mercato(i) rilevante(i) i terzi devono poter accedere allo standard a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie».

²⁷ Si veda D. GERADIN, *European Union Competition Law, Intellectual Property Law and Standardization*, in J.L. CONTRERAS (ed.), *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law* (nt. 6), 78, 79. Il tema è stato affrontato dalla Commissione anche con riferimento ai *pool tecnologici*: si vedano le Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di trasferimento di tecnologia (2004/C 101/02), spec. par. 226: «Quando il pool detiene una posizione dominante sul mercato, le royalties e le altre condizioni della licenza dovrebbero essere eque e non discriminatorie e le licenze non dovrebbero essere esclusive».

²⁸ Comunicazione della Commissione – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti (2009/C 45/02).

²⁹ Il solo passaggio nel quale si menzionano possibili rifiuti di licenza, da trattarsi secondo la *essential facilities doctrine*, opportunamente adattata, è il seguente (par. 78): «Il concetto di rifiuto di effettuare forniture copre una vasta gamma di pratiche, quale il rifiuto di fornire prodotti a clienti nuovi o esistenti, di concedere in licenza diritti di proprietà intellettuale, anche quando la licenza è necessaria per fornire informazioni di interfaccia, o di concedere l'accesso a un impianto o a una rete essenziali». In esso la Commissione fa, comprensibilmente, riferimento ai casi trattati fin lì dalla giurisprudenza, riguardanti possibili abusi da parte di titolari di DPI divenuti, essi stessi, di fatto, standard (Corte Giust., causa C-418/01, IMS Health/NDC Health; Id., causa T-201/04, Microsoft/Commissione).

3.1. segue: La Comunicazione del 2011.

È ancora in una comunicazione sull'applicazione dell'art. 101 TFUE che viene espressa la posizione generale della Commissione sugli impegni FRAND che devono essere assunti dai titolari dei diritti di proprietà intellettuale. Si tratta delle Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale del 2011³⁰.

In essa, oltre ad affrontarsi i rischi del processo di standardizzazione, dettando indicazioni perché questo non si svolga in violazione dell'art. 101 TFUE, viene considerato anche il mercato rilevante delle tecnologie, che comprende i diritti di proprietà intellettuale, e vengono paventati i rischi che gli utilizzatori vengano bloccati, negandosi loro da parte dei titolari di SEP le necessarie licenze o esigendosi per esse *royalties* eccessive, così da impedire l'accesso allo standard. Da qui la conferma della soluzione dell'assunzione, da parte dei titolari di SEPs, di FRAND *commitments* in sede di approvazione dello standard.

A quel punto, peraltro, la Commissione si era già trovata ad affrontare, con gli strumenti dell'art. 102 TFUE, i primi casi di rifiuto di concedere licenze a condizioni FRAND, anche se in nessuno di essi era giunta all'adozione di una decisione (la prima decisione è del 2014).

Orbene, se si guarda alle Linee Guida, si individua con chiarezza la fonte dei problemi odierni in sede di applicazione della disciplina antitrust: la questione dei rischi della standardizzazione *de iure*, compresi quelli del possibile sfruttamento della posizione di potere individuale che ne può derivare ai titolari di SEP, viene infatti discusso ancora con riferimento alle intese.

È vero che la Commissione si impegna stavolta a definire i criteri per determinare se una *royalty* sia *fair e reasonable*, ma ciò non induce ad una possibile chiamata in causa delle organizzazioni in merito all'applicazione di tali criteri agli accordi di licenza. In sostanza, ancora una volta, si indirizzano ad esse indicazioni, del cui rispetto esse non sono però ritenute responsabili.

Anzi, la Commissione ha cura di precisare che «L'osservanza dell'articolo 101 da parte dell'organizzazione di normazione non impone a quest'ultima di verificare se le condizioni applicate dai partecipanti per il rilascio di licenze siano conformi all'impegno FRAND. Sarà compito dei partecipanti valutare se le condizioni per il rilascio delle licenze, e in particolare i canoni applicati, siano conformi all'impegno FRAND. Di conseguenza, nel decidere se assu-

³⁰ Linee direttrici sull'applicabilità dell'art. 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale (2011/C 11/01).

mere un impegno FRAND per un particolare DPI, i partecipanti dovranno prevedere le implicazioni che ne conseguono, in particolare per quanto riguarda la possibilità di fissare liberamente il livello dei loro canoni»³¹.

È evidente la preoccupazione della Commissione di non dare strada alla possibilità che, attraverso gli accordi di standardizzazione si possa approdare ad accordi sui corrispettivi delle licenze, che vengono evidentemente percepiti automaticamente come *hardcore restrictions*.

Come detto, la Commissione tuttavia non rinuncia a dettare criteri per la verifica dell'abusività del livello delle *royalties* richieste dai titolari di SEPs.

A tal fine, richiama la giurisprudenza sull'art. 102, lett a), TFUE, in materia di determinazione di prezzi o altre condizioni negoziali «non eque»³², affermando che «In caso di controversia, per valutare se i canoni applicati per l'accesso al DPI nel quadro della definizione delle norme non sono né equi, né ragionevoli occorrerà determinare se il canone richiesto è ragionevole in relazione al valore economico dei DPI»³³. Orbene, com'è noto, il ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita viene, nella giurisprudenza della Corte di giustizia su prezzi e condizioni non equi, declinato secondo due possibili criteri, non necessariamente alternativi, e cioè, a) muovendo dall'accertamento dell'esistenza di «un'eccessiva sproporzione tra il costo effettivamente sostenuto ed il prezzo effettivamente richiesto»³⁴, b) attraverso la comparazione con i prezzi praticati in mercati nei quali sussiste la concorrenza³⁵.

La Commissione afferma quindi che «in linea di massima, i metodi basati sul costo non sono adeguati a questo contesto a causa della difficoltà di valutare i costi attribuibili allo sviluppo di un particolare brevetto o gruppi di brevetti. Al contrario, è possibile confrontare i canoni di licenza applicati dall'impresa interessata per i brevetti in questione in un ambiente concorrenziale prima che il settore fosse vincolato a una norma (ex ante) con quelli applicati dopo che il settore è stato vincolato (ex post). Questo metodo presuppone che il confronto possa essere effettuato in modo coerente e affidabile»³⁶.

³¹ Linee Guida del 2011, Par. 288.

³² In primo luogo, Corte Giust., 14 febbraio 1978, causa 27/76, United Brands Company e United Brands Continentaal BV contro Commissione delle Comunità europee, punto 250.

³³ Par. 289 delle Linee Guida 2011.

³⁴ Così la citata sentenza United Brands, punto 252.

³⁵ Corte Giust., 13 luglio 1989, cause riun. 110/88, 241/88, 242/88, François Lucazeau e altri contro Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (Sacem) e altri, punto 25.

³⁶ Par. 289.

Indicazioni perfettamente ragionevoli e in linea sia con la giurisprudenza eurounitaria sull'art. 102 TFUE, sia con le indicazioni verso le quali, come si è visto, sembrano ormai convergere giurisprudenza e dottrina in materia di condizioni FRAND. Il problema, tuttavia, resta la palese divaricazione tra il contesto in cui esse vengono formulate e quello rispetto al quale se può esigere il rispetto.

3.2. segue: *Le Comunicazioni del 2017 e del 2020.*

Dopo la Comunicazione del 2011, la Commissione decide di abbandonare l'approccio occasionale al tema degli *standard essential patents*, per dedicarvi appositi documenti.

Nel 2014 avvia, dunque, una consultazione pubblica su brevetti e standard³⁷; nel 2016 emana la Comunicazione sulle Priorità per la normazione delle TIC per il mercato unico digitale³⁸, nella quale, tra gli impegni assunti vi è quello di «precisare gli elementi essenziali di una metodologia equa, efficace e applicabile per le concessioni delle licenze, sulla base di condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie» e quello di «favorire un metodo di risoluzione delle controversie efficace ed equilibrato».

Si giunge, dunque, alla Comunicazione del 2017³⁹. Questa rappresenta l'ultimo tentativo di indicare la via per una composizione negoziale dei conflitti tra titolari di SEPs e aspiranti alle relative licenze, dettando anche suggerimenti per la individuazione dei termini FRAND.

In essa si afferma che occorrono «buone pratiche in materia di concessione di licenze per garantire un accesso equo, ragionevole e non discriminatorio alle tecnologie standardizzate e per ricompensare i titolari di brevetti affinché continuino ad investire nella ricerca e sviluppo e nelle attività di normazione», ma si prende atto dei conflitti tra titolari di SEPs e aspiranti alle relative licenze. «Gli utilizzatori delle tecnologie accusano i titolari

³⁷ *Public consultation on patents and standards: A modern framework for standardisation involving intellectual property rights* (<http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?itemid=7833>).

³⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Priorità per la normazione delle TIC per il mercato unico digitale (COM(2016) 0176 final).

³⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo, Definire l'approccio dell'UE ai brevetti essenziali (COM(2017) 0712 final).

lari di brevetti SEP di imporre diritti di licenza eccessivi basati su portafogli di brevetti deboli e di ricorrere alla minaccia di contenziosi. I titolari di brevetti SEP sostengono che gli utilizzatori delle tecnologie approfittano gratuitamente delle loro innovazioni e violano consapevolmente i diritti di proprietà intellettuale (DPI) senza negoziare in buona fede la concessione di licenze»⁴⁰. Dopodiché, non si va al di là della formulazione di esortazioni alle organizzazioni di standardizzazione e alle parti in conflitto, che la Commissione ritiene «siano nella posizione migliore per giungere a un'intesa comune sul significato di condizioni di licenza eque e canoni equi, attraverso negoziazioni in buona fede».

E poiché le interpretazioni delle parti in conflitto sulla determinazione delle condizioni FRAND, com'è ovvio, divergono, la Commissione detta una serie di principi di base, «in modo da offrire procedure più stabili per la concessione di licenze, orientare le parti nelle loro negoziazioni e ridurre i contenziosi». Si basa, a tal fine, sui risultati della già menzionata consultazione pubblica, sull'analisi delle migliori pratiche e su studi⁴¹, nonché sulla giurisprudenza nazionale⁴².

In particolare, la Commissione pone ancora al centro la relazione con il valore economico della tecnologia brevettata, da riferirsi di regola alla tecnologia in sé considerata, indipendentemente dalla decisione di includerla nello standard (a meno che non sia stata sviluppata appositamente per lo standard). Afferma la necessità che il livello FRAND delle *royalties* sia comunque sufficiente ad «incentivare in modo continuativo i titolari di brevetti SEP a contribuire alle norme con le loro migliori tecnologie disponibili». Si preoccupa anche del rischio del *royalty stacking* e invita le parti a non considerare isolatamente il canone del singolo brevetto la cui licenza è in negoziazione e di tenere conto invece di «un canone aggregato ragionevole per la norma in questione, valutando il valore aggiunto complessivo della tecnologia».

Non sorprendentemente, l'indicazione di principi e percorsi per la determinazione in via negoziale delle condizioni FRAND si rivela ancora una volta infruttuosa.

⁴⁰ Quest'ultima è la nota questione del *reverse hold-up*, sulla quale si veda, tra l'altro, D. GERADIN, *Reverse Hold-ups: The (Often Ignored) Risks Faced by Innovators in Standardized Areas*, 11/2010, in SSRN.com.

⁴¹ Licensing Terms of Standard Essential Patents: A Comprehensive Analysis of Cases, JRC 2017. 26 Study on Transparency, Predictability and Efficiency of SDO-based Standardization and SEP Licensing, pubblicato il 12 dicembre 2016 (studio CRA).

⁴² A tale proposito, richiama la già illustrata sentenza inglese del giudice Birss, *Unwired Planet v. Huawei* [2017] EWHC 711 (Pat).

Il problema è sempre il solito. Di fatto, le SSOs (o una parte di esse, anche tra le più importanti) non sono, come ormai acclarato, in grado di costringere i propri aderenti a dettagliare, in sede di decisione su uno standard, le condizioni di licenza FRAND che si applicheranno a qualunque utilizzatore dello standard che incorpora un DPI essenziale. Tale incapacità, come si è visto, non è suscettibile di produrre alcuna conseguenza negativa dal punto di vista del mantenimento dell'esonazione *ex art. 101, par. 3, TFUE*, laddove, invece, iniziative in tal senso sono – non ingiustificatamente – avvertite come pericolose sul piano della possibile applicazione dell'art. 101, par. 1.

La Commissione prende dunque atto che l'approccio basato sulla *moral suasion* si è rivelato finora inefficace, ma non mostra di avere intenzione di assumere un approccio maggiormente interventistico nella materia.

Con una Comunicazione del 2020⁴³, ribadita l'importanza, anche, sotto per la loro rilevante diffusione, dei brevetti essenziali, rileva così che «alcune imprese continuano a incontrare difficoltà a trovare un accordo sulla concessione di licenze per i brevetti SEP. Ciò può dar luogo a frequenti controversie in cui i titolari dei brevetti adducono la violazione dei loro brevetti SEP mentre l'altra parte lamenta l'imposizione di condizioni inique da parte del titolare del brevetto nel quadro dell'accordo di licenza».

La Comunicazione appare però interlocutoria sul punto, restando ancora indefinite le soluzioni prospettate:

– agevolare «le iniziative promosse dall'industria per ridurre i contrasti e le controversie tra gli operatori di settori specifici»;

– «Parallelamente, sulla base dell'approccio del 2017, la Commissione prenderà in considerazione riforme volte a chiarire e migliorare ulteriormente il quadro che regola la dichiarazione e la concessione di licenze per i brevetti nonché il rispetto degli stessi. La Commissione esaminerà ad esempio la creazione di un sistema indipendente di verifica del carattere essenziale da parte di terzi al fine di rafforzare la certezza giuridica e ridurre i costi delle controversie».

Il riferimento è ad un coevo studio edito dalla stessa Commissione⁴⁴, nel quale si analizzano i brevetti essenziali, per verificare la fattibilità tecnica e istituzionale di un sistema di migliore valutazione della loro essenzialità.

⁴³ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Sfruttare al meglio il potenziale innovativo dell'UE Piano d'azione sulla proprietà intellettuale per sostenere la ripresa e la resilienza dell'UE (Bruxelles, 25 dicembre 2020 COM(2020) 760 final), 14.

⁴⁴ R. BEKKERS, J. HENKEL, E.M. TUR, T. VAN DER VORST, M. DRIESSE, B. KANG, A. MARTINELLI, W. MAAS, B. NIJHOF, E. RAITERI, L. TEUBNER, *Pilot Study for Essentiality Assessment of Standard Essential Patents* (nt. 5).

È appena il caso di chiarire, in proposito, che, come se nella materia non mancassero già i problemi, da considerare è quello dei brevetti che emergono come essenziali solo a valle dell'adozione di uno standard e vengono utilizzati al fine dell'instaurazione di contenziosi davanti alle corti. Si tratta, in genere, di brevetti azionati, con la tecnica della *patent ambush*, da *patent trolls*⁴⁵.

4. *L'applicazione del diritto antitrust ai conflitti tra titolari di SEPs e aspiranti al loro utilizzo.*

Come si è già detto, la difficoltà di mettere in pratica gli auspici espressi dalla Commissione nelle proprie comunicazioni, si traduce nello sviluppo di contenziosi. Diversi di questi vedono invocata, da parte degli aspiranti all'utilizzo di brevetti essenziali, che si considerano lesi dai rifiuti o dalle richieste economiche dei titolari di SEPs, l'applicazione dell'art. 102 TFUE, sia in sede di *private enforcement* di fronte ai giudici nazionali, sia in sede di *public enforcement* dinanzi alla stessa Commissione⁴⁶.

È nel 2007 che essa si trova ad affrontare i primi i conflitti del genere. Tuttavia, quelli nei quali la materia del contendere è il livello delle *royalties* richieste dal titolare del SEP si chiudono senza una decisione⁴⁷.

⁴⁵ Si vedano J. CONTRERAS, *Essentiality and Standard-Essential Patents*, in J.L. CONTRERAS (ed.), *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law* (nt. 6), 209; M.A. LEMLEY, T. SIMCOE, *How Essential Are Standard-Essential Patents?*, in *Cornell Law Review*, 2019, 607.

⁴⁶ Va ricordato, peraltro, come anche negli Stati Uniti, con riferimento alla standardizzazione *de iure* e ai *FRAND commitments*, si sia sviluppata una copiosa giurisprudenza *antitrust*. Si vedano, per una sua ampia illustrazione, R.B. HESSE, F. MARSHALL, *U.S. Aspects of FRAND Disputes*, in J.L. CONTRERAS (ed.), *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law* (nt. 6), 263.

⁴⁷ La Commissione, in particolare, il 1° ottobre 2007 avviò nei confronti di Qualcomm, produttore statunitense di circuiti per telefoni cellulari, un procedimento per abuso di posizione dominante per il livello irragionevole delle *royalties* richieste da tale impresa per le licenze su sue tecnologie adottate come *standard* dall'ETSI. Il procedimento fu abbandonato, per mancanza di prove e a fronte del ritiro delle denunce (si veda MEMO/09/516, del 24 novembre 2009). Un procedimento avviato, su basi analoghe, nei confronti di Rambus, impresa statunitense produttrice di semiconduttori e memorie per PC, fu chiuso con impegni (si veda MEMO/09/544, del 9 dicembre 2009). Si chiuse, infine, per il ritiro della denuncia e l'assunzione di impegni a concedere licenze a condizioni FRAND, un procedimento nei confronti di ICom, denunciata da Nokia, per non avere assunto detti impegni in relazione a SEPs nel settore delle telecomunicazioni (che ICom aveva acquisito dalla Bosch, la quale, invece, si era impegnata) (si veda MEMO/09/549, del 10 dicembre 2009).

Il primo procedimento a giungere ad una decisione (ma si è già nel 2014) riguarda, invece, la valutazione, quale abuso di posizione dominante, dell'iniziativa giudiziale del titolare di un SEP volta ad ottenere l'inibitoria contro l'aspirante alla licenza che, in mancanza di un accordo sulle *royalties*, usa comunque il brevetto. Si tratta del caso Motorola⁴⁸.

È questa la fattispecie che, come si è ricordato in precedenza, sarà oggetto di un diffuso contenzioso specialmente dinanzi alle corti tedesche e della susseguente pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia ZTE/Huawei⁴⁹.

⁴⁸ A partire dal 2012, la Commissione avviò diversi procedimenti per abuso di posizione dominante a carico di Motorola, Samsung e, ancora, Motorola. Solo nell'ultimo caso si è giunti, appunto, ad una decisione di condanna (dec. 29 aprile 2014, Motorola – Enforcement of GPRS standard essential patents, C (2014) 2892 final. Motorola Mobility Holding, Inc. (MMH), aveva tentato di ottenere da una corte tedesca un'inibitoria contro la Apple, in relazione all'utilizzo di SEPs incorporati nella tecnologia GPRS per le comunicazioni mobili e *wireless*, selezionata quale *standard* nell'ambito dell'ETSI. All'atto della convergenza sullo *standard* in questione, MMH aveva dichiarato l'impegno a concedere in licenza, a condizioni FRAND, sui brevetti ritenuti essenziali per l'implementazione di detta tecnologia.

Ai fini della determinazione delle condizioni FRAND, interessante il procedimento avviato nei confronti di Samsung (si veda la *press release* del 21 dicembre 2012, IP/12/1448 (<http://europa.eu/rapid/press-releaseIP-12-1448en.htm>) e chiuso con impegni il 17 ottobre 2013 (si veda IP/13/971 all'indirizzo web <http://europa.eu/rapid/press-releaseIP-13-971en.htm?locale=en>). In particolare, Samsung si è impegnata per cinque a non agire in giudizio per bloccare l'utilizzo dei propri *SEPs* per l'implementazione delle tecnologie negli *smartphones* e nei *tablets* (*mobile SEPs*), nei confronti di qualunque impresa che accetti un determinato schema di licenza. Tale schema prevede, in sintesi, 1) una negoziazione di dodici mesi per la determinazione dei termini FRAND e 2) se la negoziazione non ha successo, la rimessione ad una terza parte, corte o arbitratore, secondo l'accordo delle parti. Per il testo completo degli impegni, si veda <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decdocs/39939/3993913015.pdf>. Gli impegni sono stati accolti e resi vincolanti dalla Commissione il 29 aprile 2014 (IP/14/490). Si veda anche il memo (MEMO/13/403, reperibile all'indirizzo web <http://europa.eu/rapid/press-releaseMEMO-13-403en.htm>) che, in forma di domande e risposte, illustra la posizione generale della Commissione sul tema. Nel procedimento annunciato con la IP/12/1448.

Si rinvia, su tali vicende, al mio *Standard, standardizzazione e applicazione dell'art. 102 Tfe ai conflitti su licenze relative a diritti di proprietà intellettuale*, in questa *Rivista*, n. 1/2014. Si veda anche D. GERADIN, *European Union Competition Law, Intellectual Property Law and Standardization* (nt. 27), 80, 83 s.

⁴⁹ Corte Giust. (quinta sez.), 16 luglio 2015, causa C170/13, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal Landgericht Düsseldorf (Germania), con decisione del 21 marzo 2013, pervenuta in cancelleria il 5 aprile 2013, nel procedimento Huawei Technologies Co. Ltd c. ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH. Alle riflessioni suscitate dalla sentenza è dedicato per intero il n. 1/2017 di questa *Rivista*. Tra i contributi critici più recenti, si segnala N. PETIT, *EU Competition Law Analysis of FRAND*

Si può ritenere che tale pronuncia rappresenti un'occasione mancata e che scarso o nessun aiuto sia venuto da essa alla Commissione.

La pronuncia appare ben iscritta nella tipologia di controversie sviluppatosi dinanzi alle corti tedesche (e tedesca era, infatti, la corte remittente) e ne è condizionata. La domanda posta dalla corte remittente ruotava, infatti, intorno alla questione, che si è prevalentemente posta alla giurisprudenza tedesca nella prima fase in cui essa si è dovuta confrontare con il tema dei SEPs, se ed a quali condizioni sia possibile qualificare come abuso di posizione dominante la richiesta di un'inibitoria da parte del titolare di un SEP nei confronti di un soggetto che lo utilizzi in assenza di un accordo di licenza.

La Corte si adegua, infatti, al metodo di valutazione sviluppato dalla giurisprudenza tedesca, sostanzialmente facendo derivare l'esistenza o meno di un abuso di posizione dominante dal comportamento delle parti⁵⁰, dettando un

Commitments, in J.L. CONTRERAS (ed.), *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law. Competition, Antitrust, and Patents* (nt. 6), 290.

⁵⁰ Le cinque domande poste dalla corte tedesca erano le seguenti:

«1) Se il titolare di un [BEN], che abbia dichiarato dinanzi a un organismo di normalizzazione la sua disponibilità a concedere a terzi una licenza a [condizioni FRAND], abusi della sua posizione dominante qualora eserciti un'azione inibitoria nei confronti di un contraffattore, benché quest'ultimo abbia manifestato la sua disponibilità a negoziare siffatta licenza,

oppure

se si debba ritenere che un abuso di posizione dominante possa essere ravvisato soltanto qualora il contraffattore abbia presentato al titolare del brevetto, ai fini della conclusione di un contratto di licenza, una proposta incondizionata accettabile che il titolare non può rifiutare senza ostacolare in modo iniquo il contraffattore o senza violare il principio di non discriminazione, e qualora il contraffattore, in previsione della concessione della licenza, abbia già adempiuto gli obblighi contrattuali derivanti a suo carico dagli atti di sfruttamento precedentemente compiuti.

2) Nel caso in cui l'abuso di posizione dominante sia ravvisabile nella semplice disponibilità a negoziare del contraffattore:

se, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, siffatta disponibilità a negoziare debba rispondere a specifici requisiti qualitativi e/o temporali. Se il contraffattore possa essere ritenuto disponibile a negoziare quando abbia dichiarato (verbalmente), solo in modo generico, la propria disponibilità ad avviare trattative, o se il contraffattore debba aver già avviato le trattative, indicando ad esempio, in concreto, a quali condizioni è disponibile a concludere il contratto di licenza.

3) Nel caso in cui l'abuso di posizione dominante sia subordinato alla presentazione di una proposta contrattuale incondizionata e accettabile:

se, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, siffatta proposta debba rispondere a specifici requisiti qualitativi e/o temporali. Se la proposta debba contemplare tutte le regole che, di norma, sono contenute nei contratti di licenza stipulati nel settore tecnico considerato. Se, in particolare, la proposta possa essere subordinata alla condizione dello sfruttamento effettivo del brevetto summenzionato oppure della sua validità.

4) Nel caso in cui l'abuso di posizione dominante sia subordinato all'adempimento, da parte del contraffattore, degli obblighi derivanti dalla licenza da attribuire:

prontuario dei comportamenti delle parti in contesa, con richieste e risposte che da esse ci si deve attendere⁵¹.

Si può convenire con chi ritiene che tale approccio puramente procedurale renda l'istituto dei FRAND *commitments* un "comity device", che genera obblighi bilaterali di *fair play* tra i titolari di SEP e i potenziali licenziatari⁵², laddove esso dovrebbe rappresentare un criterio per porre un limite al livello di *royalties* esigibili. E ci si può anche chiedere cosa abbia a che vedere simile approccio con una valutazione concorrenziale, quale quella richiesta⁵³.

se, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, gli adempimenti del contraffattore debbano rispondere a specifici requisiti. Se il contraffattore sia tenuto a dar conto degli atti di sfruttamento compiuti e/o a versare diritti di licenza. Se, eventualmente, il contraffattore possa adempiere l'obbligo di pagamento dei diritti di licenza mediante la prestazione di una garanzia.

5) Se le condizioni alle quali si può ritenere che il titolare di un [BEN] abbia commesso un abuso di posizione dominante siano applicabili anche quando il titolare fa valere in giudizio altri diritti che traggono origine dalla contraffazione (presentazione di dati contabili, richiamo di prodotti, risarcimento dei danni)».

⁵¹ In particolare:

– il titolare del SEP deve preavvisare il presunto contraffattore, informandolo della contraffazione;

– una volta che il presunto contraffattore abbia confermato di voler stipulare un contratto di licenza a condizioni FRAND, il titolare deve trasmettergli una proposta di licenza concreta e scritta a condizioni FRAND, nel rispetto dell'impegno assunto nei confronti dell'organismo di normalizzazione, specificando, in particolare, il corrispettivo e le sue modalità di calcolo;

– il presunto contraffattore deve dare seguito alla proposta ricevuta con diligenza, conformemente agli usi commerciali riconosciuti in materia e alla buona fede, senza porre in essere tattiche dilatorie. Se non la condivide, potrà, entro un breve termine e per iscritto, formulare una controproposta a condizioni FRAND;

– in tale fase, l'eventuale iniziativa del titolare volta ad ottenere un'azione inibitoria o per richiamo di prodotti sarà valutabile come abusiva;

– nel caso in cui il presunto contraffattore utilizzi il brevetto prima della stipulazione di un contratto di licenza, esso è tenuto, a partire dal momento del rifiuto della sua controproposta, a costituire una garanzia appropriata, conformemente agli usi commerciali riconosciuti in materia.

– qualora, in seguito alla controproposta del presunto contraffattore non si pervenga ad alcun accordo sui dettagli delle condizioni FRAND, le parti, di comune accordo, possono chiedere che l'importo del corrispettivo sia determinato da un terzo indipendente che statuisca in termini brevi (par. 68).

⁵² Se ne discute in J.L. CONTRERAS, T.F. COTTER, SANG JO JONG, B.J. LOVE, N. PETIT, P. PICHT, N.V. SIEBRASSE, R. SIKORSKI, M. SUZUKI, AND J. DE WERRA, *The Effect of FRAND Commitments on Patent Remedies*, in B. BIDDLE, J.L. CONTRERAS, B.J. LOVE, N.V. SIEBRASSE (eds.), *Patent Remedies and Complex Products: Toward a Global Consensus* (nt. 6), 176.

⁵³ Si può convenire, cioè, con G. BRUZZONE, *Standard-essential patents and assertion of IPRs: defining the boundaries of abusive use of court injunctions*, slides della Relazione tenuta alla V Intertic Conference on Antitrust Policy, Rome, 16th May 2013, la quale, già consideran-

Si può obiettare che, date le domande, non fosse necessario per la Corte suggerire cosa debba intendersi per condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie. In realtà, ciò non è del tutto vero, perché da esse emerge la necessità di dare un significato concreto all'espressione FRAND e le risposte che si limitano a ripeterla appaiono peccare di tautologia. Come si fa a stabilire se la «proposta debba rispondere a specifici requisiti qualitativi e/o temporali» e se «gli adempimenti del contraffattore debbano rispondere a specifici requisiti» senza descrivere quali siano i principi in base ai quali costruire tali requisiti?⁵⁴

Sul finire del 2020, il LG Düsseldorf ha sollevato una nuova questione pregiudiziale nello stesso ambito. I termini della domanda sono alquanto complessi (ed è un eufemismo...). Mentre la prima parte di essa ruota intorno al tema della concessione di licenze in via preferenziale ai fornitori, la seconda riguarda chiarimenti in merito ai requisiti indicati dalla Corte di giustizia nella pronuncia pregiudiziale ZTE/Huawei⁵⁵.

do i precedenti tedeschi, osservava che «The issue of the conditions under which the SEP holder should obtain an injunction in court proceedings is different from the issue of the application of art. 102». Nello stesso senso, T. KÖRBER, *Kartellrechtlicher Zwangslizenzinwand und standardessentielle Patente*, in *NZKart*, 2013, 104, 251 ss., tale giurisprudenza è contraria al diritto unionale.

⁵⁴ Successivamente alla pronuncia della Corte, il BGH ha più volte applicato i principi in essa dettati. BGH, Urt. v. 5.05.2020, KZR 36/17, si occupa del profilo della non discriminatorietà; BGH, 24 novembre 2020, KZR 35/17 si pone invece, in tutto e per tutto, sulla nota linea della valutazione del comportamento delle parti in causa.

⁵⁵ LG Düsseldorf 26 dicembre 2020 4c O 17/19. La domanda posta alla Corte è la seguente: «A. Besteht eine Pflicht zur vorrangigen Lizenzierung von Zulieferern?

1. Kann ein Unternehmen einer nachgelagerten Wirtschaftsstufe der auf Unterlassung gerichteten Patentverletzungsklage des Inhabers eines Patents, das für einen von einer Standardisierungsorganisation normierten Standard essentiell ist (SEP) und der sich gegenüber dieser Organisation unwiderruflich verpflichtet hat, jedem Dritten eine Lizenz zu FRAND-Bedingungen zu erteilen, den Einwand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung i.S.v. Art. 102 AEUV entgegenhalten, wenn der Standard, für den das Klagepatent essentiell ist, bzw. Teile desselben bereits in einem von dem Verletzungsbeklagten bezogenen Vorprodukt implementiert wird, dessen lizenzwilligen Lieferanten der Patentinhaber die Erteilung einer eigenen unbeschränkten Lizenz für alle patentrechtlich relevanten Nutzungsarten zu FRAND-Bedingungen für den Standard implementierende Produkte verweigert?

a) Gilt dies insbesondere dann, wenn es in der betreffenden Branche des Endproduktevertreibers den Gepflogenheiten entspricht, dass die Schutzrechtslage für die von dem Zulieferteil benutzten Patente im Wege der Lizenznahme durch die Zulieferer geklärt wird?

b) Besteht ein Lizenzierungsvorrang gegenüber den Zulieferern auf jeder Stufe der Lieferkette oder nur gegenüber demjenigen Zulieferer, der dem Vertreter des Endprodukts am Ende der Verwertungskette unmittelbar vorgelagert ist? Entscheiden auch hier die Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs?

È in questa seconda parte che si può forse individuare uno spiraglio che consentirebbe alla Corte di enunciare, finalmente, qualche principio sulla nozione di *royalty* FRAND, sulla base della propria giurisprudenza consolidata in tema di prezzi non equi, e magari spendere qualche parola che indichi una via per sottrarsi alla permanente conflittualità interindividuale che caratterizza la materia.

2. Erfordert es das kartellrechtliche Missbrauchsverbot, dass dem Zulieferer eine eigene, unbeschränkte Lizenz für alle patentrechtlich relevanten Nutzungsarten zu FRAND-Bedingungen für den Standard implementierende Produkte in dem Sinne erteilt wird, dass die Endvertreiber (und ggf. die vorgelagerten Abnehmer) ihrerseits keine eigene, separate Lizenz vom SEP-Inhaber mehr benötigen, um im Fall einer bestimmungsgemäßen Verwendung des betreffenden Zulieferteils eine Patentverletzung zu vermeiden?

3. Sofern die Vorlagefrage zu 1. verneint wird: Stellt Art. 102 AEUV besondere qualitative, quantitative und/oder sonstige Anforderungen an diejenigen Kriterien, nach denen der Inhaber eines standardessentiellen Patents darüber entscheidet, welche potenziellen Patentverletzer unterschiedlicher Ebenen der gleichen Produktions- und Wertungskette er mit einer auf Unterlassung gerichteten Patentverletzungsklage in Anspruch nimmt? B. Konkretisierung der Anforderungen aus der Entscheidung des Gerichtshofs in Sachen Huawei./ ZTE (Urteil vom 16. Juli 2015, C170/13):

1. Besteht ungeachtet dessen, dass die vom SEP-Inhaber und vom SEP-Benutzer wechselseitig vorzunehmenden Handlungspflichten (Verletzungsanzeige, Lizenzierungsbitte, FRAND-Lizenzangebot; Lizenzangebot an den vorrangig zu lizenzierenden Zulieferer) vorgerichtlich zu erfüllen sind, die Möglichkeit, Verhaltenspflichten, die im vorgerichtlichen Raum versäumt wurden, rechtswahrend im Laufe eines Gerichtsverfahrens nachzuholen? 2. Kann von einer beachtlichen Lizenzierungsbitte des Patentbenutzers nur dann ausgegangen werden, wenn sich aufgrund einer umfassenden Würdigung aller Begleitumstände klar und eindeutig der Wille und die Bereitschaft des SEP-Benutzers ergibt, mit dem SEP-Inhaber einen Lizenzvertrag zu FRAND-Bedingungen abzuschließen, wie immer diese (mangels eines zu diesem Zeitpunkt formulierten Lizenzangebotes überhaupt noch nicht absehbaren) FRAND-Bedingungen aussehen mögen?

a) Gibt ein Verletzer, der mehrere Monate auf den Verletzungshinweis schweigt, damit regelmäßig zu erkennen, dass ihm an einer Lizenznahme nicht gelegen ist, so dass es – trotz verbal formulierter Lizenzbitte – an einer solchen fehlt, mit der Folge, dass der Unterlassungsklage des SEP-Inhabers stattzugeben ist?

b) Kann aus Lizenzbedingungen, die der SEP-Benutzer mit einem Gegenangebot eingebracht hat, auf ein mangelnde Lizenzbitte geschlossen werden, mit der Folge, dass der Unterlassungsklage des SEP Inhabers ohne vorherige Prüfung, ob das eigene Lizenzangebot des SEP-Inhabers (welches dem Gegenangebot des SEP-Benutzers vorausgegangen ist) überhaupt FRAND-Bedingungen entspricht, daraufhin stattgegeben wird? c) Verbietaet sich ein solcher Schluss jedenfalls dann, wenn diejenigen Lizenzbedingungen des Gegenangebotes, aus denen auf eine mangelnde Lizenzbitte geschlossen werden soll, solche sind, für die weder offensichtlich noch höchstrichterlich geklärt ist, dass sie sich mit FRAND-Bedingungen nicht vereinbaren lassen?».

4.1. I limiti del ricorso all'art. 101 TFUE.

Pur di fronte all'acclarata incapacità dei *standardization bodies* ad assicurare il rispetto degli impegni FRAND, mai è stato, fino ad oggi, avviato un caso di possibile violazione delle norme *antitrust* nei loro confronti.

Ora, si può discutere sulla correttezza dell'utilizzo dell'art. 102 TFUE per giudicare le dispute individuali tra i titolari di SEPs e gli aspiranti alle relative licenze sulla base dei FRAND *commitments*⁵⁶. Nessun dubbio v'è, invece, che le organizzazioni di standardizzazione debbano operare nel rispetto dell'art. 101 TFUE. La questione è, dunque, se si possano imputare *ex art. 101 TFUE* alle SSOs gli insuccessi dei FRAND *commitments* e se, per rimediare, non sia possibile operare sul piano dell'esenzione *ex art. 101, par. 3*. Come visto, finora la Commissione ha utilizzato come quadro di riferimento il diritto delle intese per "comunicare" con le SSOs, ma non per sanzionarle o per abilitarle (o costringerle) a porre rimedio alle criticità evidenziate a valle del processo di standardizzazione.

Sotto il primo aspetto, non è mancato in dottrina chi si è interrogato sulla possibilità di imputare alle SSOs una violazione del divieto delle intese⁵⁷. È stato, in particolare, rilevato, «The Commission seems to be assuming that FRAND obligations can come into existence only as a result of contract, and not as a result of competition law. That view would be wrong, and directly contrary to what the Commission held in IGR *Stereo television/Salora* and in other cases under Article 101. It disregards the fact that the duty to grant licences on reasonable and non-discriminatory terms is imposed by competition law, in certain circumstances involving patent pools, joint ventures, and standard-setting agreements, whether the parties have expressed such an obligation in their contracts or not. This looks like a fundamental misunderstanding, but it may explain why the guidelines are so ineffective»⁵⁸. La soluzione viene però scartata,

⁵⁶ Sul dibattito relativo alla natura giuridica degli impegni FRAND, si rinvia a V. MELI, *Standard, standardizzazione e applicazione dell'art. 102 Tfu ai conflitti su licenze relative a diritti di proprietà intellettuale*, in questa *Rivista*, 2014, spec. nota 11. Decisamente avverso all'applicazione del diritto *antitrust* nel caso di specie è D. Geradin, del quale si veda, da ultimo, *European Union Competition Law, Intellectual Property law and Standardization*, in J.L. CONTRERAS (ed.), *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law. Competition, Antitrust, and Patents* (nt. 6), 78.

⁵⁷ Si vedano, in particolare, J. TEMPLE LANG, *Eight Important Questions on Standards under the European Competition Law*, in *Comp. Law Int'l*, 2011, 32; S. BARTHELMEß, N. GAUB, *Die Lizenzierung standardessentieller Patente im Kontext branchenweit vereinbarter Standards unter dem Aspekt des Art. 101 AEUV*, in *WuW*, 2010, 626.

⁵⁸ Così J. TEMPLE LANG, *Eight Important Questions on Standards under European Competition Law* (nt. 57), 33.

ritenendosi che la conseguenza che ne deriverebbe (la nullità dell'intero accordo di standardizzazione) non sarebbe né equa (perché il comportamento di singoli membri vanificherebbe gli investimenti di tutti gli altri partecipanti all'accordo), né razionale, visto che ci si troverebbe comunque dinanzi ad uno standard già implementato, che ha già prodotto gli effetti di *lock-in*⁵⁹.

In realtà, a tale spiegazione si può opporre il classico *adducere inconueniens non est solvere argumentum*. Non è la indesiderabilità delle possibili conseguenze (che pure è frutto di una rispettabilissima preoccupazione di *policy*) a poter escludere l'applicazione della norma, bensì proprio la difficoltà di ricondurre alla fattispecie la condotta delle organizzazioni di standardizzazione. Problema questo che, non risolto, rende impraticabile anche l'applicazione di sanzioni meno problematiche, come quella di imporre, sulla stessa base dell'art. 101 TFUE, una licenza obbligatoria a condizioni FRAND al solo soggetto che incorre nel rifiuto, in quanto «Although unilateral, its conduct is governed by the legal consequences of the standard agreement»⁶⁰. Come è stato correttamente rilevato⁶¹, mancherebbe, per l'applicazione dell'art. 101 TFUE, quella collaborazione consapevole tra almeno due imprese richiesta dalla giurisprudenza eurounitaria. Si sanzionerebbero cioè, *ex art. 101 TFUE*, comportamenti individuali, senza cogliere un legame con l'organizzazione, dalla quale, come visto, non si pretende di farsi carico di essi.

In positivo, senza apprestare una sorta di *safe harbour* dall'applicazione del divieto delle intese, non ci si può aspettare che le SSOs (ammesso che ne abbiano la forza) si mettano, per loro decisione autonoma, ad organizzare accordi sulle *royalties* dovute per le licenze⁶².

⁵⁹ Oltre agli autori citati alla nota 57, si veda, in tal senso, P. CHAPPATTE, *Frاند Commitments – The Case for Antitrust Intervention*, in *European Competition Journal*, 2009, 319, 332.

⁶⁰ Si veda ancora J. TEMPLE LANG, *Eight Important Questions on Standards under European Competition Law* (nt. 57), 32. La stessa soluzione è proposta, ma in termini apodittici, da S. BARTHELMEß, N. GAUB, *Die Lizenzierung standardessentieller Patente im Kontext branchenweit vereinbarter Standards unter dem Aspekt des Art. 101 AEUV* (nt. 57).

⁶¹ T. KÖRBER, *Kartellrechtlicher Zwangslizenzienwand und standardessentielle Patente*, in *NZKart*, 2013, 57 (207).

⁶² Secondo M. LIBERTINI, *Brevi riflessioni sulla sentenza Huawei: verso una regolazione delle licenze FRAND di 'Standard Essential Patents'* (nt. 9), «Non si tratterebbe però di un problema insuperabile: potrebbe richiedersi, in proposito, una "constatazione di inapplicabilità" dell'art. 101, ai sensi dell'art. 10, Reg. 1/2003/CE (sostanzialmente corrispondente alla "attestazione negativa" della prassi antitrust ante-modernizzazione). Esperienze di questo tipo si sono avviate, in effetti, negli Stati Uniti, con l'adozione, nel 2015, delle linee-guida di IP Policy dello IEEE (Institute of Electrical and Electronic Engineers), organizzazione titolare di di-

Resta, dunque, da vedere se si possa superare l'inefficace politica di *moral suasion* fin qui tentata dalla Commissione, operando sulle condizioni alle quali viene riconosciuta alle organizzazioni di standardizzazione l'esenzione dall'applicazione del divieto delle intese.

Anche qui sorgono però dei dubbi.

L'istituto dell'esenzione in deroga è concepito come mezzo per salvare accordi che, pur restrittivi (cioè valutabili come illeciti) possono arrecare dei vantaggi in termini di efficienza. Esso mal si attaglia a costituire quadro di riferimento per la attiva promozione di accordi restrittivi. Soprattutto, la scelta, adottata a partire dall'alba del terzo millennio, di sostituire ai regolamenti di esenzione per categorie regolamenti (e relative linee guida) generali (accordi di cooperazione orizzontale, accordi verticali) non pare allo stato reversibile⁶³. Essa, peraltro, si è accompagnata a quella, formalizzata con il regolamento di modernizzazione n. 1/2003, di dare spazio all'autodeterminazione alle imprese, indicandosi le previsioni da non inserire (clausole nere, clausole grigie), ma non più i contenuti espressamente esentate (clausole bianche).

5. Prospettive di un intervento riformatore.

Quale può essere, dunque, la via per approdare ad una più efficiente (e conforme all'interesse pubblico) gestione del rapporto tra titolari di brevetti essenziali per uno standard e produttori/sviluppatori che a quello standard devono conformarsi, nel rispetto delle norme sulla tutela della concorrenza?

Si può, in definitiva, ritenere che solo un intervento regolamentare potrebbe abilitare (*rectius*, costringere) la SSOs a farsi carico della preventiva determinazione delle *royalties* a condizioni FRAND, conducendo ad una anticipata loro collettiva negoziazione in sede di selezione dei DPI da incorporare negli standard. I principi verso la cui osservanza sembrano ormai convergere giurisprudenza e dottrina (vedi *supra*, par. 2) ben si prestano, d'altronde, a consentire una determinazione preventiva delle *royalties*.

Questo appare, allo stato, il solo mezzo per «muovere verso una gestione collettiva dei SEP, opportunamente regolata», anziché, come si è preferito, «spostare l'approccio antitrust del fenomeno sul terreno, tipicamente sanzio-

versi importanti standard; ma l'iniziativa ha suscitato forti critiche da parte delle principali imprese interessate».

⁶³ Si veda ancora, in senso assai critico verso questa rinuncia nel caso di specie, M. LIBERTINI, *Brevi riflessioni sulla sentenza Huawei: verso una regolazione delle licenze FRAND di 'Standard Essential Patents'* (nt. 9).

natorio, del divieto di abuso di posizione dominante; con la conseguenza di una moltiplicazione di procedimenti per abuso e dell'accettazione dell'idea di una rete di posizioni dominanti fra loro interferenti»⁶⁴. Quanto meno, la litigiosità a valle della selezione dello standard sarebbe limitata ai casi di titolari di SEPs non dichiarati all'atto dell'adozione dello standard⁶⁵.

I segnali che si possono cogliere nel contesto istituzionale sono però ambigui.

Come si ricorderà, con la Comunicazione del 2020⁶⁶, la Commissione affermava che «prenderà in considerazione riforme volte a chiarire e migliorare ulteriormente il quadro che regola la dichiarazione e la concessione di licenze per i brevetti nonché il rispetto degli stessi».

Con decisione del 5 luglio 2018⁶⁷, la Commissione aveva intanto deciso di nominare un gruppo di 15 esperti, il cui compito era, tra l'altro, «to assist the Commission in the monitoring of SEP licensing markets to inform any policy measures that may be required for ensuring a balanced framework for smooth, efficient and effective licensing of SEPs».

Dal lavoro di tale Gruppo, pletorico nel numero dei suoi componenti e fonte di perplessità sulla sua effettiva composizione⁶⁸, è scaturito, nel gennaio 2021, un ponderoso documento, dal poco rassicurante titolo di *Contribution to the Debate on SEPs*⁶⁹, che rispecchia, in realtà, il fatto che esso non propone per le diverse questioni soluzioni unitarie, ma piuttosto gruppi di opinioni dif-

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Come rilevato da N. PETIT, *EU Competition Law Analysis of FRAND Commitments* (nt. 49), spec. 301 s., la stessa impostazione basata sui FRAND commitments fa sì che ne restino fuori sia le *patent assertion entities* (PAEs), sia le *non-practicing entities* (NPEs). In linea di massima, entrambe le categorie sono riconducibili al fenomeno dei brevetti acquisiti non per svilupparli, ma per lucrare agendo contro i supposti contraffattori.

⁶⁶ Si veda nota 43.

⁶⁷ Brussels, 5 July 2018 C(2018) 4161 final, *setting up a group of experts on licensing and valuation of standard essential patents*.

⁶⁸ Il Gruppo, selezionato attraverso una *public call*, doveva comprendere per almeno due terzi esperti selezionati «in personal capacity», che avrebbero dovuto agire «independently and in the public interest» e, per il resto, «individuals appointed to represent a common interest shared by stakeholders involved in activities related to licensing and/or valuation of SEPs». Orbene, se, alla fine un solo componente risulta ascritto alla seconda categoria, sull'indipendenza di alcuni dei membri annoverati nella prima si può esprimere più di un dubbio, considerato che tra di essi compaiono il Chief Licensing Officer di Audi AG, il Direttore IPR Marketing di Robert Bosch GmbH, la Vicepresidente di Ericsson AB ...

⁶⁹ Group of Experts on Licensing and Valuation of Standard Essential Patents 'SEPs Expert Group', *Contribution to the Debate on SEPs*, January 2021. È disponibile anche un sintetico *Executive summary*.

ferenti (e vede allegata anche una *dissenting opinion* della rappresentante di Ericsson).

Certo, c'è da chiedersi se per ottenere l'ennesimo contributo al dibattito fosse necessario nominare un apposito gruppo di esperti esterni, ma di qualche interesse, nel documento, è la parte sui *patent pools*, se non altro perché conferma la necessità di approdare a sistemi di negoziazioni collettive delle licenze⁷⁰.

Sulla vantaggiosità della loro formazione sembra esservi, infatti, una generale concordia, salvo il manifestarsi di tre visioni diverse in merito alle modalità per renderli «even more attractive».

La conclusione è che «joint licensing by patent pools reduces transaction cost for both licensor and licensees. Some members consider that transaction costs could be further reduced if implementers were allowed to form groups to jointly negotiate licenses on behalf of their group members. The mechanism and controls to form and operate these license control groups in compliance with the relevant competition rules would need to be developed».

V'è dunque da sperare che, nell'ovvio rispetto dei principi del diritto della concorrenza, ma con strumenti che esonerino i privati dal doversi districare tra le insidie di questo, la Commissione faccia seguito al suo annuncio di riforme del sistema, per farsi promotrice dell'adozione di un atto normativo che favorisca la formazione di gruppi all'interno dei quali procedere alla negoziazione collettiva delle licenze già in sede di selezione degli standard.

⁷⁰ Ciò senza nascondersi che i *patent pools* presentano, a loro volta, numerosi problemi. Se ne veda un ampio studio in J. LERNER, J. TIROLE, *Standard-Essential Patents* (nt. 10).

The “Non-discrimination” portion of the FRAND obligation: an EU perspective

La porzione “n-d” dell’impegno FRAND: una chiave di lettura europea

Emanuela Arezzo *

ABSTRACT:

This contribution is aimed at exploring what is the right role the “ND” portion within the FRAND commitment should play when determining if a certain license is indeed not FRAND. The literature on the subject is indeed broad, but this aspect has largely been downplayed, mostly relegated to the role of a nuance of the overall test aimed at determining when the royalty level can be said to be fair and reasonable. A valuable help to this purpose will be found in the recent EU jurisprudence on discriminatory conduct pursuant to art. 102, lett. c) TFEU where the Court has recently shed some lights on the concept of competitive disadvantage as direct consequence of the discrimination.

Keywords: patent; dominance; abuse; preliminary injunction; standard essential patent; standard; discriminatory conduct; price discrimination; excessive prices

Il presente saggio si propone di affrontare il tema del valore da attribuire alla porzione “ND”, relativa alla “non discriminatorietà”, in seno all’obbligo del titolare di un brevetto essenziale di concedere licenza secondo termini FRAND. Nonostante, invero, la letteratura sul tema sia vasta, tale aspetto ha ricevuto scarsa attenzione ed è stato spesso analizzato come corollario del più ampio concetto di canone di licenza giusto (fair) e ragionevole (reasonable). In particolare, il saggio tenterà di estrapolare qualche utile spunto interpretativo dalla più recente giurisprudenza europea in materia di condotte discriminatorie ex art. 102, lett. c) TFUE, in cui la Corte di Giustizia ha meglio delineato il concetto di svantaggio competitivo cui deve essere assoggettata la controparte contrattuale dell’impresa dominante, come conseguenza diretta della condotta abusiva.

Parole chiave: brevetto; dominanza; abuso; ingiunzione preliminare; brevetto essenziale; standard; condotta discriminatoria; discriminazione di prezzo; prezzi ingiustificatamente gravosi

* Associate Professor in Commercial Law, University of Teramo, School of Law; holder of the ASCOLA chair for Italy, coordinator of the master degree in Law, Economics and Strategy of the Firm; e-mail: earezzo@unite.it.

TABLE OF CONTENTS:

1. The treatment of discriminatory practices in EU competition law provisions. – 1.1. The requirement of comparable transactions in EU competition law. – 1.2. The element of competitive disadvantage. – 1.3. Clarification of the nature and proof of the “competitive disadvantage” element. – 2. The peculiar case of SEPs. – 3. The “ND” part of the FRAND commitment. – 4. LTA vs. ATA and the implications for 5G standards and IoT technologies. – 4.1. General vs. Hard-edged discrimination. – 5. Conclusion.

1. The treatment of discriminatory practices in EU competition law provisions.

The principle of non-discrimination is a core one within the law of the European Union. Articles 2 and 3 of the TEU make clear that the EU is founded on values of democracy and equality, where every form of discrimination will be fought against¹. The right of an individual not to be discriminated against has been further recognized as a fundamental one by Article 21(1) of the Charter of Fundamental Rights.

According to the EU Courts, especially within the framework of the case law developed around the Charter of Fundamental Rights, the non-discrimination principle would be a particular expression of the more general principle of equality (contained in art. 20)², the latter demanding that comparable situations must not be treated differently and that different situations not be

¹ See at this regard also art. 8 and 19 of the TFEU establishing that the Union shall aim to eliminate inequalities and that the Council may take all appropriate measures to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation.

² See Judgment of the Court, 5th Chamber, 22 May 2014, *Glatzel v. Freistaat Bayern*, C-356/12, in 3 *Common Market L. Rev.* 52, 2014, § 43; Judgement of the General Court, 4th Chamber, 20 November 2017, *Petrov*. Case T-452/15, §§ 53-54, stating that art. 21 of the Charter “[...] is a particular expression of the principle of equal treatment [...] and both that principle and the prohibition of any discrimination are simply two labels for a single general principle of law, which prohibits both treating similar situations differently and treating different situations in the same way unless there are objective reasons for such treatment (judgment of 27 January 2005, *Europe Chemi-Con (Deutschland) v Council*, C-422/02 P, EU:C:2005:56, paragraph 33)”. See E. FRANTZIOU, *The Horizontal Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU: Rediscovering the Reasons for Horizontality*, in *Eur. L. J.*, 21, 5, 2015, 657-679; M. DE MOL, *The Novel Approach of the CJEU on the Horizontal Direct Effect of the EU Principle of Non-Discrimination: (Unbridled) Expansionism of EU Law?*, in *Maastricht J. Eur. Comp. L.*, 18, 1-2, 2011, 109-135.

treated in the same way³, unless such treatment is objectively justified⁴.

As far as competition law is concerned, it is well known that both Articles 101, 2° , lett. d) and 102, 2° , lett. c) of the TFUE prohibit conduct whereby two or more undertakings jointly or a single dominant firm apply «[...] dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage»⁵. The provisions have been interpreted as prohibiting discriminatory practices, on *any* grounds⁶, provided that the discrimination would exert a (negative) *commercial* impact toward one or more firms acting at the same or at different levels of the production chain. Clearly, the conduct is prohibited, provided that there is not an objective justification for the discriminatory conduct⁷.

Abusive conduct prohibited by the EU competition law provisions are punished when they affect trade between member States, the theory of harm being construed as either direct prejudice to consumers or, more broadly, as the disruption of the competitive structure of the market⁸. It is interesting to notice,

³ According to J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, London, 1992, 564, the concept of treating in the same manner like matters first appeared in the Court of Justice jurisprudence in the joined cases C 7-54 and C 9-54, 23 April 1956, *Groupement des Industries Sidérurgiques Luxembourgeoises v High Authority of the European Coal and Steel Community*, 187, 197, 201, which, incidentally, was precisely about the concept of discrimination with regard to prices hereby discussed in the following. More recently see Judgment of the Court, Grand Chamber, 14 September 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd v European Commission*, C-550/07, in *Common Market L. Rev.* 581, 2011, § 54.

⁴ Cfr: *Glatzel v. Freistaat Bayern*, quoted (fn. 2), § 43 where the Court specified that “[...] A difference in treatment is justified if it is based on an objective and reasonable criterion, that is, if the difference relates to a legally permitted aim pursued by the legislation in question, and it is proportionate to the aim pursued by the treatment concerned (Case C-127/07 *Arcelor Atlantique and Lorraine and Others* EU:C:2008:728, paragraph 47, and Case C-101/12 *Schaible* EU:C:2013:661, paragraph 77)”.

⁵ See for a general introduction R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*⁸, 2015, 183-225, 721-809.

⁶ See *Décision de la Commission, du 2 juin 1971, IV/26 760, GEMA*, And indeed, in *GEMA*, the collecting society discriminated, among other things, on the ground of nationality.

⁷ A. JONES, B. SUFRIN, *EU Competition Law*², Oxford, 2001, 421.

⁸ It is a firm principle of the European case law on art. 102 that its purpose is not limited to sanction practices that may cause damage to consumers directly, but also those which are detrimental to them by hampering the competitive structure of the market. See, General Court, Judgment of 30 January 2007, T-340/03, *France Telecom SA v. Commission*, 2008, 677, § 266; European Court of Justice, Judgment of 17 February 2011, C-52/09, *Konkurrensverket v. Teli-aSonera Sverige AB*, in *Comp. Market L. Rev.*, 4, 18, 2011 § 24; European Court of Justice,

however, that in the specific case of discriminatory practices, the very same provision (i.e. 102, 2°, lett. c) of the TFUE) requires *as an explicit consequence of the conduct* that trading partners are placed at a competitive disadvantage. This specification has important implications because it suggests not only that this type of conduct must target trading partners of the dominant firm and not consumers⁹, but it is specifically demanded that the theory of harm must be construed around the position of the undertaking that has been target of discriminatory practices (to see whether she has suffered (or is likely to suffer) any harm – *literally* a competitive disadvantage because of the discrimination)¹⁰.

While the framework above seems to suggest that discriminatory practices would mostly fall into the category of exclusionary conducts, aimed at pursuing the *foreclosure* of competitors, it must be underlined that where the discriminatory conditions affect the prices imposed to different commercial counterparts, such conduct could also take the nuances of an exploitative abuse, where the dominant firm tries to extract from each single commercial partner the maximum amount she is willing to pay in order to get the desired product, item, input and so on.

In such a case, as happens indeed in the case of *FRAND* licenses¹¹, the issue of discrimination overlaps with the issue of excessive pricing, as normally the discrimination takes the form of a higher price to be paid by certain counterparts as compared to the one price to be paid by others¹².

Judgment of 16 September 2008, joined cases C-468/06 to C-478/06, *Sot. Lélos kai Sia and others v. GlaxoSmithKline AVEE*, § 176; European Court of Justice, Judgment of 15 March 2007, C-95/04, *British Airways Plc. V. Commission*, § 106.

⁹ See, however, M. Libertini noting that the literal reading of this provision must not lead to conclude that all discriminatory conduct towards consumers are always to be deemed lawful. See M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milan, Giuffrè, 2014, 326.

¹⁰ In this sense see G. OLIVIERI, F. GHEZZI, *Diritto Antitrust*², Turin, Giappichelli, 2019, 224, according to which the goal of this specific provision would be to impede that the dominant firm use its bargaining power to discriminate against some parties in order to favour certain others, maybe because the latter happen to share with it some other business or could be part of the same group.

¹¹ See *infra* § 2 and 3.

¹² Price discrimination has been defined as the practice of selling units of identical goods to different customers, at various price-levels not in the same ratio to marginal costs, cfr. G. J. STIGLER, *Theory of price*², New York, 1987, 206. For a general introduction to the issue see OECD, *Price Discrimination – Background Note by the Secretariat*, DAF/COMP(2016)15.

1.1. *The requirement of comparable transactions in EU competition law.*

The analysis of the EU jurisprudence with regard to discriminatory conduct has developed around the concept of comparable transactions and the concept of competitive disadvantage.

The comparability of transactions is crucial to assess the anti-competitive nature of the practice, as indeed a difference in the terms and conditions offered could find justification in the fact that the different counterparts are indeed not comparable because, for example, the undertakings are different in structure and size, they operate at different levels of the production chain, or they are located in different regions or Member States where there could be different market conditions, different sectoral regulations, etc.

In a quite old decision on practices prohibited by Art. 60, 1^o, second indent, of the Treaty, in the common market for coal and steel, the Commission clarified that for transactions to be deemed comparable a) they ought to be concluded with purchasers who compete with one another, or who produce the same or similar goods, or who carry out similar functions in distribution, b) they ought to involve the same or similar products, and in addition, it demanded that c) there ought not to be other relevant commercial features that essentially differ¹³.

This line of reasoning has been then followed in later and more recent cases where the analysis of whether the commercial conditions were indeed discriminatory has been pursued by taking into account whether the commercial partners receiving the different offers were indeed situated in a comparable position on the market¹⁴.

¹³ See Art. 3 of the 72/440/ECSC: Commission Decision of 22 December 1972, amending Decision No 30-53 of 2 May 1953, on practices prohibited by Article 60 (1) of the Treaty in the common market for coal and steel.

¹⁴ See for example, Court Judgment of 24 October 2002, C-82/01 P, *Aéroports de Paris v. European Commission and Alpha Flight Services SAS*, confirming the *General Court (Third Chamber) Judgment of 12 December 2000, T-128/98, Aéroports de Paris/Commission*, stating that “[...] both types of ground-handling services must be taken into account for the purpose of ascertaining whether the fees are discriminatory.” § 216. See also Judgment of 9 September 2009, *Clearstream, Banking AG v. Commission*, T-301/04, *Comp. Market L. Rev.*, 5, 24, §§ 159-190.

1.2. *The element of competitive disadvantage.*

The milestone case dealing with discriminatory practices in the EU is the very well known *United Brands* case¹⁵. As known, UBC used to charge different selling prices for the very same good (i.e. bananas with identical features and branded with the same trademark) to distributors/ripeners located in different Member States. According to the Court, not only was UBC gaining extra profits by charging discriminatory prices to some distributors, but such prices were also excessively high, as they had been wrongly calculated by leaving out one stage of the chain (i.e. the very same distributors) and by just taking into account the interaction between demand and supply between the vendor and the ultimate consumer¹⁶. In this case, however, the distributors were not competing among themselves, as the markets where the bananas were sold were indeed national. Hence, strictly speaking, there was not a competitive disadvantage of distributors intended as the diminished capability to compete among themselves, but rather an economic prejudice for the ones charged more, as compared to the others who would buy the same identical goods at a far more convenient price.

Surely, the overall conclusion of the Court, in this case, was heavily influenced by the summing up of all conduct contested to UBC and, in particular, by the so called “green banana clause” having the effect of impeding exportation of the product from one Member States to another, pre-empting arbitrage, with the ultimate consequence of fortifying national barriers, against the goal of creating an EU internal market. However, in this case, the element of the competitive disadvantage was largely ignored¹⁷, and the finding of abuse merely rested on the discriminatory treatment in terms of prices for equivalent transactions (i.e. the selling of the very same product) to similarly situated customers (distributors facing the same unloading and transportation costs). In other subsequent decisions, the EU Courts have seemingly ignored the element of the competitive disadvantage and have been contented with a finding that the discriminatory conduct would – or be likely to – cause a distortion of competition¹⁸.

¹⁵ Court Judgment of the 14 February 1978, C 27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities, Chiquita Bananas*, ECR [1978]-207.

¹⁶ Cfr. *United Brands* (fn. 15), § 230.

¹⁷ A. JONES, B. SUFRIN, (fn. 7), 351.

¹⁸ See, for example, Judgment of 21 October 1997, T 229/94, *Deutsche Bahn AG v. Com-*

In 2007, the European Court of Justice rendered its sentence on the *British Airways v. Commission* case¹⁹. At that time, the debate on the “more economic” approach to Art. 82 (then) of the Treaty was a front issue²⁰, and the Court slowly began to endorse a different position on the issue of discriminatory conduct.

In the opening of the judgment, the Court restated the principle that “The specific prohibition of discrimination in subparagraph (c) of the second paragraph of Article 82 EC forms part of the system for ensuring, in accordance with Article 3(1)(g) EC, that competition is not distorted in the internal market”²¹. However, in the following paragraphs, the Court added that for the conditions set for in Art. 102, 2°, subparagraph c) to apply “[...] there must be a finding not only that the behaviour of an undertaking in a dominant market position is discriminatory, but also that it tends to distort that competitive relationship, in other words: *to hinder the competitive position of some of the business partners of that undertaking in relation to the others*” (italics added)²².

The Court is not very clear in its wording about whether it believes that distortion of competition should result or not in an impairment of competition in the market segment where the discriminated company competes with similarly situated market operators or in relation to her competitive relation vis-à-vis the dominant firm²³. Nonetheless, in another significant point of the rul-

mission of the European Communities, ECR-II-1689, in *Comp. Market L. Rev.*, 4, 1998, 220, later confirmed by the Court of Justice with the Judgment of 27 April 1999, C-436/97, *Deutsche Bahn AG v. Commission*, in *Comp. Market L. Rev.* 5, 1999, 776, where the General Court concluded that «[...] an undertaking may not apply artificial price differences such as to place its customers at a disadvantage and to distort competition”, treating the latter two elements as if they meant the same thing».

¹⁹ *British Airways Plc. V. Commission*, (fn. 8).

²⁰ For an extensive review of such debate E. AREZZO, *Is there a Role for Market Definition and Dominance in an effects-based Approach?*, in M-O. MACKENRODT, B.C. GALLEGU, S. ENCHELMAIER (eds.), *Abuse of Dominant Position: New Interpretation, New Enforcement Mechanisms?*. MPI Studies on Intellectual Property, Competition and Tax Law, 5, Berlin, Heidelberg, Springer, 2008, 21 ff., 23-27, *sub nt.* 1-25, and G. GHIDINI, E. AREZZO, *L'assalto fallito? Riflessioni sulla proposta rivisitazione della disciplina dell'abuso di posizione dominante in chiave “più economica” e sulla Comunicazione della Commissione riguardante l'applicazione dell'art. 102 del Trattato CE alle pratiche escludenti*, in L.A. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI (eds.), *Diritto Mercato ed Etica*, Milan, Egea, 2010, 525 ff., 527-528, *sub nt.* 8-11. See also P. IBÁÑEZ COLOMO, *Beyond The “More Economics-Based Approach”: A Legal, Perspective On Article 102 TFEU Case Law*, in *Common Market L. R.*, 53, 2016, 709.

²¹ *British Airways Plc. V. Commission*, (fn. 8), § 106.

²² *Ibidem*, § 144.

²³ The Court indeed stresses that “the commercial behaviour of the undertaking in a domi-

ing, the Court seemed to embrace a clear stance against the so called *effects-based approach*, when it held – rejecting the plea of the party – that the finding of abuse for this specific type of conduct does not further requires proof of “[...] an actual quantifiable deterioration in the competitive position of the business partners taken individually”²⁴. A rather conservative approach which emerged again in a later judgement of the General Court when it was similarly held, by way of presumption, that “[...] the application to a trading partner of different prices for equivalent services continuously over a period of five years and by an undertaking having a de facto monopoly on the upstream market could not fail to cause that partner a competitive disadvantage”²⁵.

1.3. Clarification of the nature and proof of the “competitive disadvantage” element.

The issue of how to properly construe the element of the competitive disadvantage within a unilateral discriminatory conduct has been recently discussed in great length by the Court of Justice thanks to a preliminary ruling lodged by the Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Competition, Regulation and Supervision Court, Portugal). The case concerned the alleged discriminatory conduct pursued by the Portuguese Collecting Society for neighboring rights (Cooperativa de Gestão dos Direitos dos Artistas Intérpretes ou Executantes) “GDA” who had apparently set different terms and conditions – and in particular a higher royalty rate – to MEO, an entity which provided a paid television signal transmission service and television contents, as compared to the one practices to its competitor NOS Comunicações SA (“NOS”)²⁶.

The case was set aside by the Portuguese CA who, after an in-depth analysis of the market, and relying on costs, income and profitability structures of the retail offerings of the television signal transmission service and television content, concluded that the tariff differentiation did not have any restrictive effect on MEO’s competitive position, and lacking proof that the discriminato-

nant position may not distort competition on an upstream or a downstream market, in other words between suppliers or customers of that undertaking”, but then immediately adds that “co-contractors of that undertaking must not be favoured or disfavoured in the area of the competition which they practice amongst themselves”. *Ibidem*, § 143.

²⁴ *Ibidem*, § 145.

²⁵ See, *Clearstream Banking AG v. Commission*, (fn. 9), § 194.

²⁶ See Court Judgement of 19 April 2018, C-525/16, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA v. Autoridade de Concorrência*.

ry conduct would *actually* put one or more undertaking at a competitive disadvantage no distortion of competition could be assumed (hence there could be no abuse of dominance). MEO appealed, arguing that the approach of the CA was flawed, insofar as it examined whether there had been a significant and quantifiable distortion of competition, in terms of actual harm suffered by the discriminated firm, whereas the EU case law had just asked that the discriminatory conduct be capable of distorting competition on the relevant market²⁷. Despite finding the NCA discourse sound and reasonable, the referring Court was not entirely convinced by such straightforward application of the effects-based approach to unilateral discriminatory conduct and its compatibility with the EU jurisprudence. Therefore it lodged a preliminary ruling.

In its judgement, the Court of Justice referred to a great extent to its previous ruling in *British Airways*; it clarified, however, some significant features. First of all, the Court explained that it is not necessary for a finding of abuse pursuant to Art. 102, 2°, lett. c) that the abusive conduct has any impact whatsoever on the competitive position of the dominant firm “[...] on the same market in which it operates, compared with its own potential competitors”²⁸. With this, the Court clarified that the competitive disadvantage suffered by the discriminated commercial partners needs not to translate into a competitive advantage to be gained by the dominant firm and that, therefore, the abuse can only be referred to second line discrimination cases²⁹. Further, the Court clari-

²⁷ *Ibidem*, §§ 13-14.

²⁸ *Ibidem*, § 24.

²⁹ Unlawful price discrimination may alternatively take the form of (1) a primary line injury (exclusionary conduct), when the discrimination is targeted at the competitor’s customers in a way to drive the competitor out of the market (typically undercutting his prices) or (2) a secondary line injury (exploitative/distortionary conduct), when it targets a downstream customer, hampering its ability to compete with its rivals by either imposing him an excessive price or somehow by favouring his competitors. Broadly on the subject M. MOTTA, *Competition Policy – Theory and Practice*, Cambridge, CUP, 2004, 493. Pursuant to a widespread doctrinal understanding, art. 102, 2°, c) clearly aims at regulating second-line discriminations (exploitative/distortionary) where trading partners of the dominant firms compete among themselves. See D.J. GIFFORD, R.T. KUDRLE, *The Law and Economics of Price Discrimination in Modern Economies: Time for Reconciliation?*, in *U.C. Davis L. Rev.*, 43, 2010, 1235-1293, 1272-1276, available at https://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/358. Accordingly, the European Court of Justice has been criticized for misusing art. 102, 2°, c) to punish first-line discrimination cases, such as fidelity rebates (See Court Judgment of 13 February 1979, C 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities*, § 90), whereas such provision is clearly aimed at punishing only second-line price discrimination. See at this regard D. GERADIN, N. PETIT, *Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a case-*

fied that, in such specific circumstances, the concept of competitive disadvantage ought to be interpreted to cover a situation where the behaviour is capable of distorting competition between *those trading partners*³⁰. It is important to note that the Court specifically asked for the trading partners operating downstream to be direct competitors (the Court talked about “discrimination between trade partners *which are in a competitive relationship*”).

With specific regard to *price* discrimination practiced by the dominant firm on operators competing in a downstream market, the Court further argued that “[...] the mere presence of an *immediate disadvantage affecting operators who were charged more*, compared with the tariffs applied to their competitors for an equivalent service, does not, however, mean that competition is distorted or is capable of being distorted”³¹. And indeed, the difference in pricing conditions could find an objective justification in the different (economic, financial, structural) position of the competing firms.

According to the Court, while there was no need to prove any actual, quantifiable deterioration in the position of the discriminated partner³², the concept of competitive advantage rested on an analysis that must take into account all the relevant circumstances of the case and should hinge on the assessment that the conduct has “an effect on the costs, profits or any other relevant interests of one or more of those partners so that that conduct is such as to affect that situation”³³.

2. *The peculiar case of SEPs.*

A standard-essential-patent is a patent insisting on a teaching, often a sliver of technology, that forms a standard³⁴. While sometimes standards emerge *de facto*, as a result of a natural process within the market whereby consumers

by-case Approach, GCLC Working Paper 07/05, 2005, 9-10, at https://www.coleurope.eu/system/files_force/research-paper/gclc_wp_07-05.pdf.

³⁰ See *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia, SA v. Autoridade de Concorrência*, (fn. 26), § 37. Note that the Court specifically mandates that those trading partner must be in a competitive relationship.

³¹ *Ibidem*, § 26.

³² *Ibidem*, §§ 27, 37.

³³ *Ibidem*, § 37.

³⁴ For a complete overview of all possible types of standards see M. DOLMANS, *Standards for standards*, in *Fordham Int. L. J.* 26, 2002, 163, 164.

gradually gather all around the same product³⁵, often market participants themselves recognize the importance to elicit together a standard to be commonly adopted within the industry³⁶. In this latter case, specific entities are created – so called *standard setting organizations* (i.e. SSO) – which will deal with the standardization process and make sure that the best technology is selected and that it is then accessible to all market participants³⁷. This precisely because, although not *legally* binding, conformity to such standards becomes extremely valuable to manufacturers willing to produce standard-compatible devices, as their products would be far less appealing to consumers when not standard-compliant (think of a new generation smartphone only capable of connecting to GSM technology)³⁸. When access to the standard becomes then

³⁵ As a further consequence, the presence of standard compatible products will make the standard even more appealing to consumers who will keep aligning to it. The literature on direct and indirect network effects is vast. Among the most relevant studies see: M.L. KATZ, C. SHAPIRO, *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, in *Am. Econ. Rev.*, 75, 1985, 424; C. SHAPIRO, H.R. VARIAN, *Information Rules, A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business School Press, 1999; M.A. LEMLEY, D. MCGOWAN, *Legal Implication of Network Economic Effects*, in *Calif. L. Rev.*, 86, 1998, 479; J. FARREL, M.L. KATZ, *The Effects of Antitrust and Intellectual Property Law on Compatibility and Innovation*, in *Antitrust Bull.* 43, 1998, 609.

³⁶ On the benefits coming from standardization in terms of enhanced interoperability, improved products quality, lower risks for consumers to stay locked-into a technology which rapidly becomes obsolete, increased downstream competition (i.e. in the market of standard-compatible devices), see P. CHAPPATTE, *Frاند commitments – the case for antitrust intervention*, in *Eur. Comp. J.*, 2009, 319, 322 ff. Similarly, A. JONES, *Standard-essential patents: FRAND commitments, injunctions and the smartphone wars*, in *Eur. Comp. L. J.I.*, 1, 2014, 3 (also stressing that standardization may facilitate competition among producers by reducing wasteful spending on technology and lowering costs for consumers). Standardization, however, also carries downsides. Competition between standards, indeed, surely spurs innovation. R. GRASSO, *The ECJ ruling in Huawei and the right to seek injunctions based on FRAND-encumbered SEPs under EU competition law: one step forward*, in *World Comp.*, 39, 2016, 213, 218; R.P. MERGES J.M. KUHN, *An Estoppel Doctrine for Patented Standards*, in *Calif. L. Rev.*, 97, 1, 2009, 7 ff.

³⁷ For a description of how the standardization process works within an SSO see A. LAYNE-FERRAR, A.J. PADILLA, *Assessing the Link Between Standard Setting and Market Power*, March 2012, <http://ssrn.com/abstract=1567026>, 5 ff.

³⁸ At this regard, see *Communication from the Commission, Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*, OJ C 11, 14 January 2011, 1-72, § 266 where it explains that “[...] standards requiring that a particular technology is used exclusively for a standard or preventing the development of other technologies by obliging the members of the standard-setting organisation to exclusively use a particular standard, may lead to the same effect” (i.e. risk of emer-

essential to compete in the market, control – thanks to IPRs – on such technologies becomes the key to open the door to a wide stream of profits, as all manufacturers will need a license from the IPRs insisting on the standardized product or technology³⁹.

In order to avoid opportunistic behaviours by SEP holders, both in the phase before the standard has been selected and after⁴⁰, many SSOs have adopted detailed IPRs policies which compel their members to i) timely disclose the holding of patent(s) that might insist on a technology considered to be chosen as standard or to be further developed to become a standard; ii) endorse a duty to license such rights, to whomever interested, on *fair, reasonable and non-discriminatory* conditions (so called FRAND terms)⁴¹. The duty to disclose should eliminate the risks of so called *patent ambush*, as it happened in the *Rambus* case⁴², while the commitment to license should eliminate the risk that the SEP holder incurs in unfair and abusive conduct. In fact, the requirement of fairness and reasonableness clearly aims at preventing exploitative unilateral abuses in the form of excessively high royalty rates and unfair trading conditions⁴³, which the SEP holder might try to impose on third

gence of barriers to entry for competitors and exclusion from the market, to the detriment of innovation).

³⁹ R. GRASSO, *The ECJ ruling*, (fn. 36), 221.

⁴⁰ Standard setting process involves several decisions to be jointly taken by SSO members, to select each technical contribution to form the standard technology. Competing technical contributions come from the very same SSO members who, in parallel with the standardisation process, conduct their own research and file patent applications to protect their innovations. Given the increased value patents gain once their underlying technology is selected to be part of a standard, many firms are lead to engage in opportunistic behaviors which have been defined as “just-in-time patents”, meaning that they use to file patents, often of low quality, right before a standardization meeting takes place in order to participate to the meeting to the sole purpose of negotiating the inclusion of their technology in the standard. See B. KANG, E. BEKKERS, *Just-in-time patents and the development of standards*, in *Research Policy*, 44, 2015, 1948.

⁴¹ See the *General Guidelines for the Co-operation between CEN, CENELEC and ETSI and the European Commission and the European Free Trade Association*, signed on 28 March 2003, [2003] OJ C91, 5, where it is established that SSOs «Ensure that all interested parties have access to standards, by broad provision of information on their availability, and by ensuring that standards, including any intellectual property rights (IPRs) they might contain, can be used by market operators on fair, reasonable and non-discriminatory conditions».

⁴² Commitment’s Decision, 9 December 2009, COMP/38.636, *Rambus*, *FAQ Press Release on the Rambus commitments decision*, MEMO IP/09/544.

⁴³ See at this regard J. KATTAN, *FRAND Wars and Section 2*, in *Antitrust*, 27, 2, 2013, 30, 32, observing that while the FRAND commitment is an obligation to accept a royalty that is

parties, and the element of non-discrimination should imply a duty not to apply dissimilar conditions to equivalent transactions: i.e. not to discriminate in setting licensing conditions and royalty rates among different implementers⁴⁴. While it is dubious whether such obligations can refrain strategic behaviours of firms overstating the essentiality of their rights to the standard⁴⁵, especially in the case of low quality patents, the obligation to license at FRAND terms clearly curtails a good portion of the excluding powers stemming from patent rights, as SEP holders basically accept the fact that they cannot refuse licensing their rights to third parties⁴⁶.

Now, technology markets are populated by two types of firms: i) firms (solely) active in such (upstream) markets, whose goal is profit maximization throughout licensing of the technology, and ii) vertically integrated firms also active both in the upstream technology market and in one (downstream-) related market, deriving majority of profits from the sale of the end products in the latter market⁴⁷. In both cases, discrimination could easily occur. In the latter scenario, the vertically integrated firm could find profitable to license on terms which are not FRAND (typical example of an excessively high royalty) to a company who happen to be his direct competitor in the downstream market. Here, as hinted, the issue of discrimination overlaps with the issue of ex-

reasonable in light of the available *ex ante* technological alternatives, a SEP holder breaching the commitment will seek royalties whose rate reflects the absence of *ex post* alternatives.

⁴⁴ See P. CHAPPATTE, *Frاند commitments – the case for antitrust intervention*, in *Eur. Comp. J.*, 2009, 319, 333.

⁴⁵ On this point, see E. AREZZO, *Brevetti essenziali, dominanza e abuso nel settore delle information and communication technologies*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 926, 935 ff.

⁴⁶ See J. KATTAN, (fn. 43), 31, explaining that by accepting the FRAND commitment, the firm accepts to surrender significant legal rights: namely, i) her right to refuse to license the patented technology, hence to enjoin any willing licensee, and ii) to set supra competitive royalties. Also, Kattan observes that the essence of a FRAND commitment is a promise to forgo the ability to control price and exclude competition that otherwise would be created by a patent's incorporation into a standard. *Ibidem*, 33.

⁴⁷ In the aforementioned Guidelines on horizontal co-operation agreements, where the Commission explains that while for upstream-only companies the only source of income is licensing revenue and their incentive is to maximise their royalties, vertically integrated companies have mixed incentives. In fact, on the one hand, they can draw licensing revenue from their IPR, but on the other hand, they may have to pay royalties to other companies holding IPR essential to the standard. The Guidelines also point out at a third category of players not active in the upstream technology market: these are pure manufacturers of products or services based on the technologies. For such “downstream-only” companies, who do not hold any relevant IPRs, royalties to get access to intangible assets are just a cost. See *Guidelines on the applicability of Article 101*, (fn. 38), § 267.

cessive pricing⁴⁸, and would fine its ultimate purpose in the exclusion of the discriminated competitor. However, in the first case, when firms are only active in the upstream market for the technology, discrimination against downstream customers (in the form of second line discrimination then) could also be profitable to maximize profits coming from the royalties' flow. By exerting its market power against implementers compelled to get a license the SEP holder could extract more revenues⁴⁹.

3. The “ND” part of the FRAND commitment.

As well known, while the literature has been mostly keen to the appropriate determination of the FRAND royalty rate on the perspective of how to measure a fair and reasonable price for the license⁵⁰, the “ND” aspect of the

⁴⁸ See J. PADILLA, D.H. GINSBURG, K.W. WONG-ERVIN, *Antitrust Analysis Involving Intellectual Property and Standards: Implications from Economics*, in *Harv. J. L. & Tech.*, 33, 1, 2019, 1, 35-40, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3119034>. See specifically D. GERADIN, M. RATO, *Frاند Commitments and EC Competition Law: A Reply to Philippe Chappatte*, in *Eur. Comp. J.*, 6, 1, 2010, 129-174, P. CHAPPATTE, *Frاند commitments – the case for antitrust intervention*, in *Eur. Comp. J.*, 2009, 319-346, D. GERADIN, M. RATO, *Can Standard-setting Lead to Exploitative Abuse? A Dissonant View on Patent Hold-up, Royalty Stacking and the Meaning of FRAND*, in *Eur. Comp. J.*, 3, 2007, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=946792>.

⁴⁹ Several scholars, however, have questioned the profitability of secondary line discrimination precisely because of the fact that the dominant firm is not active in the downstream market and would have therefore no incentives to discriminate. See D. GERADIN, *Pricing Abuses by Essential Patent Holders in a Standard-Setting Context: a View from Europe*, in *Antitrust L. J.*, 2009, 76, 1, 329-357; D.A. CRANE, *Patent Pools, RAND Commitments, and the Problematics of Price Discrimination*, in *Cardozo Legal Studies Research Paper*, 2008, 232, 3; D.G. SWANSON, W.J. BAUMOL, *Reasonable and nondiscriminatory (RAND) royalties, standards selection, and control of market power*, in *Antitrust L. J.*, 73, 1, 2005, 1-58, 27. See also the Opinion of the Advocate General Wahl in *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA v. Autoridade de Concorrência*, (fn. 26) § 80.

⁵⁰ See M. DHENNE, *Calculation of FRAND Royalties: An Overview of Practices Around the World*, in *Eur. Int'l. Property Rev.*, 41, 12, 2019, 754; G. GHIDINI, M. TRABUCCO, *Il calcolo dei diritti di licenza in regime FRAND: tre criteri pro-concorrenziali di ragionevolezza*, in this journal, 1, 2017, 2; A. LAYNE-FARRAR, *The Economics of FRAND*, in R.D. BLAIR, D.D. SOKOL (eds.), *The Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property, and High Tech*, 2017, Cambridge, 55; M. FRANZOSI, *Royalty per uso di brevetto standard: But For, Georgia Pacific, Apportionment*, in *Dir. ind.*, 1, 2015, 259; E.F. SHERRY, D.J. TEECE, P. GRINDLEY, *FRAND Commitments in Theory and Practice: A Response to Lemley and Shapiro's "A Simple Approach"*, 13 April 2016, in *The university of California Berkeley Tusher Center Working Pa-*

FRAND commitment has remained largely in shadow. This could be mostly attributed to the fact that many commentators have interpreted the “ND” prong as a feature to be read together with – in a way to reinforce – the element of fairness. In this way, non-discrimination would be read as a nuance of the general obligation to act in good faith and grant access to all interested parties, without any discrimination among them both with regard to access itself and to the contractual conditions of such access⁵¹.

In the second part of this study, we are going to explore how we can better construe the concept of ND in the FRAND obligation by factoring in the recent achievements of the EU jurisprudence on art. 102, 2° lett. c). To this purpose, two questions are relevant. The first question concerns whether the SEP holder can or cannot discriminate among different categories of implementers situated at different levels of the production chain by choosing at which level to license or whether, on the contrary, respect of the FRAND commitment demands that he has a general obligation to license to whomever asks for a license, regardless of which level he is situated at. The second question regards whether the ND prong should be interpreted as an implicit element, automatically satisfied when the FRAND royalty is set, or rather whether it should play a more active role within likely antitrust controversies on the matter. These questions, of course, are only relevant assuming that antitrust in general has a role to play in such cases⁵².

per series, n° 3, available at <https://ssrn.com/abstract=2764615>; M.A. LEMLEY, C. SHAPIRO, *A Simple Approach to Setting Reasonable Royalties for Standard-Essential Patents*, in *Berkeley Tech. L.J.*, 2013, available at <https://law.stanford.edu/publications/a-simple-approach-to-setting-reasonable-royalties-for-standard-essential-patents/>; M.A. LEMLEY, C. SHAPIRO, *Patent Holdup and Royalty Stacking*, in *Texas L. Rev.*, 85, 2007, 1991; D.G. SWANSON, W.J. BAUMOL, *Reasonable and Nondiscriminatory (RAND) Royalties, Standards Selection and Control of Market Power*, supra (fn. 49).

⁵¹ See R.J. GILBERT, *Deal or No Deal? Licensing Negotiations in Standard-Setting Organizations*, in *Antitrust L.J.* 77, 2011, 855, 860 ff., 870, arguing that non-discrimination obligation allows all licensees of a SEP to obtain equivalent terms regardless of whether they negotiate before or after the standard has been adopted. Gilbert further argues (at 880-881) that an indirect beneficial effect generated by the non-discrimination provision would be that it discourages the setting of low royalty rates for licensing SEPs, because the SEP holder may fear an imposition to offer the same rate to all licensees.

⁵² The North-American Ninth Circuit – followed soon after by the District Court of Northern Texas – has recently stated that disrespect of FRAND commitment does not amount to an antitrust violation (Court of Appeals for the 9th Cir. Judgment of 11 August 2020, *FTC v. Qualcomm Inc.*, 969 F.3d 974; Northern Texas District Court Judgment of 10 September 2020, 3:19-cv-02933-M, *Continental Automotive System Inc. v. Avanci LLC et al*, 2020 WL 5627224). Such an opinion also

4. LTA vs. ATA and the implications for 5G standards and IoT technologies.

Differently from what generally happens with general IP licensing, access to the essential technology forming the standard is likely to be claimed by a quite heterogeneous type of undertakings along the production chain: from the manufacturer of the component that physically implements the standard (for example, a manufacturer of a chipset embedding the wireless communication technology) to the producer of the complex end product sold to consumers (i.e. the smartphone vendor)⁵³. Furthermore, the producers of end products incorporating the standard can be very different ones: from smart-phones companies to smart-fridge vendors to car manufacturers.

Since patent holders are supposed to extract profits only once from the patented product, because of the so called patent exhaustion doctrine, the question of whether the ND portion of the FRAND commitment gives rise to an obligation to license to whoever asks for a license carries significant monetary implications. Indeed, should SEP holders be compelled to license at the component level, they would exhaust their rights there; however, they would gain way more by licensing far downstream to end product manufacturer, where the profits are higher⁵⁴.

Scholars have taken different stances on such a controversial issue. Proponents of the so called “access to all” approach argue that, in order to be adequately compensated for their investment in technology, SEP holder should be allowed to choose the most profitable category of market operators to whom to license (hence they should be entitled to choose to license exclusively at the end product level)⁵⁵. Within this framework, implementers situated in other

appear to have been adopted by the Department of Justice in the US Department of Justice, *Business Review Letter, 20-7 Avanci LLC*, 2020, <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-issues-business-review-letter-avanci-proposed-licensing-platform-advance>). Still appears unchanged, however, the different opinion from the Court of Appeals for the 3rd Cir. Judgment of 4 september 2007, *Broadcom Corp. v. Qualcomm Inc.*, 501 F.3d 297, 314.

⁵³ J.L. CONTRERAS, A. LAYNE-FARRAR, *Non-discrimination and FRAND commitments*, in J. CONTRERAS (ed.), *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law: Competition, Antitrust, and Patents*, Cambridge, 2017, 186, 200 ff.

⁵⁴ See J. MARTINEZ, *FRAND as Access to All vs. License to All*, in *J. of Int. I Property L. and Practice*, 14, 2019, 642, 648; J.L. CONTRERAS, A. LAYNE-FARRAR, (fn. 53), 186, 201; J-S BORGHETTI, I. NIKOLIC, N. PETIT, *FRAND Licensing Levels under EU Law*, in *Eur. Comp. J.*, 2021, 17 ff., available at <https://ssrn.com/abstract=3532469>.

⁵⁵ J-S BORGHETTI, I. NIKOLIC, N. PETIT, (fn. 54), 3.

(most likely upstream or intermediate) levels would simply access the standard with no need for a license⁵⁶ and the ND prong of the FRAND commitment should only demand that SEP holders do not discriminate between implementers within the same level of the market⁵⁷. A corollary (i.e. that SEP holder does not discriminate between licensees who happen to be situated at the same level of the production chain and are direct competitors) which seems in line with the later findings of the Court of Justice in *Meo*.

Proponents of this approach further stress that when 5G will be completely operational, and the Internet of Thing will enshrine a new set of interoperable services, the full functionality of the standard will be captured only at the level of the end products and services sold to consumers⁵⁸. Therefore, an ATA approach seems favourable in order for firms only active in the upstream standard technology markets to be able to reap the fruits of their investment by choosing the level of the production chain that is most profitable⁵⁹.

On the contrary, other scholars (proponents of the so called *license to all* approach) have pointed out that licensing at the component level better reflects the value of the standardized technology. Standards are indeed primarily implemented into an intermediate component (ex. a chip) which is later inserted into another intermediate product or into the end product to be sold to consumers⁶⁰. Some other authors have emphasized that, by charging at the level

⁵⁶ Many argued that, in such a case, intermediate implementers would benefit from an implied license. See J.W. SCHLICHER, *The New Patent Exhaustion Doctrine of Quanta v. LG: What It Means for Patent Owners, Licensees, and Product Customers*, in *J. Patent & Trademark Office Society*, 90, 11, 2008, *passim*.

⁵⁷ A. LAYNE-FARRAR, *Nondiscriminatory Pricing: Is Standard Setting Different?*, in *Journ. Of Comp. L. & Econ.*, 2010, 1, at 18 and ff., D. CRANE, *Patent Pools, RAND Commitments, and the Problematics of Price Discrimination*, (fn. 49), 1, warning against a strict interpretation of the FRAND commitment which could inadvertently turn into « [...] an inflexible commitment to license at identical terms to all potential licensees».

⁵⁸ G.J. SIDAK, *The Proper Royalty base for Patent Damages*, in *J. Comp. L. & Econ.*, 10, 4, 2014, 989 available at <https://www.criterioneconomics.com/docs/emvr-entire-market-value-rule-proper-royalty-base-for-patent-damages.pdf>; E. SHERRY, D.J. TEECE, *On the 'Smallest Saleable Patent Practicing Unit' Doctrine: An Economic and Public Policy Analysis*, 20 January 2016, in *The University of California Berkeley Tusher Center Working Paper series*, n° 11, available at <https://ssrn.com/abstract=2764614>.

⁵⁹ It is also worth noting that the ATA model has been followed until now in the mobile phones industry, where SEP royalties have been mostly collected at the final stage of the chain: namely, as a percentage on the smart-phones' sales. See B. HEIDEN, J. PADILLA, R. PETERS, *The Value Of Standard Essential Patents And The Level Of Licensing*, 23 October 2020, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3717570.

⁶⁰ J. ORDOVER, A. SHAMPINE, *Implementing the FRAND Commitment*, in *Antitrust Source*,

of the final product, the SEP holders will be able to charge higher prices (as the royalty is calculated on the value of the end product and not the intermediate component). As a consequence, SEP holders would be able to extract value from downstream innovation conceived by others⁶¹.

By a different token, some other scholars have rightfully pointed out that such an approach would be consistent with non-discrimination obligations set forth in the EU law and in competition law provisions, which would demand that any interested party should be granted a license, regardless of their position in the production chain⁶². This assumption would particularly seem in line with the European judgment in *Huawei* where the Court broadly refers to the concept of the willing licensee, referring to any firm who is willing to license on FRAND terms⁶³.

To solve the issue, a clarification would be helpful in terms of patent law. It is no secret, at least as long as European law is concerned, the doctrine of exhaustion finds its origin in trademark law, where it is clearly linked to the circulation of products bearing the trademark⁶⁴. The doctrine has been then successfully imported into patent law, where it has been similarly interpreted in a way to exhaust the exclusive rights of the patent after the first act of commercial disposition of the patented product has occurred⁶⁵. In the case of

Oct., 1, 2014; R. GRASSO, *Standard Essential Patents: Royalty Determination in the Supply Chain*, in *J. Comp. L. & Practice* 8, 2017, 283. See also K.H. ROSENBROCK, (former Director-general of ETSI), *Why the ETSI IPR Policy Requires Licensing to All*, August 2017, https://www.fair-standards.org/wp-content/uploads/2017/08/Why-the-ETSI-IPR-Policy-Requires-Licensing-to-All_Karl-Heinz-Rosenbrock_2017.pdf, and *Licensing to All is the Rule under the ETSI IPR Policy: A response to Dr. Bertram Huber*, available at <https://ssrn.com/abstract=3064894>.

⁶¹ K.H. ROSENBROCK, *Licensing* (fn. 60), p. 17.

⁶² D. CARLTON, A. SHAMPINE, *An Economic Interpretation of FRAND*, in *J. Comp. L. & Econ.*, 9, 2013, 531, 546; S. BARAZZA, *Licensing Standard Essential Patents Part One: the Definition of FRAND Commitments the Determination of Royalty Rates*, in *J. Int'l. Property L. & Practice*, 9, 2014 465, 471; J. CONTRERAS, *A Brief History of FRAND: Analysing Current Debates in Standard Setting and Antitrust through a Historical Lens*, in *Antitrust L. J.*, 80, 2015, 39, 74 ff.

⁶³ Judgment of the Court, 16 July 2015, C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd c. ZTE Corp.*, *ZTE Deutschland GmbH*.

⁶⁴ See S. ARYA, *The Value of Standardized Technology to Connected Cars*, in *GRUR Int.*, 2020, 69, 365, highlighting the value (which translates in a higher willingness to pay) customers attribute to standardised technology in automobiles (in terms of enhanced mobility and safety, entertainment, and so on).

⁶⁵ See at this regard art. 6 of the Regulation (Eu) No 1257/2012 of the European Parliament And of the Council of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of

a patent, however, there is not always straight relation between the patented invention and the final product entering the market, as the patent might refer to a substance, a component, an intermediate product or a research tool. In all these cases, where the component itself can be a tradable good, exhaustion might well operate at such level⁶⁶.

Recently, the debate on SEP royalties has shifted from the mobile sector to the automotive one, where the industry has made significant investments in new interconnected services meant to enhance both the safety of cars and the technological features of vehicles (i.e. integrated services relating to virtual maps, music streaming, inter-vehicle communications, and so on). This is confirmed by the preliminary ruling the Regional Court of Düsseldorf lodged in the *Nokia v. Daimler* case, where the Court submitted several questions concerning the licensing of SEPs for car-connected technology, in particular focussing on whether the SEP holder is obliged to grant a license to the suppliers of downstream operators selling the complex product containing the standard-compliant component or can successfully sue only the latter for patent infringement⁶⁷. Hopefully, the Court of Justice will clarify things on the matter.

4.1. *General vs. Hard-edged discrimination.*

At a general level, it is believed that the ND portion of the FRAND commitment is intended to promote widespread adoption of a standard within a certain industry, as it ensures market participants that if and when they will

the creation of unitary patent protection, art. 6 (Exhaustion of the rights conferred by a European patent with unitary effect) stating that «The rights conferred by a European patent with unitary effect shall not extend to acts concerning a *product covered by that patent* which are carried out within the participating Member States in which that patent has unitary effect after that *product* has been placed on the market in the Union by, or with the consent of, the patent proprietor, unless there are legitimate grounds for the patent proprietor to oppose further commercialisation of the product» (italics added).

⁶⁶ And indeed, at such regard, the Commission's Guidelines accompanying the TTBER more properly talk about «[...] a *product incorporating* an intellectual property right» establishing that whenever such product «[...] has been put on the market inside the European Economic Area (EEA) by the holder or with its consent, the intellectual property right is exhausted in the sense that the holder can no longer use it to control the sale of the product (principle of Union exhaustion)» (italics added). See the *Communication from the Commission – Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to technology transfer agreements*, OJ C 89, 28 March 2014, 3-50, § 6.

⁶⁷ Landgericht Düsseldorf, 26 November 2020, 4c O 17/19, *Nokia Technologies v. Daimler AG*.

implement a standard technology into their product, they will not be disadvantaged vis-à-vis competing market participants⁶⁸. By the same token, it has been underlined that non-discrimination commitments can also work as strong embankments against potential hold-up by SEPs holders⁶⁹.

An in-depth analysis of the ND limb of FRAND commitments can surely be found in the British case *Unwired Planet v. Huawei*, where two possible interpretations of the ND portion were compared: a first “general” non-discrimination approach vis-à-vis a hard-edged one, eventually adopting the former.

Justice Birss embraced the general non-discrimination approach favoured by UP, which claims that the ND portion is

«[...] *part of the overall assessment* of the inter-related concepts making up FRAND by which one derives a royalty rate applicable as a benchmark. This rate is non-discriminatory because it is a measure of the intrinsic value of the portfolio being licensed *but it does not depend on the licensee*» (italics added)⁷⁰.

Therefore, the general approach would imply that a royalty rate appropriately determined is, *per se*, also non-discriminatory, with no need for further comparison⁷¹. By contrast, the hard-edged approach would imply a distinct element to be factored in the analysis, «capable of applying to reduce a royalty rate [...] which would otherwise have been regarded as FRAND» and this by taking «[...] into account the nature of the particular licensee seeking to rely on it»⁷².

The approach of Justice Birss has been later confirmed by the Court of Appeal⁷³, whose judges considered the hard-edged alternative as being exces-

⁶⁸ J.L. CONTRERAS, A. LAYNE-FARRAR, (fn. 53), 186, 188.

⁶⁹ See D.W. CARLTON, A.L. SHAMPINE, *Patent Litigation, Standard-Setting Organizations, Antitrust, and Frand*, in *Texas Int’l. Property L.J.*, 22, 3, 2014, 223, *passim*, at https://texashistory.unt.edu/ark:/67531/metaph653433/m2/1/high_res_d/UNT-0063-0027.pdf

⁷⁰ High Court of Justice, Judgment of 5 April 2017, *Unwired Planet v. Huawei*, 2017 EWHC 711 (PAT), § 177. The hard-edge approach was favoured by Huawei, who contended that the ND prong had to be given «its ordinary and unadorned meaning » that «like situations must be treated alike and different situations differently». Court of Appeal Judgment of 23 October 2018, *Unwired Planet v. Huawei*, 2018 EWCA Civ. 2344, § 133.

⁷¹ UP also contended that the mere existence of differential royalty rates is not sufficient to amount to a breach of the obligation. Huawei must demonstrate that the difference is such as to cause a distortion of competition. *Idem*, § 133.

⁷² *Unwired Planet v. Huawei*, 2017 (fn. 70), § 177.

⁷³ See *Unwired Planet v. Huawei*, 2018 (fn. 71), § 135, where it is explained that Huawei

sively strict and incapable of achieving a «[...] proper balance between a fair return to the SEP owner and universal access to the technology, without threat of an injunction»⁷⁴. The Judge of the CA further stated that that «an effects-based approach to non-discrimination is appropriate» and that a non-discrimination rule had the potential to harm technological development of standards if it has the effect of compelling the SEP owner to accept a level of compensation for the use of its invention which does not reflect the value of the licensed technology.

5. Conclusion.

Is it really true that a properly tailored ND rule would affect technological developments? The FRAND debate could probably earn a lot by looking more closely at the recent jurisprudence of the CJEU in non-discrimination cases. The Court of Justice, indeed, has gone from a first *per se* approach in *UBC* where the mere act of discriminating between market operators was enough to rule in favour of abuse, to a more thoughtful approach which depicts the theory of harm around the concept of distortion of competition and competitive disadvantage.

The most recent cases have shown that a discriminatory conduct can only be punished if it causes a distortion of competition in the form of an alteration of the competitive relationship of downstream operators. It specifically requires that the undertakings in the downstream market be direct competitors, and it seems to require evidence that the conduct has somewhat a substantial impact on the overall market position of the discriminated party. Such insights could be precious imported into the FRAND framework to construe a third intermediate approach between the general one, which has the practical result of depriving the ND limb of any significance, and the hard-edged one, which is blamed to threaten innovation in standards.

Sidak has recently put forward a framework whereby to properly assess the

had not provided evidence that the difference between the two licensing terms – those in Samsung’s licence and those in the putative licence to offer to Huawei – were sufficient to distort competition.

⁷⁴ *Ibidem*, § 198. Further adding «We consider that a hard-edged approach is excessively strict, and fails to achieve that balance, whereas the general approach achieves the objective of the undertaking by making the technology accessible to all licensees at a fair price», and further noting that the effects of such an approach would be «akin to the insertion of the rejected “most favoured license” clause in the FRAND undertaking». *Id.* § 199.

ND limb of the FRAND obligation, it would be necessary to pursue a three pronged analysis: 1) analyse whether the supposed discriminated implementer is similarly situated to others by assessing whether they use the standard for comparable products, etc. 2) analyse whether the SEP holder is treating the implementers differently; 3) whether there is any objective justification for the different treatment⁷⁵.

Our intermediate approach would suggest to allow the allegedly discriminated willing licensee to claim that the proposed offer is not FRAND every time he is able to prove that the offer places him at a competitive disadvantage vis-à-vis other firms that are his direct competitors⁷⁶. Not only, therefore, similarly situated customers, but similarly situated customers who must be in direct competition between themselves⁷⁷. In this case, it would be upon the alleged discriminated firm to prove that the conduct of the dominant firm has had an impact on his costs, profits or any other relevant interest.

⁷⁵ G.J. SIDAK, *Fair and Unfair Discrimination in Royalties for Standard-Essential Patents Encumbered by a FRAND or RAND Commitment*, in *The Criterion Journal of Innovation*, vol. 2, 2017, 301, at 359-369.

⁷⁶ The justification for the different treatment can well lay in the different size, structure, and financial structure of the competing implementers. And indeed several authors agree that discrimination can well be welfare enhancing and efficient (see D.G. SWANSON, W.J. BAUMOL, *Reasonable and nondiscriminatory (RAND) royalties, standards selection, and control of market power*, (fn. 49) when the different treatment allow a wider group of participants to get access to the desired input or technology, where a uniform fee could live some licensees out of the market. In this sense: D.A. CRANE, *Patent Pools, RAND Commitments, and the Problematics of Price Discrimination*, in *Cardozo Legal Studies Research Paper*, 2008.

⁷⁷ According to D.W. CARLTON, A.L. SHAMPINE, *Patent Litigation, Standard-Setting Organizations, Antitrust, and Frand*, (fn. 69) , similarly situated firms would be those that *ex ante* (i.e. «before the patented technology at issue had been adopted into the standard and prior to the licensee incurring sunk costs» and « where an alternative is available») «expect to obtain the same incremental value from the patented technology compared to the next-best alternative technology.» According to this view, firms active in different market segments or entirely different markets (ex. handset manufacturer and a manufacturer of wireless monitors) can pay different royalties.