

Il problema delle competenze settoriali e l'adozione di un approccio olistico alla *data-driven economy*

Emanuele Fazio

SOMMARIO: 1. Premessa. Approccio olistico allo spazio comune europeo di dati. – 2. I tre lati giuridici dei dati: un continuo bilanciamento di interessi e principi. – 3. Le *multi-sided platforms* (MSPs) e il mercato a due parti. – 4. La proliferazione delle autorità amministrative indipendenti: autorità di settore e le loro funzioni. – 4.1. Segue: i riflessi procedurali delle interconnessioni tra diritto della concorrenza, tutela del consumatore e protezione dei dati personali. – 5. Confronto tra le decisioni del TAR Lazio del 2020 e dell'Oberlandesgericht Düsseldorf del 2019: una svolta politica da definire. – 6. Il modello europeo del *Digital Clearinghouse*. – 7. Favorire servizi *privacy-enhancing* come vantaggio competitivo. – 8. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa. Approccio olistico allo spazio comune europeo di dati*

Nell'attuale ecosistema digitale, i dati personali e non personali sono raccolti e gestiti da una rete di operatori privati e pubblici, al fine di trarre valore dalle informazioni ottenute.

Un efficace e sostenibile spazio comune europeo di dati presuppone un continuo bilanciamento di interessi e principi (apparentemente) contrastanti, quali primariamente la libertà di iniziativa economica e i valori fondamentali della persona fisica.

Nel momento in cui occorre regolare o decidere casi riguardanti il trattamento di dati, bisogna adottare un approccio olistico.

Allo scopo di contribuire al dibattito, il presente elaborato intende da un lato porre le basi per sostenere la cooperazione tra garanti e “regolatori” delle diverse discipline giuridiche coinvolte nel trattamento di dati e dall'altro offrire

una disamina circa il ruolo del diritto antitrust, quale strumento per favorire servizi *privacy-enhancing*¹.

2. *I tre lati giuridici dei dati: un continuo bilanciamento di interessi e principi*

Per sviluppare efficacemente e, al contempo, in via sostenibile il *Digital Single Market* e la c.d. *data-driven economy*², le istituzioni europee hanno stabilito una nuova libertà fondamentale: la libera circolazione dei dati³.

Nella politica di libera circolazione dei dati, regolata dal **GDPR** per quanto concerne i dati personali e dal **Regolamento UE 2018/1807** per i dati non personali⁴, è necessario un bilanciamento dinamico tra interessi e principi diversi.

Essi attengono alle tre discipline giuridiche da applicare laddove si consenta la circolazione dei dati personali e non personali e si voglia garantire un'adeguata protezione degli stessi: il diritto alla protezione dei dati personali, il diritto della concorrenza (diritto antitrust) e la tutela del consumatore.

Per determinate operazioni concernenti i dati, il legislatore *ex ante* e il giudice *ex post* devono osservare i tre suddetti regimi.

Per esempio, quando l'interessato al trattamento esercita il diritto alla portabilità (**Art. 20 del GDPR**) intervengono non solo le regole in materia di protezione dei dati personali ma anche quelle del diritto antitrust, perché i dati rappresentano sia un valore fondamentale dell'individuo sia un *asset* economico per le imprese.

¹ Non vi è più alcuna differenza circa i tempi d'azione tra le autorità antitrust e le autorità di regolazione. È ormai pacifico che le prime possono intervenire *ex ante* (per esempio in materia di concentrazioni tra imprese oppure per stabilire impegni di condotta); mentre le seconde possono agire *ex post*, soprattutto quando viene richiesto, da parte dei garanti, l'esercizio di taluni poteri. Cfr. J. Drexler, F. Di Porto, *Competition Law as Regulation*, UK, 2015, 154.

² La *data-driven economy* è un ecosistema digitale nel quale i dati sono generati, raccolti, organizzati, analizzati, elaborati e scambiati da un network di fornitori di servizi e/o beni, con lo scopo di trarre valore dall'informazione raccolta. Cfr. Comunicazione della Commissione europea, «Costruire un'economia dei dati europea», Bruxelles, 10/01/2017, COM (2017) 9 final, 2, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-building-european-data-economy>.

³ Commissione europea, *Digital Single Market conference on the free movement of data*, Tallinn, 17/07/2017, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_17_2024.

⁴ Considerate le maggiori problematiche giuridiche dei dati personali, in origine le istituzioni europee hanno disciplinato la libera circolazione dei soli dati non personali. Cfr. Max Planck Institute for Innovation & Competition, *Position Statement of the MPI for Innovation & Competition on the European Commission's "Public consultation on Building the European Data Economy"*, Munich, 26/04/2017, 4, https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI_Statement_Public_consultation_on_Building_the_EU_Data_Eco_28042017.pdf.

Un secondo esempio è fornito dalla **teoria del benessere del consumatore**⁵ e dalla **teoria del danno**⁶, costrutti teorici necessari per valutare se il comportamento di un'impresa violi il diritto della concorrenza.

Per effettuare il bilanciamento, occorre individuare i principi garantiti dalle tre discipline.

Iniziando dal diritto alla protezione dei dati personali, bisogna distinguere tra quanto stabilito dall'**Art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE** (CDFUE) e quanto indicato dall'**Art. 8**.

L'Art. 7 protegge l'individuo primariamente contro le interferenze dello Stato; l'Art. 8 fissa il diritto alla protezione dei dati personali come un diritto a sé stante.

Quest'ultimo articolo garantisce che le informazioni personali possano essere utilizzate, non solo dallo Stato ma da chiunque, soltanto se i requisiti indicati dall'Art. 8 co. 2 e 3 siano rispettati. I dati devono pertanto essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o ad altri fondamenti legittimi. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente.

Nel contesto europeo rintracciamo inoltre l'**Art. 16 del TFUE** e l'**Art. 39 del TUE**. Essi richiedono l'adozione di norme che favoriscano la libera circolazione dei dati garantendo al contempo la protezione dei dati personali ed un controllo da parte di un'autorità garante⁷.

Tale bilanciamento ha trovato espressione prima nella Direttiva 95/46/CE e successivamente nel regolamento sulla protezione dei dati personali (GDPR).

Per concludere l'inquadramento giuridico europeo in materia, l'**Art. 52, co. 1 della CDFUE** stabilisce che limitazioni all'esercizio dei diritti possano essere

⁵ Il diritto antitrust tutela in via indiretta il benessere del consumatore, ossia nella misura in cui una sua diminuzione si sia prodotta (o si sarebbe anche solo potuta produrre) per effetto di una condotta imprenditoriale che ha alterato il funzionamento del mercato. Tale verifica consiste nel controllare se nel breve periodo quella pratica possa produrre una riduzione dell'*output* di mercato o un aumento del prezzo dell'offerta e/o se, nel medio-lungo periodo, essa possa peggiorare il grado di innovazione, varietà e qualità dell'offerta. Pertanto, il benessere del consumatore costituisce solo un indice per valutare una condotta anti-competitiva, ossia lesiva primariamente delle regole antitrust. Cfr. A. Pezzoli, L. Berti, *Le stagioni dell'antitrust – Dalla tutela della concorrenza alla tutela del consumatore*, Milano, 2010; M. Maggiolino, *I Big Data e il Diritto Antitrust*, Milano, 2018, 102; I. Graef, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms – Data as Essential Facility*, in *International Competition Law Series*, The Netherlands, 2016, 330-332.

⁶ Chi agisce per la sospetta violazione del diritto antitrust deve fornire una c.d. teoria del danno, ossia spiegare perché sarebbe razionale per un'impresa tenere una condotta che alteri il funzionamento del mercato, riducendo (indirettamente) il benessere del consumatore. M. Maggiolino, *op. cit.*, 114-115.

⁷ Cfr. EDPS, *Preliminary opinion of the 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*, 2014, 12, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf.

previste solo se rispettino il loro contenuto essenziale, il principio di legalità⁸ e, soggette al principio di proporzionalità⁹, siano necessarie e rispondano a finalità di interesse generale dell'UE o proteggano i diritti e le libertà altrui.

Trattando la seconda disciplina coinvolta in questa politica europea, il diritto della concorrenza, lo scopo delle relative norme è garantire l'efficienza del mercato interno e tutelare il benessere dei consumatori.

È stato sostenuto che tra i suoi scopi vi sia garantire il soddisfacimento di tutti i bisogni dei consumatori, non soltanto in riferimento ai prezzi competitivi di beni e servizi, ma anche alla varietà di prodotti, innovazione, "qualità" ed altri benefici, inclusa la tutela della *privacy*¹⁰.

Per questi scopi, gli Artt. 101-109 del TFUE vietano intese restrittive della concorrenza (Art. 101 del TFUE), abusi di posizione dominante (Art. 102 del TFUE) e aiuti di Stato (Art. 107 del TFUE).

La Commissione europea svolge il ruolo centrale, investigando sospette violazioni delle regole antitrust.

Le istituzioni hanno adottato regolamenti e direttive in applicazione delle norme dei Trattati, dei quali i principali sono: il Regolamento (CE) 1/2003 «concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli Artt. 81 e 82 del TCE (ora sostituiti dagli Artt. 101-102 del TFUE)», che ha decentralizzato l'applicazione delle norme antitrust alle autorità nazionali, ed il Regolamento (CE) 139/2004 «sul controllo delle concentrazioni tra imprese» con il rispettivo Regolamento di esecuzione (UE) 1269/2013.

Le libertà tutelate attengono al libero gioco della concorrenza, alla libertà di iniziativa economica e alla libertà di impresa, come stabilito dall'Art. 16 della CDFUE e, conseguentemente, soggette al bilanciamento di interessi ivi previsto.

Infine, circa l'ultima disciplina giuridica, la tutela del consumatore vieta comportamenti scorretti da parte di un «professionista» nei confronti di un «consumatore» soprattutto in riferimento ai beni e servizi offerti "gratuitamente"¹¹.

Il diritto europeo del consumatore mira a rimuovere le barriere al mercato interno attraverso l'incremento della fiducia nei rapporti commerciali e nei prodotti che circolano, sulla base del principio di trasparenza e buona fede.

L'Art. 38 della CDFUE richiede alle istituzioni europee di assicurare un elevato livello di protezione del consumatore.

⁸ Cfr. F. Sorrentino, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2007, 22-25.

⁹ Per la ricostruzione del principio di proporzionalità, tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali, si veda D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2019/6, 903-927; V. Fanti, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012.

¹⁰ EDPS, *op. cit.*, 17.

¹¹ EDPS, *op. cit.*, 11.

L'Art. 12 del TFUE prescrive la necessaria considerazione della tutela del consumatore nel definire ed implementare le varie regole europee.

Inoltre, l'Art. 169 del TFUE dichiara che l'UE deve contribuire alla protezione della salute, sicurezza ed interessi economici del consumatore e promuovere i suoi diritti all'informazione, all'educazione e all'autodeterminazione.

Nell'adozione di misure bisogna considerare che la diversità di standard commerciali può avere effetti deleteri per il funzionamento del mercato interno; mentre standard comuni, libertà di scelta e trasparenza nel mercato rappresentano benefici tanto per il professionista quanto per il consumatore¹².

I professionisti hanno spesso il vantaggio di definire termini e condizioni contrattuali unilateralmente, senza alcuna negoziazione con la loro clientela.

Ecco perché la Direttiva 93/13/CEE «concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori», ha introdotto la nozione di «buona fede» e richiede che i termini contrattuali siano redatti con un linguaggio chiaro, preciso, semplice e intelligibile, con interpretazione dei concetti a favore del consumatore.

Secondo la Direttiva 98/6/CE «relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti», i professionisti devono stabilire i prezzi di vendita in modo che siano facilmente identificabili e chiaramente comprensibili.

La Direttiva 2011/83/UE «sui diritti dei consumatori» procede ulteriormente nell'obiettivo di eliminare costi nascosti nelle transazioni, in particolare in quelle online, in cui gli individui vengono tratti in inganno pagando i *free services*¹³.

Inoltre, la Direttiva 2005/29/CE «sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori» definisce una pratica commerciale «ingannevole» laddove siano omesse informazioni (incluso il prezzo) che il consumatore medio necessita per prendere una decisione informata circa la transazione e lo induca (o sia idonea ad indurlo) ad assumere una decisione che non avrebbe altrimenti preso (Art. 7, co. 1 della Direttiva 2005/29/CE).

Dunque, le disposizioni volte a garantire chiare e precise informazioni sul valore di un bene e/o servizio offerto sono al centro della tutela del consumatore.

¹² EDPS, *op. cit.*, 23-24.

¹³ I *free services* sono diffusi nell'economia digitale. Prevalendo l'aspetto pubblicitario sui beni e servizi offerti, tali prodotti sono spesso identificati unilateralmente dall'utente commerciale come servizi "gratuiti". In realtà, il mezzo di pagamento è proprio la pubblicità. Una pubblicità personalizzata, che sfrutta l'analisi di dati personali per ottenere le preferenze dei consumatori e creare un collegamento diretto tra utente-commerciale ed utente-consumatore di una piattaforma online. Questa combinazione tra identità personale e pubblicità determina una pubblicità mirata verso una versione di me, per esempio a quella riconosciuta e identificata da Facebook. Pertanto, i "regolatori" sono tenuti adesso a dover raffrontare i valori economici con quelli della persona. Gli individui hanno un elevato interesse a ricevere pubblicità personalizzate; al contempo però hanno interesse a proteggere la loro identità. Cfr. R. Picker, *Online advertising, Identity & Privacy*, in *Olin Working Paper no. 475*, University of Chicago – Law School, 29/06/2009, 43, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1428065.

Tra di esse rientra anche il diritto ad ottenere informazioni sul trattamento dei propri dati personali.

Possiamo allora delineare le intersezioni tra il diritto alla protezione dei dati personali, il diritto antitrust e la tutela del consumatore nei tre punti seguenti¹⁴:

- il mercato dei servizi “gratuiti” deve ancora essere esplorato, ma dal controllo esercitato su una larga massa di dati deriva un forte potere per coloro che ne sfruttano il trattamento;
- l’abuso di posizione dominante, il rifiuto delle imprese di concedere l’accesso ai dati e condizioni contrattuali (tra cui *data-policies*) non trasparenti o ingannevoli possono giustificare una nuova teoria di danno al consumatore, utilizzabile per l’applicazione delle regole di concorrenza;
- l’applicazione delle regole antitrust al mercato unico digitale ha il potenziale di promuovere servizi *privacy-enhancing* ed un maggiore controllo da parte del consumatore-interessato al trattamento sui propri dati.

Nei seguenti paragrafi, esaminando il ruolo delle piattaforme di intermediazione online, verranno illustrati i predetti risultati, al fine di evidenziare problematiche interdisciplinari e fornire soluzioni, sostanziali e procedurali, che siano al contempo efficaci e rispettose dei diritti fondamentali dell’individuo.

3. *Le multi-sided platforms (MSPs) e il mercato a due parti*

Circa l’analisi del primo punto di contatto, occorre notare che le piattaforme di intermediazione online (MSPs), ad esempio Amazon o Facebook, sono caratterizzate da natura multilaterale, struttura economica di *network* e dalla continua innovazione, con ripercussioni sulla concorrenza.

Date queste caratteristiche, l’approccio tradizionale alla definizione di «mercato rilevante» e alla valutazione di una posizione dominante deve essere adattato, al fine di far fronte ad eventuali condotte anti-competitive di motori di ricerca *online*, *social networks* e piattaforme di *e-commerce*¹⁵.

Secondo il diritto antitrust, infatti, quando occorre stabilire se un’impresa stia abusando della posizione dominante o se un’intesa sia restrittiva della concorrenza, bisogna innanzitutto individuare il bene o il servizio offerto (il c.d. mercato rilevante del prodotto) e il mercato geografico di destinazione.

¹⁴ Cfr. EDPS, *op. cit.*, 26.

¹⁵ I. Graef, *op. cit.*, 77.

Il mercato rilevante del prodotto include tutti i beni e/o servizi che possono essere considerati come sostituti¹⁶ dai consumatori in base alle loro caratteristiche, prezzi e destinazioni d'uso¹⁷.

Il mercato geografico rilevante comprende l'area nella quale le condizioni di concorrenza sono omogenee e tali da distinguersi dalle condizioni di un'altra area geografica di mercato¹⁸.

Nonostante sia stato affermato che la definizione di mercato non sia più così utile nell'attuale ecosistema digitale e si ritiene la combinazione della teoria del danno con il potere di mercato sufficiente ad individuare condotte anti-competitive¹⁹, le corti di giustizia e i garanti della concorrenza tendono tuttora a considerare tale definizione per la soluzione dei casi.

È questione empirica comprendere se ed in quali circostanze gli aspetti multilaterali di un'impresa hanno sufficiente influenza sull'applicazione del diritto antitrust²⁰.

Il mercato a due parti coinvolge due gruppi diversi di utenti che, interagendo, ottengono entrambi benefici di rete²¹.

Le MSPs sono tra le più diffuse imprese ICT ed hanno assunto un ruolo centrale nell'economia globale²².

Dunque, la piattaforma a più parti genera valore consentendo interazioni dirette tra due o più distinti gruppi di utenti affiliati alla stessa.

A causa proprio del collegamento tra i due gruppi di utenti, non è corretto definire ed analizzare «il mercato rilevante» prendendo in considerazione isolatamente i due tipi di clienti. Se la MSP tiene conto delle due o più direzioni a cui si rivolge la sua offerta nello stabilire i prezzi e le decisioni sulla sua produzione, l'adozione di una logica unilaterale potrebbe condurre a valutazioni erranee circa il potere di mercato e la condotta dell'impresa²³.

¹⁶ Due beni sono sostituti se l'aumento del prezzo dell'uno conduce all'aumento della quantità domandata dell'altro. Cfr. R. Pindyck, D. Rubinfeld, *Microeconomia*, IX, Milano-Torino, 2018, 112.

¹⁷ Commissione europea, «Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law», 9/12/1997, OJ C 372/5, § 7, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=EN).

¹⁸ Commissione europea, «Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law», cit., § 8.

¹⁹ Cfr. I. Graef, *op. cit.*, 77-78.

²⁰ *Ibidem*. Cfr. D. Evans, M. Noel, *Defining Markets that Involve Multi-Sided Platform Businesses: An Empirical Framework With an Application to Google's Purchase of DoubleClick*, 2007, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1027933.

²¹ A. Hagiu, J. Wright, *Multi-sided Platforms*, in *Working Paper 12-024*, Harvard Business School, 12/10/2011, 2, <https://web.archive.org/web/20111112093216/http://www.hbs.edu/research/pdf/12-024.pdf>.

²² *Ibidem*.

²³ I. Graef, *op. cit.*, 79. Cfr. D. Evans, *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platforms Markets*, in *Yale Journal on Regulation*, 2003, vol. 20, <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1144&context=yjreg>.

Occorre invece definire il mercato rilevante in conformità al modo in cui la piattaforma a più parti monetizza la propria attività²⁴.

Nel caso delle piattaforme di intermediazione *online*, ciò significa che il mercato rilevante potrebbe consistere nel mercato dei dati personali, dati che assumono valore monetario attraverso la pubblicità.

Tale approccio è coerente con la natura di tali piattaforme, le quali non guadagnano dalla vendita delle loro tecnologie, a differenza delle tradizionali imprese ICT (come Microsoft o Intel), ma ottengono benefici economici dalle informazioni sui loro utenti²⁵.

Tuttavia, una corretta definizione di mercato secondo gli attuali parametri del diritto antitrust richiede l'esistenza di domanda ed offerta di un dato bene o servizio.

Tali standard consentono l'individuazione di un "mercato dei dati" solo nei casi in cui l'informazione è scambiata, commercializzata. Pertanto, il mercato rilevante dei servizi online offerti dai motori di ricerca (es. Google), *social networks* (es. Facebook) e piattaforme di *e-commerce* (es. Amazon) non può avere come oggetto i dati fino a quando non ci sia una transazione economica relativa agli stessi tra i fornitori di tali servizi e gli utenti, o tra i titolari²⁶ delle piattaforme di intermediazione *online* e terze parti²⁷.

Ad oggi, le istituzioni europee non hanno definito un "mercato dei dati personali"²⁸.

Di conseguenza, riguardo alle MSPs la domanda centrale da porsi è se debba essere definito un solo mercato per la piattaforma interamente considerata o se invece debbano essere distinti tanti mercati quanti sono i lati commerciali della piattaforma²⁹.

In dottrina, molteplici sono i punti di vista.

Per esempio, con riferimento ai motori di ricerca, alcuni autori hanno affermato che occorre definire un mercato rilevante per ciascun lato della piattaforma, mentre altri hanno sostenuto una definizione più ampia, in grado di comprendere tutti i lati³⁰.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ I. Graef, *ibidem*. Cfr. S. Waller, *Antitrust and Social Networking*, in *North Carolina Law Review*, 2012, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1948690.

²⁶ Per la definizione di «titolare del trattamento» si veda l'Art. 4, n. 7 del GDPR.

²⁷ Cfr. I. Graef, *op. cit.*, 80-81.

²⁸ Cfr. Commissione europea, *Speech – Competition and personal data protection*, Commissioner Joaquin Almunia, Bruxelles, 27/04/2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_860. Cfr. Case No COMP/M.7217; Commissione europea, Case M.7217 - *Facebook/Whatsapp*, Bruxelles, 03/10/2014, in *EUR-Lex*, C(2014) 7239 final.

²⁹ I. Graef, *ibidem*.

³⁰ Cfr. T. Hoppner, *Defining Markets for Multi-Sided Platforms: The Case of Search Engines*, in *World Competition*, vol. 38, The Netherlands, 2015, 352-356, dove si sostiene che: distinti «mercati rilevanti» devono essere identificati per ciascun lato operativo del motore di ricerca; J. Ratliff, D. Rubinfeld, *Is There a Market for*

Ad avviso di Inge Graef, il contributo più significativo sul tema è fornito da Filistrucchi ed altri³¹, i quali distinguono tra i mercati multilaterali nei quali si eseguono transazioni monetarie («tipo dei pagamenti online con carta») e i mercati multilaterali senza transazioni («tipo dei media») al fine di individuare l'approccio appropriato alla definizione di «mercato» delle MSPs³².

Nel primo tipo di mercati, un'evidente transazione economica ha luogo tra i gruppi di utenti e ciò rende impossibile alla MSP profilare solo uno dei gruppi. Le imprese presenti in questi mercati sono pertanto multilaterali³³. Un esempio è quello dei fornitori di carte di pagamento online, dove il fornitore deve essere attivo sia sul fronte degli acquirenti sia sul fronte dei venditori, entrambi affiliati alla piattaforma. Tale approccio si applica anche nei confronti delle piattaforme *e-commerce*.

«I mercati del tipo dei media» possono essere considerati multilaterali senza transazioni monetarie. Data l'assenza di transazioni visibili, un'impresa può essere attiva solo su un lato della piattaforma. In altre parole, in questi mercati le piattaforme possono violare la concorrenza solo da un lato³⁴.

Inoltre, tali imprese multilaterali possono concorrere anche con un solo lato di altre MSPs: ad esempio, un motore di ricerca può, teoricamente, competere con i *social networks* solo sul lato pubblicitario, nonostante i suoi utenti non considerino i servizi offerti dai *social networks* come sostituibili a quelli del motore di ricerca.

Data la varietà di imprese che operano all'interno delle MSPs, è stato asserito che una corretta definizione del «mercato rilevante» deve essere costruita prendendo come oggetto del mercato il servizio che viene offerto³⁵.

Questa è la ragione per cui, riprendendo nuovamente la posizione di Filistrucchi ed altri, l'opzione più praticabile sarebbe quella di definire i separati mercati rilevanti per ciascun lato della piattaforma, tenendo in considerazione gli altri lati nel valutare sospette violazioni della concorrenza.

Organic Search Engine Results and Can Their Manipulation Give Rise to Antitrust Liability?, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2014, 534-538, dove l'autore afferma che «il mercato rilevante» dovrebbe comprendere sia le ricerche relative alla pubblicità sia le ricerche sostanziali effettuate dagli utenti.

³¹ L. Filistrucchi, D. Geradin, E. Van Damme, *Identifying Two-Sided Markets*, in *World Competition*, vol. 36, The Netherlands, 2013, 40-41.

³² I. Graef, *op. cit.*, 83.

³³ I. Graef, *op. cit.*, 84.

³⁴ I. Graef, *op. cit.*, 84-85.

³⁵ Cfr. I. Graef, *op. cit.*, 85. Tale considerazione del servizio offerto come oggetto del mercato rilevante viene sostenuta da M. Maggolino anche in riferimento ai servizi di *social networking* delle MSPs.

4. *La proliferazione delle autorità amministrative indipendenti: autorità di settore e le loro funzioni*

Prima di affrontare l'analisi sostanziale del secondo risultato di intersezione, è necessario introdurlo dalla prospettiva procedimentale.

Le «autorità amministrative indipendenti» sono organismi dotati di poteri pubblici, che esercitano funzioni c.d. neutrali in differenti settori, disponendo di un elevato livello di competenze tecniche e che garantiscono il libero ed ordinato svolgimento di interessi costituzionalmente protetti³⁶.

È difficile definire unitariamente tali autorità, poiché esse vengono istituite in base a contingenti esigenze di neutralità e indipendenza in specifici settori³⁷.

Tale fenomeno è sorto in Europa sulla base del modello americano delle «*independent regulatory agencies*» che negli Stati Uniti dovevano attuare un processo di regolazione pubblica dell'economia, finalizzato a disciplinare gli effetti di novità tecnologiche e di massicce urbanizzazioni.

Proprio nell'esperienza statunitense la nozione di «*regulation*» indica l'attribuzione di poteri normativi, amministrativi e giustiziali a tali autorità in determinati settori³⁸.

La peculiarità del modello oltreoceano sta nella delega di poteri in sostanza normativi ma meno vincolati: infatti, le funzioni vengono esercitate senza il limite di stretti vincoli legislativi, ma sulla base di parametri di equilibrio. Ciò assicura un'elevata flessibilità decisionale, in particolare nei settori nuovi (come quello dell'*high-tech*), ma determina anche un rilevante cumulo di poteri in capo a tali organismi³⁹.

Le ragioni storiche che ne hanno determinato la nascita nell'UE sono però diverse da quelle americane: negli Stati Uniti si è passati dall'assenza di disciplina del mercato alla *regulation*, mentre in Europa da una eccessiva e stringente regolazione ad una meno incisiva⁴⁰. Nel continente europeo, ciò è dipeso dalla crescente rilevanza del mercato unico come valore da tutelare, a causa della progressiva penetrazione del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali⁴¹. Conse-

³⁶ Cfr. D. Crocco, *Le Autorità Amministrative Indipendenti di Regolazione e Vigilanza dei Mercati – Lineamenti di diritto pubblico dell'economia*, Napoli, 2012, 1; G. Cirillo, R. Chieppa, *Trattato di Diritto Amministrativo*, vol. 41, *XLI Le autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, 3. Per l'indagine storica circa la natura ed il ruolo delle autorità amministrative indipendenti cfr. G. Corso, *Manuale di Diritto Amministrativo*, VIII, Torino, 2017, 114-119.

³⁷ *Ibidem*. Cfr. E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati – tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019, 11-18.

³⁸ Cfr. G. Cirillo, R. Chieppa, *op. cit.*, 4.

³⁹ Cfr. G. Cirillo, R. Chieppa, *op. cit.*, 5.

⁴⁰ Cfr. G. Cirillo, R. Chieppa, *op. cit.*, 6.

⁴¹ Cfr. G. Corso, *op. cit.*, 114.

guentemente si è manifestata l'esigenza di una drastica riduzione della presenza pubblica nell'economia attraverso l'introduzione di un modello neoliberista, caratterizzato dalla privatizzazione dei settori economici in mano pubblica e da un mutamento del ruolo dello Stato, il quale si è trasformato da Stato-interventista a Stato-regolatore⁴².

Il principale compito di tali autorità è la tutela di interessi costituzionalmente protetti, potenzialmente pregiudicati dalla presenza invasiva di gruppi politici ed economici e che trovano il loro bilanciamento nella posizione di alta competenza tecnica, terzietà e di neutralità-indifferenza degli organi chiamati a regolarli⁴³.

Al riguardo, gli interessi relativi a settori particolari (come la *privacy* e il diritto antitrust), necessitano di una tutela rafforzata poiché delicato e complesso si presenta il confronto e l'eventuale scontro tra diritti privati (connessi alla iniziativa economica), valori primari (ritenuti meritevoli di particolare tutela dagli ordinamenti giuridici) ed esigenze di controllo pubblico.

I legislatori europei e nazionali hanno creato degli ordinamenti settoriali stabilendo, a carico degli agenti economici privati e pubblici, obblighi che nascono da norme e provvedimenti amministrativi, a presidio dei quali sono stati conferiti i poteri all'autorità garante di settore⁴⁴.

Dinanzi ad essa si instaurano, d'ufficio o su istanza di parte, procedimenti contenziosi.

Tali organismi operano parallelamente e senza alcuna riferibilità all'organo di vertice del potere esecutivo.

Infine, non hanno bisogno di uno specifico riconoscimento, ma del riconoscimento costituzionale degli interessi garantiti: nei casi che si esamineranno, interesse generale all'informazione trasparente ed al pluralismo delle fonti, tutela della concorrenza e del mercato, tutela della *privacy*, dell'innovazione e dell'economia c.d. sostenibile.

⁴² Cfr. G. Cirillo, R. Chieppa, *op. cit.*, 8. F. Caringella, *Le Autorità indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità*, in *Il Consiglio di Stato*, 2000, 3, 541 ss.

⁴³ Cfr. G. Cirillo, R. Chieppa, *op. cit.*, 9.

⁴⁴ *Ibidem*. C. Malinconico, *Le funzioni amministrative delle Autorità indipendenti*, in *Aa. Vv., I garanti delle regole*, a cura di S. Cassese, C. Franchini, Bologna, 1996, 37 ss., dove si nota che i garanti sono solo uno dei possibili strumenti per curare gli interessi generali. L'ordinamento potrebbe non predisporre un intervento di tale tipo e lasciare che i titolari delle posizioni incise agiscano con i rimedi tipici delle situazioni soggettive individuali o collettive.

4.1. *Segue: i riflessi procedurali delle interconnessioni tra diritto della concorrenza, tutela del consumatore e protezione dei dati personali*

Dal paragrafo precedente emerge come il *modus operandi* di un'autorità amministrativa indipendente sia strettamente correlato al diritto costituzionalmente protetto.

Tuttavia, nel *Digital Single Market* operano agenti privati e pubblici, in relazione con i consumatori mediante le MSPs, che sfruttano il potenziale delle informazioni tratte dai dati (personali e non personali), dovendo osservare tanto le regole privacy quanto il diritto antitrust.

Tra le linee d'azione della Commissione Juncker 2014-2019⁴⁵ per lo sviluppo efficace e sostenibile del mercato unico digitale, occorre evidenziare il Secondo Pilastro⁴⁶. Esso concerne gli incentivi da predisporre per lo sviluppo (sostenibile) di piattaforme *online*: bisogna elaborare condizioni idonee a far prosperare i servizi offerti, soprattutto attraverso infrastrutture che favoriscano la comunicazione ad alta velocità, sicura e meritevole della fiducia degli utenti. Ciò deve avvenire attraverso una regolazione che consideri gli interessi dell'innovazione, di un'efficiente concorrenza e di un equo e trasparente trattamento di dati.

È evidente che nella *data-driven economy* gli interessi che giustificano l'intervento delle autorità sono diversi ma interconnessi.

Analizzando la questione dalla prospettiva antitrust, i garanti del settore possono (a scapito di un'applicazione tradizionale di tale diritto) fare considerazioni politiche e giuridiche più ampie. Secondo i Trattati, infatti, la Commissione è tenuta a «collocare la sua valutazione nel quadro generale degli obiettivi e dei valori dell'UE, tra cui la privacy»⁴⁷.

Tuttavia, ad avviso dell'*European Data Protection Supervisor* (EDPS)⁴⁸, le autorità della concorrenza sembrano aver favorito un'interpretazione restrittiva di quanto detto, incentrata unicamente su obiettivi di efficienza economica. Le varie

⁴⁵ J.C. Juncker, *Orientamenti politici del presidente Juncker - Un nuovo inizio per l'Europa - Discorso di apertura della plenaria del Parlamento Europeo*, Strasburgo, 15/07/2014, https://ec.europa.eu/commission/priorities_it.

⁴⁶ Cfr. Comunicazione della Commissione europea, «a Digital Single Market Strategy for Europe», 06/05/2015, COM (2015) 192 final, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/digital-single-market-strategy-europe-com2015-192-final>.

⁴⁷ EDPS, *op. cit.*, 22-23.

⁴⁸ Non esiste un garante europeo che tuteli generalmente, con azioni equiparabili a quelli della DG *for Competition*, il diritto alla protezione dei dati personali. L'EDPS (Garante Europeo della Protezione dei Dati – GEPD) ha un ruolo piuttosto limitato. Il suo compito principale, oltre alle funzioni di consulenza, è garantire che le istituzioni dell'UE rispettino le norme *privacy* (ai sensi dell'Art. 1, co. 3, e dell'Art. 52 del Regolamento UE 2018/1725). Nell'ambito della politica di concorrenza, la Commissione europea ha il compito di coordinare le indagini condotte dalle autorità nazionali e può indagare direttamente su casi transfrontalieri ai sensi degli Artt. 101 e 102 TFUE; invece nessuna istituzione dell'UE svolge un ruolo di controllo equiparabile nel regime di protezione dei dati.

regolamentazioni sono state sviluppate parallelamente, con scarse considerazioni dei problemi giuridici interdisciplinari.

Nonostante ciò, l'EDPS promuove tra le istituzioni dell'UE una "cultura della protezione dei dati"⁴⁹, al fine di stimolare un dialogo tra esperti, professionisti, "legislatori" e garanti nei settori della concorrenza, della tutela del consumatore e della *privacy*.

L'indipendenza e la separazione tra le autorità amministrative indipendenti devono comunque essere pienamente rispettate⁵⁰.

Tuttavia, date le nuove sfide della *data-driven economy*, è ragionevole che la Commissione e l'EDPS, assieme ai garanti nazionali delle discipline sotto esame, concordino un approccio olistico all'applicazione delle regolamentazioni settoriali.

Il dialogo tra le autorità, europee e nazionali, dovrebbe diventare più sistematico ove sorga un caso specifico in cui siano in gioco preoccupazioni relative al benessere dei consumatori e alla protezione dei dati⁵¹.

5. *Confronto tra le decisioni del TAR Lazio del 2020 e dell'Oberlandesgericht Düsseldorf del 2019: una svolta politica da definire*

Trattato il problema di competenza dalla prospettiva procedimentale, ne affrontiamo le ripercussioni sostanziali con l'analisi di due procedimenti nei confronti di Facebook Inc⁵².

Quest'impresa è stata sanzionata dalle autorità garanti della concorrenza, italiana e tedesca, per le modalità di raccolta e gestione dei dati.

A differenza del TAR Lazio, che ha confermato la decisione dell'AGCM, l'Oberlandesgericht Düsseldorf ha respinto la tesi del Bundeskartellamt proprio per motivi di competenza.

Al fine di confrontare la decisione dell'Oberlandesgericht Düsseldorf del 26/08/2019⁵³ con la sentenza del TAR Lazio, Sez. I, n. 260 del 10/01/2020⁵⁴,

⁴⁹ V. EDPS, *Strategy 2013-2014, Towards Excellence in data protection*, Bruxelles, 22/01/2013, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/13-01-22_strategy_en.pdf.

⁵⁰ EDPS, *Preliminary opinion*, cit., 36-37.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² AGCM, Adunanza del 29/11/2018, *PS11112 - Uso dei dati degli utenti a fini commerciali: sanzioni per 10 milioni di euro a Facebook*, Roma, 07/12/2018, in *AGCM website*; Bundeskartellamt, *Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing*, 15/02/2019, in *Bundeskartellamt website*, Case B6-22/16.

⁵³ The Decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf) in interim proceedings, *Facebook v. Bundeskartellamt*, 26/08/2019, in *D'Kart Antitrust Blog*, Case VI-Kart 1/19 (V), eng. vers.; OLG Düsseldorf, 26/08/2019, Case VI-Kart 1/19.

⁵⁴ TAR Roma (Lazio) Sez. I, 10/01/2020, n. 260, in *De Jure*, 2020.

analizziamo quest'ultima evidenziando le differenze sostanziali e procedurali rispetto alla statuizione tedesca.

Nel 2018 l'AGCM aveva sanzionato, ai sensi della tutela del consumatore, due pratiche dell'impresa Facebook Inc. (FB).

La prima («ingannevole»⁵⁵) consiste nell'aver adottato, nella fase di prima registrazione dell'utente, un'informativa priva di immediatezza, chiarezza e completezza circa l'attività di raccolta e trattamento dei dati.

La seconda («aggressiva»⁵⁶) riguarda l'applicazione di un meccanismo che, secondo la ricostruzione dell'autorità, consentiva il trasferimento dei dati degli utenti dalla MSP Facebook ai siti web/app di terzi e viceversa (i c.d. *third-party data*), senza consenso espresso dell'interessato, per l'uso degli stessi a fini commerciali e di profilazione.

Avverso la decisione, Facebook Ireland Ltd. aveva presentato ricorso, chiedendo l'annullamento del provvedimento⁵⁷.

I motivi di ricorso ruotavano intorno a ragioni di competenza e al rapporto tra regolamentazioni.

L'impresa lamentava infatti un difetto assoluto di attribuzione dell'AGCM, poiché da un lato non vi era alcuna pratica commerciale, data la mancanza di corrispettivo patrimoniale, e dall'altro l'unica disciplina giuridica applicabile era la protezione dei dati personali.

Circa quest'ultimo punto, la MSP esaminata sosteneva la violazione del principio di specialità tra regolamentazioni, anche in materia sanzionatoria⁵⁸.

Secondo FB, nel caso in esame sussisteva infatti la competenza esclusiva dell'autorità "capofila" (l'autorità garante irlandese della *privacy*, data la sede europea del titolare del trattamento dei dati). Conseguentemente, nessun'altra autorità italiana avrebbe potuto sanzionarla.

Pertanto, l'impresa sarebbe stata sanzionata sulla base di una disciplina (quella sulle pratiche commerciali scorrette) la cui applicazione era imprevedibile, venendo in considerazione quanto meno un'interpretazione estensiva delle sanzioni sulle pratiche commerciali al tema distinto del trattamento dei dati personali.

In primis, il TAR Lazio ha statuito l'erroneità, da parte dell'AGCM, della ricostruzione del modello di integrazione con i *third-party data* della piattaforma FB. Il provvedimento dell'AGCM è stato così confermato solo in riferimento alla prima pratica, essendo illegittimo circa la seconda.

⁵⁵ Cfr. Artt. 21 e 22 del D.lgs. 206/2005.

⁵⁶ Cfr. Artt. 24 e 25 del D.lgs. 206/2005.

⁵⁷ Cfr. TAR Roma (Lazio) Sez. I, cit., 1-3.

⁵⁸ Cfr. Art. 3, co. 4 della Direttiva 2005/29/CE e Art. 19, co. 3 del D.lgs. 206/2005; Art. 9 della legge 689/1981.

Al fine di confermarlo per la prima condotta, l'organo giurisdizionale amministrativo ha scrutinato i motivi di ricorso di FB⁵⁹.

Il TAR Lazio ha sostenuto che la replica della ricorrente presuppone che l'unica tutela dei dati personali sia quella rintracciabile nella loro accezione di diritto fondamentale della persona e, conseguentemente, FB fosse tenuto esclusivamente al corretto trattamento dei dati.

Tuttavia, tale approccio è parziale, poiché ignora le potenzialità insite nella gestione dei dati personali, che sono un *asset* economico idoneo a fungere da controprestazione di un contratto. È erroneo sostenere l'esclusiva competenza dell'autorità irlandese della *privacy*, poiché sussiste un ulteriore campo di tutela dei dati, intesi quale possibile oggetto o "corrispettivo" di una compravendita. Dunque, «il fenomeno della patrimonializzazione del dato personale [...] impone agli operatori di rispettare quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a tutela del consumatore [...]»⁶⁰;

Inoltre, il TAR Lazio ha ribadito la non sovrapposibilità della disciplina *privacy* con quella a tutela del consumatore. Ciò si desume dalle considerazioni della CGUE nelle cause riunite del 13/09/2018⁶¹, dove viene statuito che la tutela del consumatore non trova applicazione unicamente ove disposizioni esterne (di altre *sector-specific regulations*) impongono ai «professionisti», senza alcun margine di manovra, obblighi incompatibili con quanto stabilito dalla Direttiva 2005/29/CE.

Conseguentemente, nel caso esaminato non sussiste alcuna incompatibilità tra le regole del GDPR e quelle della tutela del consumatore, in quanto le stesse si pongono in termini di complementarità. Per le stesse ragioni, non esiste neppure il rischio di un effetto plurisanzionatorio e non trova applicazione il principio di specialità.

«Dunque, il valore economico dei dati dell'utente impone al professionista di comunicare al consumatore (in modo trasparente, chiaro e comprensibile) che le informazioni ricavabili da tali dati saranno usate per finalità commerciali che vanno al di là dell'utilizzazione nel solo *social network*: in assenza di adeguate informazioni, ovvero nel caso di affermazioni fuorvianti, la pratica posta in essere può quindi qualificarsi come ingannevole⁶²».

La prima pratica presenta tale carattere, in quanto il messaggio adottato dalla MSP ("Iscriviti, Facebook è gratis e lo sarà sempre") lasciava intendere l'assenza di controprestazioni richieste all'utente.

⁵⁹ Sent. TAR Roma (Lazio) Sez. I, cit., 3-7.

⁶⁰ Sent. TAR Roma (Lazio) Sez. I, cit., § 6.

⁶¹ CGUE, Cause riunite C-54/17 e C-55/17, *AGCM contro Wind Tre S.p.A. e Vodafone Italia S.p.A.*, 13/09/2018, in *EUR-Lex*, ECLI:EU:C:2018:710.

⁶² Sent. TAR Roma (Lazio) Sez. I, cit., § 10.

Trattando adesso le pronunce tedesche del 2018-2019, occorre innanzitutto sottolineare che il garante nazionale antitrust aveva già condiviso l'orientamento del principio di complementarietà.

Infatti, il Bundeskartellamt assieme all'Autorité de la concurrence francese aveva espresso l'opinione secondo cui le data policies e le modalità di trattamento dei dati personali a fini commerciali devono essere valutate se hanno ripercussioni sulla concorrenza, nonostante (e proprio perché) il regime a protezione dei dati personali e il diritto antitrust mirino ad obiettivi differenti⁶³.

In tale opinione, le due autorità hanno citato il caso *Allianz Hungária* nella parte in cui la CGUE ha ritenuto che la non conformità agli obiettivi perseguiti da una diversa regolamentazione potesse essere presa in considerazione per valutare anche una sospetta restrizione della concorrenza⁶⁴.

Pertanto, circa le questioni giuridiche centrali della *data-driven economy*, possiamo sostenere che un'infrazione della disciplina privacy può essere oggetto di valutazione per accertare violazioni delle regole antitrust.

La diminuzione della privacy dell'utente potrebbe segnalare un presunto abuso di posizione dominante, laddove un operatore raccolga e tratti dati violando le norme sulla loro protezione e vi sia un'interazione tra la raccolta dei dati e la posizione di mercato dell'impresa. L'analisi delle *data policies* servirebbe così per valutare una condotta di sfruttamento (*exploitative*) dei dati, in particolare in un contesto in cui la maggior parte dei consumatori non legge le condizioni contrattuali e i termini di servizio⁶⁵.

Fatte tali premesse, è necessario notare che il Bundeskartellamt, a differenza dell'AGCM, ha proceduto nei confronti di FB ai sensi del diritto della concorrenza (anziché della tutela del consumatore), applicando il § 19 (1) e il § 32 del GWB.

Diversi autori hanno criticato la decisione di accertare la condotta sospetta con il diritto antitrust.

Sostengono infatti che il caso doveva essere risolto secondo la tutela del consumatore o la protezione dei dati⁶⁶. D'altronde, applicare le regole del diritto

⁶³ Cfr. Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, 10/05/2016, 23-24, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=pub; M. Botta, K. Wiedemann, *The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey*, in *Antitrust Bulletin*, 2019, 17, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3462983.

⁶⁴ CGUE, Caso C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. e altri contro Gazdasági Versenyhivatal*, 14/03/2013, in *EUR-Lex*, ECLI:EU:C:2013:160, §§ 46-47.

⁶⁵ Cfr. Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt, cit., 25.

⁶⁶ Cfr. G. Colangelo, M. Maggiolino, *Data Accumulation and the Privacy-Antitrust Interface: Insights from the Facebook Case for the EU and the U.S.*, in *Transatlantic Technology Law Forum - Working Paper No. 31*, 13/02/2018, <https://law.stanford.edu/publications/no-31-data-accumulation-privacy-antitrust-interface-insights-facebook-case-eu-u-s/>.

antitrust implica che l'autorità garante della concorrenza deve (tradizionalmente) procedere alla individuazione del mercato rilevante e dimostrare la posizione di dominio della piattaforma. Conseguentemente, quando si tratta di accertare clausole contrattuali sleali, l'onere della prova è significativamente più elevato rispetto a quello delle altre due discipline giuridiche menzionate⁶⁷.

La ragione per cui il Bundeskartellamt ha seguito questa via più difficile è che altrimenti risulterebbe incompetente a decidere. Infatti, in Germania le pratiche commerciali scorrette che ledono il benessere del consumatore possono essere accertate, ai sensi della tutela del consumatore, nei tribunali civili e solo a seguito di istanze da parte di istituzioni, associazioni e camere dell'industria e del commercio.

Notiamo così la prima differenza rispetto al procedimento avviato dall'AGCM: da un lato vi è tale autorità italiana dotata di poteri a garanzia tanto del diritto antitrust quanto della tutela del consumatore (diritto antitrust "largamente considerato"); dall'altro vi è il Bundeskartellamt con competenza esclusiva di diritto della concorrenza⁶⁸.

Proprio tale esclusività è stata considerata in sede giurisdizionale dall'Oberlandesgericht Düsseldorf nella statuizione del 2019.

Contrariamente a quanto sostenuto dal Bundeskartellamt, secondo la decisione dell'Oberlandesgericht, il trattamento dei dati da parte di FB non causa alcun danno competitivo rilevante. Ciò vale sia in riferimento ad un abuso di sfruttamento (*exploitative*) a danno degli utenti del social network, sia per quanto riguarda un abuso di esclusione (*exclusionary*) a danno di un concorrente effettivo o potenziale di Facebook⁶⁹.

Sebbene, sostiene l'organo giurisdizionale, l'autorità garante tedesca abbia correttamente definito il mercato rilevante, non ha però svolto indagini sufficienti sul c.d. *as if*, ossia non ha indicato quali sarebbero stati i termini di utilizzo dei dati se si fosse proceduto in circostanze di concorrenza leale.

Per quanto riguarda la raccolta e il trattamento (aggiuntivo) dei *third-party data*, l'Oberlandesgericht ha ritenuto che i dati possono essere duplicati senza difficoltà e sono a disposizione dei rivali, motivo per cui il loro utilizzo da parte di FB non indebolisce economicamente il consumatore e i concorrenti.

La dipendenza della fruizione dei servizi FB al consenso all'uso di dati aggiuntivi non significa necessariamente una perdita di controllo da parte dell'utente. Infatti, semplicemente rende necessario bilanciare i vantaggi dell'utilizzo di un social network finanziato dalla pubblicità con le conseguenze associate al trattamento dei *third-party data*. L'utente può effettuare questa valutazione autonomamente.

⁶⁷ Cfr. M. Botta, K. Wiedemann, *op. cit.*, 18.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Cfr. The Decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf, *cit.*, 6.

Inoltre, l'Oberlandesgericht Düsseldorf ha evidenziato che «l'abuso contemplato dalla clausola generale della Sez. 19, co. 1 GWB presuppone una valutazione che si basa su un bilanciamento globale degli interessi. Questo bilanciamento deve essere effettuato secondo la costante giurisprudenza della Corte suprema tedesca, tenendo conto dell'obiettivo del GWB diretto alla libera concorrenza. Secondo la Corte suprema federale, non qualsiasi illiceità, ai sensi della tutela del consumatore, costituisce un abuso di potere di mercato. Data la formulazione aperta, non si può dedurre che qualsiasi condizione contrattuale contraria alle norme previste per proteggere i consumatori sia inevitabilmente anche una condizione contrattuale abusiva ai sensi del § 19 (1) GWB»⁷⁰.

Infine, il Tribunale tedesco ha precisato che, dal punto di vista antitrust, l'unico fattore decisivo per una violazione è che il consenso richiesto ai consumatori, per elaborare i *third-party data*, sia stato così influenzato dalla piattaforma stessa che la dichiarazione non possa più essere considerata come frutto di una decisione autonoma dell'utente. Il Bundeskartellamt, che ha l'onere della prova a tale riguardo, non ha dimostrato che ciò avvenga.

Quindi, ad avviso dell'Oberlandesgericht Düsseldorf, i risultati dell'indagine che l'autorità garante tedesca ha ottenuto non forniscono indicazioni sulla connessione causale tra il consenso ottenuto da FB per i termini di trattamento dei dati e la sua posizione sul mercato *social networking*.

Il fatto che gli utenti accettino le condizioni d'uso per i dati aggiuntivi senza una lettura attenta non è espressione della dipendenza dell'utente o del potere di mercato dell'operatore di rete, ma l'esito di una valutazione individuale. Il risultato finale è che la partecipazione al *social network* è considerata da loro come più importante rispetto ai rischi associati all'elaborazione dei dati aggiuntivi.

Dunque, possiamo riassumere le differenze tra le decisioni dei garanti antitrust dei due Stati, l'Italia da un lato e la Germania dall'altro, nella seguente tripartizione:

- il Bundeskartellamt ha sanzionato Facebook sulla base del diritto antitrust, non potendo fare altrimenti date le proprie attribuzioni di potere; mentre l'AGCM ha scelto di operare secondo la tutela del consumatore;
- al Bundeskartellamt è stato contestato di non aver fornito sufficienti prove a sostegno delle proprie tesi; una tale contestazione è stata fatta anche all'AGCM dal TAR Lazio ma solo in riferimento alla seconda condotta sospetta, quella «aggressiva» relativa ai *third-party data*;
- il TAR Lazio ha confermato l'asimmetria informativa e la conseguente perdita di controllo degli utenti sui propri dati; mentre l'Oberlandesgericht Düsseldorf ha sostenuto che gli utenti bilanciano, in via autonoma e consa-

⁷⁰ The Decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf, cit., 12.

pevole, i vantaggi derivanti dall'utilizzo di un social network "gratuito" con le conseguenze associate al trattamento dei *third-party data*.

La competenza limitata del Bundeskartellamt nell'ambito della tutela del consumatore si potrebbe ampliare: per esempio, a seguito della nona modifica del 2017 al GWB, a tale autorità è stata attribuita la competenza per avviare indagini su presunte gravi violazioni dei diritti di un numero "significativo" di consumatori e procedere così nei corrispondenti giudizi civili⁷¹.

A questo punto, la domanda da porsi circa le sospette condotte di MSPs è la seguente: è sempre necessario sanzionare tali tipologie di pratiche attraverso le regole a tutela del consumatore piuttosto che servirsi del diritto antitrust, poiché quest'ultimo è più complicato da applicare?

Oltre al fatto che le sanzioni previste dalla disciplina a tutela del consumatore sono generalmente meno gravose di quelle della concorrenza, il *consumer protection law* accerta e porta a termine i comportamenti che danneggiano un piccolo gruppo di consumatori, piuttosto che affrontare le questioni strutturali che incidono sul grado di concorrenza nel mercato.

La sanzione imposta dall'AGCM è un buon esempio della limitata deterrenza operata dalle sanzioni previste a tutela del consumatore quando riguardano imprese di livello globale come Facebook. L'autorità garante italiana ha semplicemente imposto un'ammenda e una dichiarazione rettificativa, piuttosto che negoziare un impegno comportamentale volto a modificare i termini di utilizzo della piattaforma⁷².

In attesa della pubblicazione della sentenza, occorre notare che il 23 giugno 2020 il Bundesgerichtshof ha annullato la decisione dell'Oberlandesgericht Düsseldorf, confermando la tesi del Bundeskartellamt circa l'abuso di posizione dominante di Facebook per le modalità di raccolta e gestione dei *third-party data*⁷³. Avvalorando la necessaria considerazione degli aspetti multilaterali delle MSPs nella valutazione di sospette condotte anticoncorrenziali e l'applicazione del principio di complementarità, tale decisione può essere apprezzata come svolta politico-giuridica nell'ambito delle discipline analizzate.

Sicuramente una cooperazione tra le autorità nazionali nei procedimenti esaminati avrebbe favorito analisi più accurate delle pratiche sanzionate e decisioni effettivamente deterrenti⁷⁴.

⁷¹ Cfr. M. Botta, K. Wiedemann, *op. cit.*, 18.

⁷² Cfr. AGCM, Adunanza del 29/11/2018 cit., 39-41; M. Botta, K. Wiedemann, *op. cit.*, 23-24.

⁷³ Bundesgerichtshof, *Bundesgerichtshof bestätigt vorläufig den Vorwurf der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Facebook*, 23/06/2020, in *Bundesgerichtshof website*, KVR 69/19.

⁷⁴ Il 21/01/2020, l'AGCM ha avviato un procedimento di inottemperanza nei confronti di Facebook Inc. e Facebook Ireland Ltd. per non aver attuato quanto prescritto nel proprio provvedimento del 29/11/2018. Si veda AGCM, Adunanza del 21/01/2020, IP330 – *Avviato procedimento di inottemperanza per Facebook*, Roma, 24/01/2020, in *AGCM website*.

6. *Il modello europeo del Digital Clearinghouse*

Se la circolazione di dati sia vantaggiosa agli interessati (nel caso in esame, gli utenti affiliati ad una MSP) oppure al titolare del trattamento di dati (la MSP), l'analisi economica della *privacy* ha mostrato che non è possibile fornire un'unica risposta. L'efficienza economica dipende infatti da molti fattori, fra i quali il mercato di riferimento, le preferenze degli interessati e le caratteristiche specifiche del caso esaminato⁷⁵.

Il diritto antitrust, la tutela del consumatore e il diritto alla protezione dei dati personali condividono l'obiettivo generale di proteggere il benessere degli individui nella moderna economia di mercato.

Nondimeno, la tutela del consumatore è meno uniforme nell'UE rispetto agli altri due settori giuridici, a causa sia del recepimento nazionale delle direttive che la disciplinano, sia delle modalità procedurali che la garantiscono.

Infatti, mentre alcuni Stati membri hanno conferito ad un'autorità amministrativa il potere di garantire l'osservanza delle regole a protezione del «consumatore»⁷⁶, altri si affidano al sistema di tutela giurisdizionale⁷⁷.

Sosteniamo che le tre discipline giuridiche analizzate possono essere considerate contestualmente anche laddove si debbano applicare le regole di una sola di esse, poiché nel *Digital Single Market* non si può trascurare alcuno degli interessi del trattamento di dati. Come preannunciato, sarebbe opportuno adottare un approccio olistico anche procedimentale, sia nella fase della regolazione, sia nella fase dell'esecuzione e del controllo. Benché da un lato i tre regimi giuridici proteggono interessi e hanno regimi di applicazione diversi, dall'altro essi condividono obiettivi.

Come riconosciuto dall'AGCM, che ha respinto la replica di FB secondo cui le condizioni contrattuali per la registrazione *online* non erano «seali» data la previa approvazione dell'Irish Data Protection Authority⁷⁸, la conformità ad uno dei regimi in questione non garantisce il rispetto degli altri.

Al fine di trovare una soluzione procedimentale, nel 2014⁷⁹ l'EDPS ha proposto di istituire il c.d. *Digital Clearinghouse*, così da favorire la cooperazione tra

⁷⁵ M. Botta, K. Wiedemann, *op. cit.*, 4. Per l'analisi economica della *privacy*, tali autori rinviano a W. Kerber, *Digital Markets, Data and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection*, in *MACIE Paper Series nr. 2016/3*, 2016, https://www.uni-marburg.de/fb02/makro/forschung/magkspapers/paper_2016/14-2016_kerber.pdf.

⁷⁶ Come visto, l'AGCM è responsabile sia dell'*acquis* antitrust, sia di quello a tutela del consumatore.

⁷⁷ La Germania, ad esempio, segue un sistema giurisdizionale. Il consumatore può infatti far valere i propri diritti attraverso azioni civili o tramite sistemi di ricorso alternativi (arbitrato, mediazione, ecc.). Attualmente, non esiste alcuna autorità garante pubblica in Germania incaricata di adottare decisioni amministrative per la tutela del consumatore. Vedi M. Botta, K. Wiedemann, *op. cit.*, 12, nota 58.

⁷⁸ AGCM, *PS11112*, cit., § 48.

⁷⁹ EDPS, *Opinion 8/2016, Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of Big Data*, 23/09/2016, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-09-23_bigdata_opinion_en.pdf.

autorità della concorrenza, della tutela del consumatore e della privacy, disposte a discutere le migliori modalità per applicare le norme nell'interesse dell'individuo⁸⁰.

Il *Digital Clearinghouse* mira a creare una piattaforma che faciliti la cooperazione, il dialogo e lo scambio di migliori pratiche tra autorità di regolazione, garanti, responsabili politici, ricercatori ed altre parti interessate. L'obiettivo è garantire una protezione agli individui efficiente e sostenibile nell'era dei *Big Data* e dell'intelligenza artificiale.

Con la risoluzione 2017, il Parlamento europeo ha approvato «l'istituzione e l'ulteriore sviluppo del *Digital Clearinghouse* come rete volontaria di organismi di controllo che possa contribuire a migliorare il loro lavoro e ad approfondire le sinergie e la salvaguardia dei diritti e degli interessi delle persone»⁸¹.

In dettaglio, gli obiettivi di tale progetto sono:

- a) scambiare le migliori pratiche sulla tutela degli individui nei mercati digitali attraverso le diverse discipline giuridiche; e
- b) riunire le parti interessate coinvolte in questa sfida.

Per quanto riguarda i “regolatori”, le riunioni sono organizzate due volte l'anno. Una nota accademica, pubblicata sul link del *Digital Clearinghouse*⁸², costituisce la base della discussione durante ogni tavola rotonda. Tutti i regolatori dell'ecosistema digitale, con sede o meno nell'UE, sono invitati a prendervi parte.

Circa i “legislatori”, l'European Policy Center predispose dei programmi. Il fine di questi indirizzi è quello di trasmettere le informazioni acquisite durante il progetto ai responsabili politici.

Per le “parti interessate”, sono organizzate numerose conferenze internazionali aperte al pubblico. L'obiettivo è quello di riunire diverse parti per scambiare opinioni sulle attuali sfide della protezione degli interessi degli individui.

Infine, per quanto riguarda i “ricercatori”, è stata creata una pagina web per raccogliere ricerche accademiche pertinenti ai temi e condividere conoscenze su azioni di contrasto globali⁸³.

Il *Digital Clearinghouse* potrebbe avere un impatto significativo sulla *data-driven economy*, riunendo periodicamente le autorità antitrust, della tutela del consumatore e della *privacy* al fine di progettare, stabilire e tenere sotto esame le necessarie forme di cooperazione.

Tuttavia, la cooperazione deve ancora migliorare.

A livello nazionale, per esempio, le autorità di regolazione dei tre settori giuridici potrebbero cooperare in vari modi, attraverso lo scambio di informazioni

⁸⁰ Cfr. EDPS, *Big Data & Digital Clearinghouse*, https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/subjects/big-data-digital-clearinghouse_en.

⁸¹ Vedi <https://www.digitalclearinghouse.org>.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Vedi <https://www.digitalclearinghouse.org/policyreports>.

nelle rispettive indagini, con l'organizzazione stessa di indagini o di discussioni sui rimedi da adottare. Tale cooperazione dovrebbe superare i confini nazionali e condurre alla creazione di una rete transnazionale di regolatori attivi in diversi settori.

Nelle vicende giuridiche esaminate che hanno coinvolto Facebook, il Bundeskartellamt ha collaborato strettamente con autorità garanti *privacy*, mentre l'AGCM ha richiesto il parere del garante italiano per le comunicazioni elettroniche (AGCOM) prima di adottare la sua decisione. Tuttavia, nessuna cooperazione ha avuto luogo tra le due autorità nazionali della concorrenza. Il fatto che le due autorità, entrambe membri dell'European Competition Network (ECN), non abbiano coordinato le loro azioni di contrasto è un segno che il *Digital Clearinghouse* non è stato fino ad oggi istituzionalizzato in modo efficace⁸⁴.

Sicuramente, esso costituisce un tassello innovativo di un sistema sempre più intrecciato ed interdisciplinare, nel quale tradizionalmente si era proceduto a "compartimenti stagni", non affrontando così problemi che il *Digital Clearinghouse* potrebbe porre all'attenzione dei regolatori e agenti che operano nel Mercato Unico Digitale europeo.

7. Favorire servizi *privacy-enhancing* come vantaggio competitivo

Riconoscere il valore effettivo delle informazioni personali negli atti dei garanti, delle istituzioni e nelle pronunce giustiziali e giudiziali, potrebbe favorire i c.d. servizi *privacy-enhancing*⁸⁵. Adottare discipline di favore nei confronti di coloro che offrono tale tipologia di servizi, potrebbe avere effetti positivi altresì sul benessere del consumatore e, indirettamente, sull'applicazione del diritto antitrust.

Per esempio, se le *multi-sided media platforms* fossero severamente obbligate ad essere trasparenti sul valore dei dati e sulle analisi di mercato, inizierebbero a cercare vantaggi competitivi riducendo il periodo di conservazione delle informazioni o fornendo un pulsante "cancella i miei dati"⁸⁶.

Inoltre, le MSPs che adottino un sistema di certificazione di elevata protezione della *privacy* potrebbero anche essere esentate dal divieto di intese restrit-

⁸⁴ Cfr. M. Botta, K. Wiedemann, *op. cit.*, 25.

⁸⁵ La Commissione europea ha definito le tecnologie *privacy-enhancing* come «un sistema coerente di misure tecnologiche della comunicazione che proteggono la *privacy* eliminando o riducendo i dati personali raccolti o impedendo il trattamento non necessario e/o indesiderato dei dati, senza tuttavia perdere le funzionalità del sistema di informazione». Comunicazione della Commissione, «Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio, sulla promozione della protezione dei dati mediante tecnologie di rafforzamento della tutela della vita privata (PET)», Bruxelles, 02/05/2007, COM (2007) 228 def., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?uri=CELEX:52007DC0228>.

⁸⁶ *Ibidem*.

tive della concorrenza, purché soddisfino le condizioni di cui all'Art. 101, co. 3 del TFUE⁸⁷.

Proprio nell'adozione di codici di condotta e di meccanismi di certificazione viene rintracciata un'espressione del principio di trasparenza, in quanto entrambi contribuiscono alla corretta applicazione delle regole *privacy*, tenendo in considerazione anche le specificità dei settori di trattamento e le esigenze delle micro, piccole e medie imprese (Sez. 5, Capo IV del GDPR). Non soltanto il GDPR si esprime in tale senso, ma anche il nuovo Regolamento (UE) 2019/1150, ai sensi dell'Art. 17. D'altronde, anche per fronteggiare situazioni di conflitto di interessi, si raccomanda l'adozione di mezzi tecnici, oltre che legali e economici, che consentano una descrizione trasparente dei trattamenti differenziati che la MSP applica ai propri beni e/o servizi offerti rispetto a quelli venduti, sulla sua stessa piattaforma, dagli «utenti-commerciali» concorrenti (v. il considerando 31 del Regolamento 2019/1150).

Tuttavia, il mercato dei servizi *privacy-enhancing* è debole nell'ecosistema digitale. Questo perché la maggior parte dei consumatori appare tuttora inconsapevole del grado di invasività nelle loro ricerche. Di conseguenza, poche imprese hanno rilevato un vantaggio competitivo nel migliorare la *privacy* delle loro offerte⁸⁸.

Nonostante ciò, in alcuni mercati i consumatori potrebbero considerare un'offerta più rispettosa della loro *privacy* come di “qualità” migliore rispetto a un servizio che dispone di una *data policy* poco chiara.

Per esempio, nella consulenza legale o medica, nel *private banking* o nell'offerta di servizi di lusso, le imprese competono proprio nel proteggere la *privacy*. È ragionevole presumere che in tali mercati il mancato rispetto delle regole a protezione dei dati danneggerebbe *in primis* il potere di mercato dell'impresa⁸⁹.

Gli utenti che sono stati finora abituati a usufruire di servizi *online* gratuitamente, sono disposti a fornire informazioni personali in cambio di tali servizi, indipendentemente dalla consapevolezza dei rischi associati. Per tali altri mercati, termini più rispettosi delle regole in materia di *privacy* potrebbero non innescare automaticamente una percezione di “qualità” superiore del prodotto offerto⁹⁰.

Quindi, le imprese che operano nel *Digital Single Market* non considerano ancora la *privacy* come vantaggio competitivo. Al contrario, esiste il pericolo di una “corsa verso il basso” nella protezione dei dati: il mancato rispetto delle

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Cfr. EDPS, *Preliminary opinion*, cit., 11.

⁸⁹ Cfr. EDPS, *Preliminary opinion*, cit., 33.

⁹⁰ «Quando i consumatori devono scegliere tra l'acquisto di un bene e/o servizio offerto da una impresa rispettosa della privacy o da una impresa che offre il prodotto ad un prezzo più economico, quest'ultima ne attira la stragrande maggioranza». Così in S. Preibusch, D. Kuebler, A. Beresford, *Price versus privacy: an experiment into the competitive advantage of collecting less personal information*, 2013, http://test.preibusch.net/publications/Preibusch-Kuebler-Beresford__Price_versus_privacy_experiment.pdf.

regole potrebbe essere sintomatico del potere di mercato, con costi di esternalità sostenuti dagli utenti.

Un approccio olistico alla regolazione (*ex ante* ed *ex post*) delle tre discipline giuridiche considerate e un *modus operandi* interconnesso tra la protezione dei dati e la concorrenza, potrebbe stimolare uno sviluppo efficace e sostenibile della *data-driven economy*⁹¹.

Per un'economia digitale e una società fondata sui valori dell'UE, le istituzioni europee e nazionali possono ancora fare tanto per garantire prodotti rispettosi della *privacy*.

Maggiore trasparenza, trattamento equo, scelta libera e consapevole del consumatore e assenza di barriere all'entrata dei mercati costituiscono tutti obiettivi compatibili e complementari tra loro⁹².

Come ha espressamente sostenuto l'EDPS nel 2016: «L'Unione Europea dovrebbe [...] prendere in considerazione la fattibilità di un'area comune in cui le persone possano interagire senza timore di essere rintracciate e di subire inferenze ingiuste. [...] Ciò potrebbe portare a termine la scelta binaria tra servizi “gratuiti” che sono finanziariamente sostenibili solo attraverso le inserzioni pubblicitarie personalizzate e servizi a pagamento (da cui gli utenti fuggono): **la privacy non è un lusso ma un diritto universale e non dovrebbe essere disponibile solo a coloro che dispongono delle risorse per pagare.** [...] Questo dovrebbe essere il vero spazio comune europeo, con garanzie adeguate e pieno rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, comprese le condizioni che regolano eventuali limitazioni di diritti e libertà stabilite nell'articolo 52, co. 1»⁹³.

8. *Considerazioni conclusive*

Alla luce dei risultati illustrati, il bilancio che si può trarre è positivo.

Il recente modello europeo del *Digital Clearinghouse*, di ricerca e cooperazione amministrativa per le problematiche esaminate, è stato recepito nel sistema italiano.

Il 10 febbraio 2020, l'AGCM, l'AGCOM e il Garante per la Protezione dei dati personali hanno pubblicato infatti nelle rispettive *home page*, il rapporto

⁹¹ Cfr. EDPS, *Preliminary opinion*, cit., 33-34; A. Colaps, *Garantire la protezione dei diritti fondamentali nel mercato unico digitale: verso un approccio sinergico tra il diritto della concorrenza e la protezione dei dati*, in *Mercato Unico Digitale, dati personali e diritti fondamentali*, a cura di F. Rossi Dal Pozzo, Milano, 20/07/2020, 71-94, <http://rivista.eurojus.it/mercato-unico-digitale-dati-personali-e-diritti-fondamentali/>.

⁹² EDPS, *Opinion 8/2016*, cit., 16.

⁹³ *Ibidem*.

finale delle indagini conoscitive condotte congiuntamente in materia di *Big Data*, risultando così precursori nazionali di un approccio innovativo⁹⁴.

Tale rapporto finale è frutto di analisi olistiche, sviluppate con il contributo di professori universitari, esperti delle discipline giuridiche coinvolte e a seguito di riunioni con le parti interessate.

I risultati dell'indagine sono distribuiti in cinque capitoli più uno conclusivo, assegnati allo studio delle relative autorità amministrative indipendenti. Infine, nel capitolo conclusivo sono descritte le linee guide e le raccomandazioni da seguire⁹⁵.

Per valutare se quanto auspicato dall'EDPS è stato recepito a livello nazionale, esaminiamo il capitolo conclusivo del rapporto finale in riferimento ai due obiettivi del presente elaborato.

Per quanto concerne il primo, le indagini conoscitive confermano che l'AGCM, come le altre autorità garanti coinvolte, partecipa al *Digital Clearinghouse* per valutare le implicazioni dei *Big Data* sotto il profilo della protezione dei dati personali, della tutela del consumatore e della concorrenza. Inoltre, il rapporto finale si esprime nel senso di favorire l'istituzione di un "coordinamento permanente" tra le tre autorità italiane (AGCM, Garante Privacy e AGCOM), in quanto un'efficace politica pubblica sui dati richiede non solo l'*enforcement*, ma anche un'adeguata attività di *advocacy*⁹⁶. In particolare, tale coordinamento potrebbe favorire soluzioni olistiche, consentendo alle regole di concorrenza di trovare applicazione anche laddove vengano in gioco elementi inesplorati dal diritto antitrust ma regolati dagli altri diritti, i quali singolarmente considerati lasciano illegittimi spazi d'azione alle MSPs.

Per quanto riguarda il secondo obiettivo, gli effetti di rete e l'estrema capacità di profilazione possono agevolare comportamenti abusivi idonei a ridurre la concorrenza negli ecosistemi digitali delle MSPs. In particolare, considerato che grandi imprese digitali sono attive su più mercati («mercati multilaterali»), la definizione del mercato rilevante ai fini dell'accertamento del potere di mercato dovrebbe essere adeguata, tenendo in considerazione ulteriori elementi. Tra questi spicca la tutela del benessere del consumatore e, conseguentemente, diventa opportuno non confinare l'analisi ai tradizionali parametri antitrust, legati a prezzi e quantità, ma estenderla anche alla qualità, all'innovazione e all'equità. D'altronde, proprio la "qualità" del bene e/o servizio offerto rappresenta il collegamento tra diritto della concorrenza e diritto alla protezione dei dati⁹⁷.

⁹⁴ AGCM, AGCOM e Garante per la protezione dei dati personali, *Indagine Conoscitiva sui Big Data*, Roma, 10/02/2020, <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2020/2/Big-Data-pubblicata-indagine-Agcom-Agcm-e-Garante-privacy>.

⁹⁵ AGCM, AGCOM e Garante per la protezione dei dati personali, *op. cit.*, 5.

⁹⁶ Cfr. AGCM, AGCOM e Garante per la protezione dei dati personali, *op. cit.*, 114-115 e 120.

⁹⁷ Cfr. AGCM, AGCOM e Garante per la protezione dei dati personali, *op. cit.*, 118.

Il problema delle competenze settoriali e l'adozione di un approccio olistico alla data-driven economy

Il contributo analizza la *data-driven economy*, intesa come ecosistema digitale in cui i dati sono raccolti e gestiti per ricavare valore dalle informazioni ottenute.

Uno spazio comune di dati necessita un continuo bilanciamento di interessi e diritti (apparentemente) contrastanti: *in primis* la libertà di iniziativa economica e i valori fondamentali dell'individuo. Occorre pertanto individuare un equilibrio efficiente e sostenibile tra il diritto antitrust, la tutela del consumatore e il diritto alla protezione dei dati personali.

Per regolare settori e decidere casi concernenti il trattamento di dati, bisogna adottare un approccio olistico, date le loro caratteristiche.

Duplici è l'obiettivo dell'elaborato: da un lato si vuole sostenere la necessità di cooperazione tra garanti e regolatori delle discipline giuridiche menzionate; dall'altro si vuole offrire una disamina circa il ruolo del diritto antitrust e la possibilità che lo stesso funga da strumento di regolazione *ex post*, al fine di favorire servizi *privacy-enhancing*.

The issue of sector-specific competences in the data-driven economy and the adoption of a holistic approach

This article analyses the digital ecosystem in which data are collected and managed by a network of agents seeking to generate profit from the information gathered: the so-called data-driven economy.

The common European data space requires continuous balancing between (apparently) conflicting interests and principles: primarily between the freedom of economic initiative and the fundamental rights of the individual. Overall, an efficient and sustainable equilibrium must be determined between competition law, consumer protection law and data protection law. Given these characteristics, it is necessary to adopt a holistic approach to both the regulation of the sectors involved in the treatment of data and the resolution of cases concerning this issue.

The aim of the article is twofold: firstly, it argues in favour of the need for cooperation between supervisory authorities and regulators of the aforementioned legal disciplines; secondly, it provides an examination of the role of competition law and its potential to act as an instrument of regulation *ex post*, favouring the development of privacy-enhancing services.