

DOTTORATO DI RICERCA IN

DIRITTO ED IMPRESA

XXX° CICLO

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Giuseppe Melis

**L'ACCESSO AI BIG DATA NEL DIRITTO
EUROPEO DELLA CONCORRENZA
RIFLESSIONI SULL'APPLICABILITÀ
DELL'*ESSENTIAL FACILITY DOCTRINE***

Candidato:

Tutor:

Dott.ssa

Chiar.mo Prof.

Nicoletta De Mucci

Gustavo Olivieri

INDICE

Introduzione.....	5
Capitolo I.....	7
L'«ecosistema» dei Big Data	7
<i>1.1. Il ciclo dei Big Data.....</i>	<i>9</i>
<i>1.2. I soggetti attivi nell'ecosistema</i>	<i>12</i>
1.2.1. Le piattaforme on-line	14
1.2.2. I fornitori di contenuti	20
1.2.3. I venditori di prodotti e servizi	21
1.2.4. Gli operatori del settore pubblico	30
1.2.5. I data brokers	37
1.2.6. I fornitori di infrastrutture informatiche	38
<i>1.3. Gli assetti proprietari dei Big Data.....</i>	<i>41</i>
1.3.1. Il diritto degli utenti al controllo dei propri dati personali	42
1.3.2. La tutela IP dei Big Data	48
1.3.3. Su un possibile modello di ripartizione dei diritti proprietari	56
Capitolo II.....	60
I Big Data in una prospettiva <i>antitrust</i>	60
<i>2.1. I Big Data come potenziale strumento di collusione.....</i>	<i>61</i>
<i>2.2. Big Data: mercato rilevante?.....</i>	<i>66</i>
<i>2.3. La prassi della Commissione Europea.....</i>	<i>75</i>
<i>2.4. I Big Data e gli effetti di foreclosure nei mercati data driven.....</i>	<i>81</i>
2.4.1. Le barriere all'entrata nel Big Data Capture	81
2.4.2. Le barriere all'entrata nel Big Data Storage.....	91
2.4.3. Le barriere all'entrata nel Big Data Analytics.....	93
<i>2.5. Big Data e abusi di posizione dominante</i>	<i>94</i>

Capitolo III.....	104
Big Data: Essential Facility Test	104
3.1. <i>I presupposti per l'applicabilità dell'EFD. Cenni di teoria generale.....</i>	<i>106</i>
3.1.1. Sull'esistenza di un'infrastruttura "essenziale" per svolgere un'attività economica a valle	107
3.1.2. Sull'unicità e non replicabilità della facility.....	112
3.1.3. Il diniego all'accesso non sorretto da una razionale giustificazione economica	114
3.2. <i>L'(in)applicabilità dell'EFD ai Big Data.....</i>	<i>115</i>
3.2.1. Sulla compatibilità tra l'EFD e l'ecosistema dei Big Data.....	116
3.2.2. L'oggetto dell'eventuale obbligo di accesso	117
3.2.3. L'unicità e la non replicabilità dei dataset.....	119
3.2.4. Conseguenze di un'eventuale applicazione dell'EFD ai dataset.....	128
3.3. <i>Tra il diritto della concorrenza e il diritto alla protezione dei dati personali: la portabilità dei dati</i>	<i>131</i>
3.4. <i>Regolare l'accesso ai Big Data</i>	<i>138</i>
3.4.1. Top-Regulation.....	138
3.4.2. Co-Regulation e Self-Regulation	143
Conclusioni	147
Bibliografia	151

INTRODUZIONE

L'interesse delle imprese a raccogliere il maggior numero possibile di informazioni riguardo le abitudini di acquisto e i *trend* di consumo dei propri clienti non è nato con l'economia digitale.

Questa, tuttavia, ha reso la raccolta di tali informazioni molto più semplice, veloce e accurata grazie alla diffusione capillare di strumenti “*smart*”, il cui funzionamento è legato alla connessione ad *internet*. Infatti, una volta che gli individui hanno iniziato ad acquistare prodotti e servizi, fruire di notizie e di contenuti multimediali video - musicali, ricevere corrispondenza o consultare lo stato del traffico in rete, è diventato effettivamente possibile accedere ad una mole di informazioni estremamente ampia - i c.d. Big Data - sulla base della quale elaborare analisi predittive utili ad orientare scelte e strategie commerciali.

I Big Data però non rappresentano soltanto un vantaggio competitivo per le imprese che li possiedono, ma anche uno strumento suscettibile di creare forti disparità e concentrazione dei mercati collegati. Ciò è principalmente dovuto al fatto che non tutte le imprese hanno uguale capacità di accesso ai dati e di analisi degli stessi.

Tale circostanza preoccupa non poco le istituzioni europee, che hanno visto proprio nel diritto della concorrenza uno dei possibili rimedi idonei a garantire un più ampio accesso ai dati anche da parte delle piccole e medie imprese.¹

Scopo della presente analisi è dunque quello di valutare se e fino a che punto il diritto *antitrust* costituisca lo strumento più adatto a creare un *level playing field* nella capacità di accesso ai Big Data.

A tal fine, nel primo capitolo, sarà fornita una descrizione del

¹ Cfr. Comm. Eu., 10 gennaio 2017, *Building a European Data Economy*, Com. n. 9/2017, documento di accompagnamento, p. 21.

processo di raccolta, organizzazione e analisi dei Big Data, dei principali soggetti che li utilizzano e dei loro modelli di *business*. Saranno anche introdotti alcuni temi di intersezione con il diritto alla *privacy* e il diritto industriale, al fine di delineare, infine, un possibile modello degli assetti proprietari che caratterizzano i dati.

Nel secondo capitolo, si passerà poi all'analisi dei Big Data secondo le categorie e gli strumenti tipici del diritto della concorrenza. In particolare, ci si soffermerà sulla possibilità di definire un mercato della raccolta dei dati e sulle barriere all'accesso che caratterizzano tutte le fasi del loro ciclo di vita. Inoltre, sarà valutata la possibilità di qualificare la raccolta di una mole di dati particolarmente significativa da parte delle piattaforme quale abuso di sfruttamento.

Infine, nel terzo ed ultimo capitolo, dopo aver fornito qualche fondamento teorico sull'*essential facility doctrine*, se ne valuterà l'applicabilità ai Big Data e le conseguenti eventuali implicazioni pratiche da un punto di vista contrattuale. Contestualmente, si analizzerà la fattispecie del diritto alla portabilità dei dati come possibile "sostituto" dell'*essential facility doctrine* nell'ottica di consentire un più ampio accesso ai Big Data, conformemente alle indicazioni della Commissione Europea.

Infine, si prenderà in esame l'opportunità del rimedio regolatorio quale alternativa al diritto *antitrust*.

CAPITOLO I

L'«ECOSISTEMA» DEI BIG DATA²

SOMMARIO: 1.1. Il ciclo dei Big Data; - 1.2. I soggetti attivi nell'ecosistema; - 1.2.1. Le piattaforme on-line; - 1.2.2. I fornitori di contenuti; - 1.2.3. I venditori di prodotti e servizi; - 1.2.4. Gli operatori del settore pubblico; - 1.2.5. I data brokers; - 1.2.6. I fornitori di infrastrutture informatiche; - 1.3. Gli assetti proprietari dei Big Data; - 1.3.1. Il diritto degli utenti al controllo dei propri dati personali; - 1.3.2. La tutela IP dei Big Data; - 1.3.3. Su un possibile modello di ripartizione dei diritti proprietari.

I Big Data sono flussi di informazioni composti dai dati più variegati, da quelli personali rilasciati dagli utenti della rete *internet*, direttamente o indirettamente, a quelli riguardanti ogni aspetto del reale, dal meteo, alla ricerca scientifica, fino alle opere letterarie.

Nessuno di questi dati ha valore di per sé. Ciò che li rende preziosi è il loro innesto in un più ampio volume di informazioni con cui combinarli allo scopo di ricavare elaborazioni e previsioni sempre più esatte, in cui l'attendibilità dell'analisi è data dall'ampiezza numerica del campione statistico di riferimento.³

Secondo la definizione utilizzata dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), i Big Data sono definibili come un patrimonio informativo caratterizzato da un Volume, una Velocità, e una Varietà così elevati da richiedere specifiche tecnologie e processi di analisi per la loro conversione in

² Cfr. OCSE, *Big Data: bringing competition policy into the digital era*, 2016, p. 12, <http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>.

³ Si tratta del parametro di indagine per cui *n=tutti*. Cfr. V. MAYER - SCHONBERGER - K. CUKIER, *Big Data, Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere*, Milano, 2013, p. 16.

Valore.⁴

È questo il c.d. approccio delle 3 $V(s)$.⁵

Il Volume corrisponde alla quantità dei dati processati a livello globale, in continua crescita grazie alla diffusione dell'uso di *internet* tra gli individui, che rappresentano la principale “fonte” della raccolta di Big Data.⁶

La Velocità è invece misurata dal tempo necessario per l'accesso ai dati, per poterli processare e analizzare al fine di prevedere eventi futuri. Si tratta del metodo noto come *now - casting*, utile sia a prevedere i possibili comportamenti di potenziali clienti, sia a “tracciare” l'esistenza di possibili nuovi concorrenti, a partire, ad esempio, dal numero di *downloads* di una nuova applicazione telefonica. Tale metodo consiste nella continua elaborazione di dati nuovi e aggiornati allo scopo di prevedere, con il maggior livello di accuratezza possibile, cosa avverrà nell'immediato futuro. La Velocità assume una diversa rilevanza a seconda del livello di obsolescenza a cui sono soggetti i dati raccolti, che varia in funzione della loro tipologia e del genere di impiego a cui sono destinati.

La Varietà dei Big Data, infine, attiene all'eterogeneità delle

⁴ Cfr. OCSE, cit., p. 5, ove viene ripresa la definizione di A. DE MAURO - M. GRECO - M. GRIMALDI, *A formal definition of Big Data based in its essential features*, in *Library Review*, Vol. 65, pp. 122 - 135. Marzo 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2938397.

⁵ Cfr. M.E. STUCKE - A.P. GRUNES, *Debunking the myths over Big Data and Antitrust*, in *CPI Antitrust Chronicle, University of Tennessee Legal Studies Research Paper*, No. 276, 2015, p. 2. Si vedano anche X. BOUTIN – G. CLEMENS, *Defining 'Big Data' in Antitrust*, 21 Marzo 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2938397, p. 7.

⁶ Secondo le stime dell'impresa statunitense CISCO, si prevede un incremento nel volume dei Big Data del 25% nel periodo 2014 - 2019. Sul punto, cfr. OCSE, *ibidem*.

informazioni che un operatore è in grado di raccogliere a partire non soltanto dalle informazioni direttamente fornite da un determinato soggetto, ma anche dall'osservazione dei comportamenti tenuti da quest'ultimo in rete.

Le 3 $V(s)$ combinate insieme danno come risultato la “quarta V” che caratterizza l'ecosistema dei Big Data, ossia, il loro Valore, consistente appunto nella capacità di processare ed estrarre informazioni economicamente utili dai Big Data.⁷ L'evoluzione tecnologica ha inoltre permesso di aggiungere altre due V alla definizione di Big Data: (i) la Veridicità, cioè l'accuratezza e l'affidabilità dei Big Data e (ii) la Verifica, ossia il controllo sul fatto che i Big Data raccolti siano processati nel rispetto delle leggi applicabili.

Ai Big Data caratterizzati non più solo alle 3 $V(s)$, ma dalle 6 $V(s)$ viene così attribuita la qualifica di Big Data «*virtuosi*».⁸

1.1. Il ciclo dei Big Data

Il processo di estrazione, analisi e trasformazione in valore dei Big Data può essere suddiviso in tre diverse fasi:⁹ (i) Big Data *Capture*; (ii) Big Data *Storage* e (iii) Big Data *Analytics*.

La prima fase di Big Data *Capture* consiste nella raccolta dei dati strutturati, non strutturati e semi strutturati¹⁰ in un sistema di

⁷ Cfr. OCSE, cit., p. 6, secondo cui il valore «è insieme causa e conseguenza delle tre V, Volume, Velocità e Varietà».

⁸ Cfr. V. BAGNOLI, *The Big Data relevant market*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016, p. 80.

⁹ Cfr. V. BAGNOLI, *op. cit.*, p. 91 ss. e V. BAGNOLI, *The Definition of the Relevant Market, Verticalization and Abuse of Dominant Position in the Era of Big Data*, 6 Novembre 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3216679, p. 21 ss.

¹⁰ I dati strutturati sono dati già sistematizzati e ordinati (un *dataset*

comunicazioni elettroniche. La raccolta può avere natura diretta o indiretta. Nel primo caso, i dati sono rilasciati direttamente dal singolo utente (generalità, commenti, contenuti multimediali, foto, *etc.*); nel secondo, invece, si tratta di dati “tracciati” dal soggetto che effettua la raccolta attraverso strumenti informatici (posizione geografica, cronologia dei siti *web* visitati, transazioni eseguite *on-line*, *etc.*).

A ciò si aggiunga che i dati possono essere raccolti a partire dalla semplice osservazione del comportamento degli utenti sul *web*, anche senza procedere alla loro identificazione. Ciò è possibile grazie a diverse tecniche, tra cui le principali sono: (i) il *crawling*, tipicamente utilizzato dai motori di ricerca per classificare i siti disponibili; (ii) il *tracking*, ossia il monitoraggio delle interazioni *on-line* degli utenti su diversi siti *web* o su un singolo sito; (iii) la deduzione di dati da informazioni precedenti, come - ad esempio - l'individuazione del sesso di un utente a partire dalla tipologia di vestiti che questo ha visualizzato.

Non è detto che la fase del *Big Data Capture* sia eseguita direttamente dallo stesso soggetto che poi utilizza in concreto i dati (*Big Data Supplier*).

Questo potrebbe, infatti, esternalizzare tale fase al titolare di un'infrastruttura informatica in grado di acquisire, archiviare e elaborare grandi quantità di dati (*Big Data Provider*) che la metta a

contenente le generalità anagrafiche di determinati soggetti). All'opposto, i dati non strutturati sono del tutto svincolati da qualsiasi classificazione: il loro riutilizzo a fini commerciali richiede pertanto algoritmi di lavorazione sofisticati (si pensi al testo di una poesia). I dati semi - strutturati presentano caratteristiche intermedie tra le altre due tipologie: sebbene non siano dati organizzati, sono espressi in un linguaggio informatico interoperabile (html) che ne rende più facile la lavorazione in termini di informazioni ricavabili su un determinato soggetto.

sua disposizione su richiesta (*c.d. cloud providers*).¹¹ Potrebbe altresì verificarsi che una determinata impresa si limiti ad acquistare di volta in volta i dati di cui ha bisogno (*Big Data Client*). In simili casi, la fase della raccolta si configura più propriamente come “accesso” ai dati altrui o “acquisto” degli stessi.

Per quanto attiene invece alla seconda fase del ciclo dei Big Data (*Big Data Storage*), questa consiste nell’archiviazione dei dati raccolti e nella loro organizzazione in *dataset* - o banche dati - ai fini della successiva analisi. In specie, le informazioni vengono classificate attraverso specifici *software* in modo da poter essere utilizzate da parte del *Big Data Provider* e/o del *Big Data Supplier*. Ad esempio, i dati relativi a un’operazione di acquisto su un sito *internet* saranno organizzati in modo da poter essere impiegati sia ai fini dell’invio di pubblicità mirata, sia come informazione statistica sul tempo medio impiegato dagli utenti prima di decidere se effettuare un acquisto. Il *Big Data Storage* costituisce l’inizio della trasformazione dei dati in Valore, in quanto li rende “fruibili” ai fini delle successive elaborazioni.

Una volta acquisiti e sistematizzati, i dati sono poi combinati tra loro nella fase di *Big Data Analytics* al fine di profilare gli utenti di un determinato servizio o del loro sfruttamento a fini statistici per elaborare macro *trend* comportamentali utilizzabili per i più disparati scopi commerciali.¹²

I dati così processati possono essere utilizzati internamente dal

¹¹ Cfr. *infra*, § 1.2.6.

¹² Un tipico esempio sono le previsioni di rischio relative a differenti tipologie di individui effettuate dalle compagnie di assicurazione o, ancora, quelle sulla solvibilità della clientela svolte dagli intermediari finanziari.

loro detentore ovvero venduti a terzi che ne fanno richiesta.

Si consideri che l'intero processo di estrazione e di lavorazione dei Big Data avviene nell'ambito di pochi secondi. Infatti, parte del vantaggio competitivo legato al ciclo di vita dei Big Data risiede proprio nella Velocità di elaborazione degli stessi.

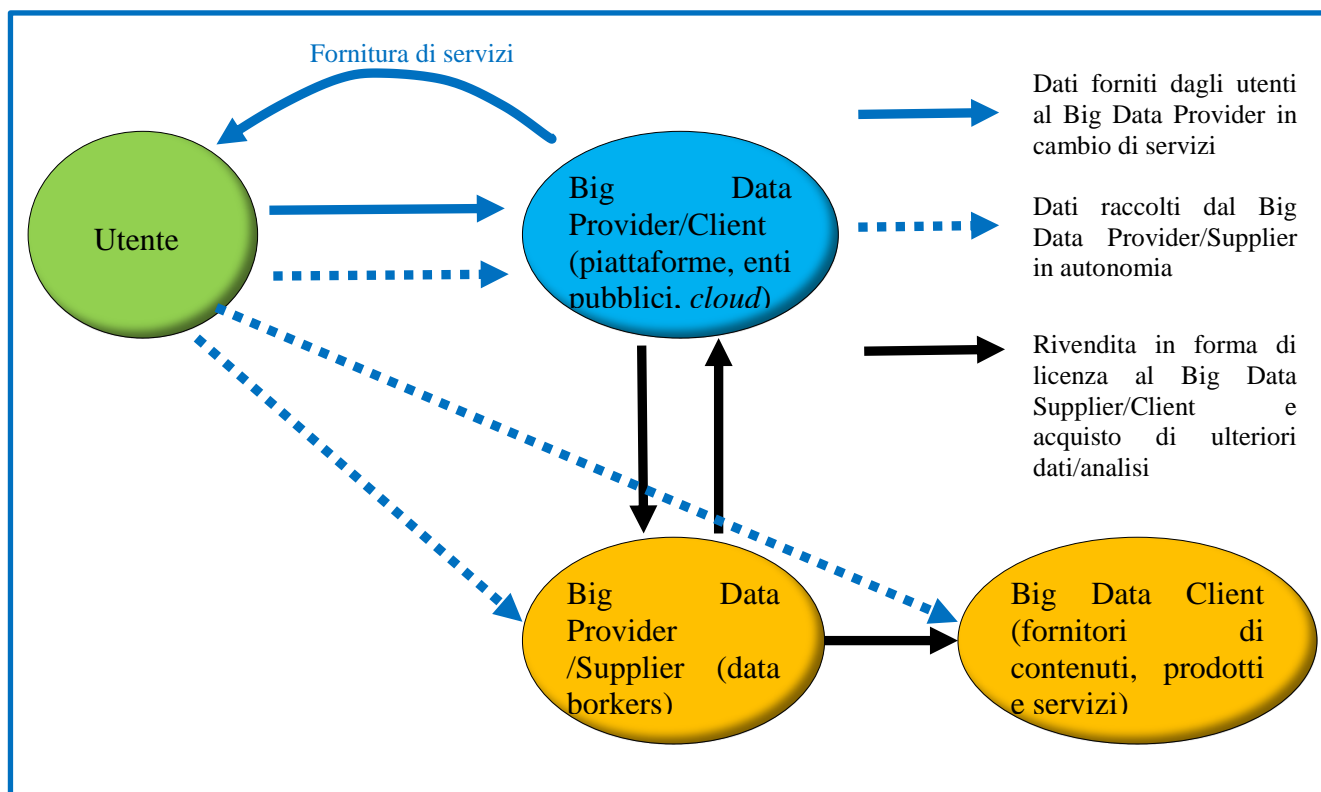
1.2. I soggetti attivi nell'ecosistema

Nell'*ecosistema* dei Big Data operano ed interagiscono diverse imprese, accomunate da un modello di *business* basato sul loro utilizzo. Queste possono essere integrate lungo l'intero ciclo di vita dei Big Data, solo in una fase dello stesso ovvero meri utilizzatori di dati (rispettivamente, *Big Data Provider*, *Big Data Supplier* o *Big Data Client*). Non può in ogni caso escludersi che la stessa impresa sia allo stesso tempo, ad esempio, *Big Data Provider* e *Big Data Client*: anche se integrata nel ciclo di lavorazione dei Big Data potrebbe, infatti, acquistare dati da terzi per affinare le sue analisi predittive.

Le relazioni tra *Big Data Provider*, *Big Data Supplier* e *Big Data Client* possono essere illustrate come nella figura che segue.¹³

¹³ Cfr. COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (UK), *The commercial use of consumer data*, 2015, p. 35.

Figura 1.



Ciò premesso, ai fini di una classificazione dei principali soggetti attivi nell'ecosistema dei Big Data secondo l'attività svolta, è possibile individuare cinque macro-categorie di operatori e segnatamente: (i) le piattaforme *on-line*; (ii) i fornitori di contenuti; (iii) i fornitori di prodotti e servizi; (iv) le imprese e gli organi appartenenti al settore pubblico; (v) i *data brokers*¹⁴ e (vi) i fornitori delle infrastrutture informatiche (*cloud providers*).¹⁵ Anche in questo caso, si tratta di categorie aperte, giacché la stessa impresa può appartenere a più di una contemporaneamente. Ad esempio, le

¹⁴ Cfr. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE - BUNSEKARTELLAMT, *Competition Law and Data*, 2016, p. 38 ss., <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>.

¹⁵ Cfr. OCSE, cit., p. 12 ss.

piattaforme possono essere – e sono nella quasi totalità dei casi - a loro volta fornitori di contenuti o di prodotti e/o servizi, nonché fornitori di servizi *cloud* nei confronti di terzi.

Di seguito, saranno illustrate le principali modalità di sfruttamento dei Big Data tipiche di ciascuna delle categorie individuate.

1.2.1. Le piattaforme on-line

Le piattaforme *on-line* sono gli operatori protagonisti nell'ecosistema dei Big Data per almeno due diversi ordini di ragioni. In primo luogo, il loro modello di *business* è *onnivoro*, ossia, si basa sulla fornitura agli utenti di tutti i servizi di cui può avere bisogno (dallo *shopping*, alle notizie fino ai *social network*) secondo il modello c.d. *one stop shop*. In questo modo, le piattaforme riescono quindi ad avere accesso a un Volume e una Varietà di dati estremamente significativi.

In secondo luogo, come detto, le piattaforme sono in buona parte dei casi imprese integrate in grado di gestire autonomamente l'archiviazione dei dati, il che ovviamente ne facilita la raccolta e il trattamento. Da un punto di vista tecnico, le piattaforme sono l'insieme di tecnologie e infrastrutture attraverso le quali un fornitore (*broadcaster*) eroga agli utenti servizi multimediali,¹⁶ valendosi di un segnale di trasmissione di contenuti elaborato da un fornitore di servizi *internet*.¹⁷

Si tratta, infatti, di intermediari attivi nei c.d. «mercati a due

¹⁶ Cfr. L. MEYER, *Digital Platforms: definition & strategic value*, in *Communications & Strategies*, n. 38, 2000, p. 127.

¹⁷ Cfr. art. 12 direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul commercio elettronico 8 giugno 2000, n. 31, recepita dal d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70.

versanti» o «*two - sided markets*»,¹⁸ ove il servizio prestato dalla piattaforma è la connessione fra due gruppi di utenti.¹⁹

La principale caratteristica dei mercati a due versanti è la presenza di consistenti *effetti di rete indiretti (indirect network effects)* per cui il grado di soddisfazione dei membri dei due “lati” della piattaforma (*effetti di rete indiretti bilaterali*) - o di uno solo di essi (*effetti di rete indiretti unilaterali*) - cresce all’aumentare del numero degli utenti del versante opposto.²⁰ Possono infine manifestarsi *effetti di rete diretti (direct network effects)*: all’aumentare del numero di utenti della piattaforma cresce il benessere degli utenti appartenenti allo stesso gruppo.

La tipologia di effetti di rete varia in concreto a seconda dei servizi offerti dalla piattaforma.²¹

¹⁸ Cfr. J.C. ROCHET - J. TIROLE, *Platform competition in two sided markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 2003, pp. 990 - 1029; M. ARMSTRONG, *Competition in two sided markets*, in *Rand Journal of Economics*, 2006, pp. 668 - 691.

¹⁹ Secondo talune analisi economiche, la definizione di piattaforma coinciderebbe con quella di mercato a due versanti. In altri termini, la piattaforma *sarebbe* per antonomasia un mercato a due versanti. Cfr. BUNDESKARTELLAMT, *The market power of platforms and networks*, 2016, p. 1, www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/09_06_2016_ThinkTank.html.

²⁰ Cfr. BUNDESKARTELLAMT, *ult. cit.*, p. 3.

²¹ Secondo parte della dottrina, i servizi offerti dalle piattaforme sono classificabili in quattro tipologie: (i) servizi di ricerca, (ii) di intermediazione, (iii) di *audience* e (iv) di comunicazione. Cfr. M.A. ROSSI, *Il ruolo delle piattaforme nell’economia dei Big Data*, in (a cura di) V. FALCE - G. GHIDINI - G. OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra innovazione e mercato*, 2017, p. 216 ss. Tale classificazione corrisponde quasi perfettamente a quella utilizzata nell’ambito della presente analisi, con la sola eccezione dei servizi di ricerca, che si è scelto di presentare come trasversali a tutte le tipologie di piattaforme. Cfr. *infra*, § 2.1.

Gli effetti di rete indiretti bilaterali sono tipici delle piattaforme di intermediazione (*matching platforms*), che offrono un punto di incontro tra domanda e offerta, ossia tra clienti e imprese interessati a concludere una transazione²² in relazione a un determinato prodotto o servizio, ivi inclusa l'intermediazione pubblicitaria.²³

In particolare, la piattaforma sfrutta l'analisi dei dati rilasciati dal lato della domanda per affinare i servizi di combinazione con l'altro lato della piattaforma. Al crescere del numero degli utenti aumentano il Volume e la Varietà di dati e, di conseguenza, migliora la qualità del servizio di abbinamento tra domanda e offerta.²⁴ Pertanto, ambedue i lati della piattaforma beneficiano dell'incremento degli utenti del versante opposto.

Le piattaforme pubblicitarie (ossia *audience platforms* o *advertising platforms*) sono invece caratterizzate da *effetti di rete*

²² La transazione può avvenire al di fuori della piattaforma (si pensi alle piattaforme di *real estate*) o all'interno della stessa (si pensi alla prenotazione di una camera di albergo). A ciò si aggiunga che la transazione non deve avere necessariamente natura economica. Rientrano, infatti, tra le *matching platforms* anche quelle finalizzate ad agevolare incontri tra privati, come, ad esempio, le piattaforme di appuntamenti.

²³ Si pensi alle piattaforme di intermediazione tra compratori e venditori (*E-Bay*), tra datori di lavoro e lavoratori (*YourFirstEuresJob*), tra albergatori e clienti (*Booking*), tra siti *web* ospiti di annunci pubblicitari e inserzionisti (*Google Advertising*), *etc.*

²⁴ L'abbinamento tra domanda e offerta può avvenire a livello centralizzato o direttamente tramite la piattaforma. Nel primo caso, le condizioni della transazione sono stabilite dalla piattaforma medesima (si pensi al caso di Uber, una piattaforma che offre servizi di noleggio con conducente). Nel secondo caso invece, queste sono stabilite dagli utenti (si pensi a piattaforme come E-Bay, una piattaforma che mette in contatto compratori e acquirenti o ad Airbnb, una piattaforma che mette in contatto domanda e offerta di alloggi per brevi periodi).

indiretti unilaterali.²⁵ Tali piattaforme, infatti, che sono anche fornitori di contenuti, utilizzano i dati dei loro utenti per prestare agli inserzionisti servizi di posizionamento di annunci pubblicitari, associandoli ai siti *web* o ai contenuti visualizzati dagli individui che potrebbero essere maggiormente interessati ai prodotti o ai servizi sponsorizzati in tali annunci. Ne è un esempio il servizio di posizionamento offerto da Google²⁶ o da You Tube²⁷ all'interno dei

²⁵ Non devono confondersi le *matching platforms* tra domanda e offerta di servizi pubblicitari con le *audience platforms*.

Le prime offrono ad ambedue i lati della piattaforma (inserzionisti e titolari di siti *web*) la reciproca connessione, in forma diretta o indiretta. Nel modello di connessione diretta (*real time bidding*), la piattaforma è solo un luogo di incontro tra i due versanti: i titolari dei siti *web* decidono autonomamente a quali inserzionisti affittare i loro spazi. Nel modello di connessione indiretta, la piattaforma seleziona altresì per conto degli inserzionisti i siti *web* più “frequentati” dai soggetti che potrebbero essere potenzialmente interessati ai prodotti e ai servizi reclamizzati nell'annuncio da pubblicare.

Le *audience platforms* mettono invece a disposizione degli inserzionisti i propri spazi: il servizio offerto non è quindi la connessione, ma il posizionamento degli loro annunci in forma il più possibile personalizzata (*i.e. targettizzata*), o associandoli tematicamente alle ricerche effettuate dagli utenti *on-line* (*search advertising*) oppure pubblicandoli contestualmente alla visualizzazione di determinati contenuti (*display advertising*). Cfr. M. BUREAU - A. DE STREEL - I. GRAEF, *Big Data and competition policy: market power, personalized prices and advertising*, 2017, pp. 49 - 51, www.ssrn.com.

Da un punto di vista *antitrust*, tutti questi servizi fanno parte di un unico mercato rilevante di estensione geografica europea denominato *on-line advertising* (raccolta pubblicitaria *on-line*), dal momento che la Commissione Europea ha lasciato aperta l'analisi dei suoi singoli segmenti quali automi mercati rilevanti. Cfr. Comm. Eu., 11 marzo 2008, *Google/Double Click*, M. 4731, § 44 ss.

²⁶ Google Inc. è una società fondata nel settembre 1998. Questa presta diversi servizi *web*, tra cui il servizio di motore di ricerca generalista, diversi servizi di motore di ricerca specializzati, servizi di casella *email*, servizi di traduzione, video e

rispettivi motori di ricerca. Contrariamente alle *matching platforms*, pertanto, nelle *audience platforms* solo uno dei due versanti (gli inserzionisti pubblicitari a cui viene erogato il servizio di posizionamento) beneficia della crescita dell'altro lato del mercato (gli utenti). All'opposto, il grado di soddisfazione di questi ultimi potrebbe addirittura diminuire al crescere del numero di inserzionisti, a causa dell'aumento dell'esposizione pubblicitaria (c.d. effetti di rete negativi).

Si noti che, al fine di massimizzare il profitto derivante dall'incremento degli effetti di rete unilaterali, le piattaforme decidono di norma di «sovvenzionare»²⁸ il lato del mercato più sensibile al prezzo, ossia gli utenti/acquirenti. In questo modo, infatti, questi hanno l'illusione di usufruire gratuitamente dei servizi offerti dalla piattaforma (motore di ricerca, casella *e-mail*, *etc.*) mentre corrispondono in realtà un prezzo misurabile in dati personali rilasciati, direttamente o indirettamente,²⁹ alla piattaforma stessa (c.d. «*prosumers*»³⁰).

Così, quest'ultima riesce ad offrire servizi qualitativamente più

programmi di varia natura.

²⁷ YouTube è una piattaforma *web* fondata il 14 febbraio 2005 che consente la condivisione e visualizzazione in rete di video (*video sharing*). Attualmente è di proprietà di Google Inc.

²⁸ Cfr. G.A.M. BELLOMO, *There ain't no such things as a free lunch*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016, p. 213.

²⁹ Ossia, i dati personali forniti dall'utente al momento della sua registrazione (*if any*) oppure raccolti autonomamente dalla piattaforma a partire dall'osservazione dei suoi comportamenti *on-line*.

³⁰ Cfr. P. KOTLER, *Prosumers: a new type of consumer*, in *The futurist*, 1986, pp. 24 - 28. Il termine identifica i consumatori del mondo digitale che, a differenza di quelli *in the real world*, non sono meramente passivi, ma assumono un ruolo attivo nella creazione di prodotti e servizi.

elevati sia agli utenti, sia al lato pagante, “fidelizzando” sia i primi sia il secondo.

Soprattutto, una volta che gli utenti abbiano raggiunto un numero estremamente elevato, il lato pagante sarà disposto a pagare anche un prezzo molto alto per poter accedere al lato sovvenzionato della piattaforma, visto il volume del “*plafond*” di potenziali acquirenti da questa gestito.³¹

Quanto, infine, agli effetti di rete diretti, questi sono tipici delle piattaforme che offrono servizi di comunicazione interpersonale. Tali piattaforme, infatti, favoriscono il contatto di gruppi di utenti riconosciuti come appartenenti a una medesima rete e, quindi, potenzialmente interessati alla reciproca interazione (si pensi ai *social network*). Il loro grado di soddisfazione aumenta dunque al crescere non dei membri di un altro versante del mercato, ma del loro medesimo gruppo.

È bene tenere presente che nell’attuale contesto economico è molto raro che una piattaforma presti *esclusivamente* servizi di intermediazione, di posizionamento pubblicitario o di comunicazione.

Generalmente, infatti, tali servizi sono erogati contemporaneamente dalla piattaforma, che beneficia quindi allo stesso tempo di effetti di rete diretti e indiretti di natura bilaterale e unilaterale.

A ciò si aggiunga che tutte le piattaforme sin qui individuate

³¹ Cfr. T.R. EISENMANN, *Managing networked business: course and overview for educators*, in *Harvard Business School Course Overview*, 2006, nota 807; G. WEYL, *A price theory of multi sided platforms*, in *American Economic Review*, 2010, pp. 1642 - 1672. Vale inoltre rilevare che se una crescita del lato sovvenzionato è desiderabile per il lato a pagamento, diverso è per la crescita interna di quest’ultimo, in genere invisibile poiché corrisponde ad un aumento del numero di potenziali concorrenti.

offrono *servizi di ricerca*, tra cui devono annoverarsi non soltanto quelli prestati dai motori di ricerca generalisti, ma anche quelli verticali, ossia, svolti all'interno della piattaforma medesima e specializzati nei servizi da questa forniti.³²

1.2.1.1. I mercati a due versanti da un punto di vista antitrust

Da un punto di vista *antitrust*, l'esame dei mercati a due versanti richiede innanzitutto di stabilire se questi costituiscano o no due distinti mercati. Si ritiene che la soluzione sia diversa secondo la tipologia di piattaforma considerata.

Infatti, nelle *matching platforms* il servizio offerto dalla piattaforma, la reciproca connessione, è il medesimo per ambedue i lati del mercato. Pertanto, la separazione dei due versanti non consentirebbe di apprezzarne le interazioni, che influiscono sul loro rispettivo grado di soddisfazione e quindi, in ultima analisi, sulla quota di mercato della piattaforma.

Diversamente, le piattaforme di *audience* non offrono lo stesso prodotto ad ambedue i versanti della piattaforma: agli inserzionisti è offerto il posizionamento dei loro annunci, mentre agli utenti sono offerti servizi di varia natura (ad esempio, contenuti multimediali) attraverso cui si aspira ad incrementarne il numero per aumentare il grado di soddisfazione del lato pagante della piattaforma. I due lati della piattaforma, pertanto, costituiscono due mercati distinti.

1.2.2. I fornitori di contenuti

I fornitori di contenuti sono imprese, diverse dalle piattaforme di *audience*, che sviluppano contenuti informativi che mettono a disposizione delle piattaforme medesime in cambio di un

³² Si pensi, ad esempio, alla ricerca di contenuti all'interno del catalogo di E-Bay o di You Tube. Tali servizi sono prestati attraverso algoritmi che elaborano liste di risultati a seconda degli *input* dell'utente.

posizionamento nella lista dei risultati (giornali, siti *web* e applicazioni di varia natura).

Oggetto principale dell'attività di questi soggetti è la messa a disposizione di contenuti al pubblico, che finanziano tramite la vendita di spazi pubblicitari.

Quelli di dimensioni più piccole, che non hanno a disposizione i Big Data necessari per offrire agli inserzionisti un servizio di posizionamento pubblicitario sufficientemente *targettizzato*, si valgono dei servizi delle piattaforme di intermediazione pubblicitaria.³³

1.2.3. I venditori di prodotti e servizi

Appartengono alla categoria dei venditori di prodotti e servizi le imprese che offrono direttamente tali prodotti o servizi agli utenti previo pagamento del prezzo, tra cui rientrano rivenditori al dettaglio, professionisti, agenzie immobiliari, intermediari finanziari, assicurazioni, imprese di energia e di telecomunicazioni, imprese attive nel settore della salute o dell'industria automobilistica.

Può accadere che tali operatori raggiungano un livello di *expertise* tale da non avere bisogno di piattaforme di intermediazione per attrarre clientela in quanto in grado di raccogliere autonomamente i Big Data necessari per l'esercizio della loro attività. È il caso dei rivenditori di grandi dimensioni quali Tesco o Amazon che, attraverso i dati delle operazioni eseguite, sono in grado di adeguare i servizi offerti ai *trend* di consumo registrati. Le imprese che - al contrario - non hanno gli strumenti per internalizzare la raccolta di Big Data, tenderanno a valersi dei *dataset* di terzi, tra cui le stesse piattaforme,

³³ In questi casi è la piattaforma ad inviare agli inserzionisti la fattura, il cui importo varia a seconda del numero di visualizzazioni ottenute dall'annuncio. L'importo si ripartisce così tra la piattaforma e il titolare del sito *web*.

ove ovviamente tali dati siano in vendita. Analogamente, se ad impedire ad una determinata impresa la raccolta di dati non fosse la mancanza delle tecnologie di raccolta necessarie, ma un traffico di utenti sufficiente per collazionarne un Volume e una Varietà proporzionati al bisogno, questa potrà utilizzare tecnologie automatiche utili a tracciare il comportamento degli utenti su altri siti *web*, incluse le piattaforme, se da questi ultimi consentito.³⁴

Si tenga presente che per i fornitori di prodotti o servizi, l'accesso ai Big Data rappresenta un vantaggio competitivo di notevole entità, giacché consente loro, oltretutto di adattare i prodotti o i servizi forniti alle esigenze della domanda,³⁵ di: (i) orientare (*targettizzare*) la pubblicità verso i consumatori più interessati; (ii) praticare prezzi personalizzati ai singoli utenti in funzione della loro disponibilità a pagare; (iii) penetrare nuovi mercati.

Si tratta di opportunità di *business* estremamente significative, che - ai fini della presente analisi - meritano di essere illustrate in maniera più approfondita.

1.2.3.1. *Il target advertising*

Il servizio di posizionamento pubblicitario noto come *target advertising* (o *behavioral targeting*) consente di personalizzare la tipologia dei messaggi pubblicitari tramite: (i) la loro pubblicazione su siti che saranno probabilmente visualizzati da soggetti con una

³⁴ Cfr. *infra*, § 2.4.2.

³⁵ Tale adattamento riguarda sia le caratteristiche qualitative di determinati prodotti o servizi (ad esempio, attraverso i *feedback* che gli utenti rimandano in forma di recensioni) sia la loro quantità (il cui livello ottimale può desumersi dalle abitudini di acquisto monitorate). Si tratta di processi che accadono di norma anche nel mondo analogico, ma con una Velocità nettamente inferiore rispetto a quella consentita dai Big Data.

maggior propensione all'acquisto dei prodotti o servizi reclamizzati; (ii) l'associazione degli stessi non a siti *web*, ma a singoli contenuti, sulla base dell'analogo presupposto che questi saranno visualizzati da utenti potenziali acquirenti; (iii) la diversificazione del loro contenuto a seconda della tipologia di destinatario del messaggio.

In qualsiasi forma realizzato, il *target advertising* genera un duplice vantaggio per le imprese: da un lato, consente di massimizzare l'utilità del messaggio pubblicitario, aumentandone l'incisività e le conseguenti potenzialità in termini di persuasione all'acquisto; dall'altro permette la minimizzazione dei costi legati al *marketing*, in quanto evita le spese connesse a campagne pubblicitarie inutili.³⁶

Viste le efficienze generate dal *target advertising*, dunque, nel caso in cui un'impresa non sia in grado di prestare il servizio autonomamente per via di insufficienti risorse in termini di Big Data, questa si rivolgerà ad una *matching platform*, il che è suscettibile di determinare una concentrazione del mercato del *target advertising* a beneficio delle piattaforme di intermediazione.³⁷

Giova infine precisare che la pubblicità mirata può anche produrre un aumento del benessere dei consumatori, poiché offre loro la possibilità di ricevere annunci pubblicitari "utili".³⁸ Non bisogna

³⁶Cfr. K. BAGWELL, *The economic analysis of advertising*, in (a cura di) M. ARMSTRON – R. PORTER, *Handbook of Industrial Organization*, p. 1706.

³⁷ Cfr. M. GAMBARO, *Big Data, mercato e mercati rilevanti*, in (a cura di) V. FALCE - G. GHIDINI - G. OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra innovazione e mercato*, 2017, p. 298.

³⁸ Cfr.: M.A. SALINGER – R.J. LEVINSON, *Economics and the FTC's Google investigation*, in *46 Rev. Industrial Org.*, 2015, p. 25 – 47; P. SIMON, *How to get over your inaction on Big Data*, in *Harv. Bus. Rev.*, 2014, <https://hbr.org/2014/02/how-to-get-over-your-inaction-on-Big-Data-2>; R. WALKER, *From Big Data to Big Profits: success with data and analytics*, Oxford, 2015, p.

tuttavia trascurare che, dinanzi ad un'eccessiva personalizzazione del messaggio pubblicitario, i medesimi consumatori potrebbero essere al contrario infastiditi nella misura in cui ciò desse loro la percezione di essere "sotto controllo". È per tale ragione che molto spesso le piattaforme non consentono agli inserzionisti un eccessivo livello di *targettizzazione* del messaggio pubblicitario.³⁹

1.2.3.2. I prezzi personalizzati

I prezzi personalizzati rappresentano la possibilità per le imprese di calcolare il prezzo dei prodotti o servizi offerti non più a partire dai costi, ma direttamente in base alla disponibilità a pagare della domanda (c.d. prezzo di riserva).

Questi appartengono al *genus* della discriminazione di prezzo, per cui un soggetto offre il medesimo prodotto o servizio a prezzi differenti maggiori del suo costo marginale.

Tale pratica può essere posta in essere da imprese aventi un certo potere di mercato in quanto in grado di generare profitti pur applicando un prezzo diverso dal costo marginale, circostanza questa che non sarebbe invece possibile in una situazione di concorrenza perfetta.⁴⁰

Esistono tre diverse forme di discriminazione di prezzo, che si

141; A. S. EDLIN – R. G. HARRIS, *The role of switching costs in antitrust analysis*, in *15 Yale J. & Tech.*, 2013, p. 169 – 177; T. KORBER, *Common errors regarding search engine regulation – and how to avoid them*, in *36 European Competition Law review*, 2015, p. 239.

³⁹ Cfr. M. GAMBARO, *op. cit.*, p. 299.

⁴⁰ Cfr. M. PEITZ, *Industrial organization. Market and strategies*, Cambridge, 2015, p. 198; P. AREEDA - H. HOVENKAMP, *Antitrust Law. An analysis of antitrust principles and their application*, Boston, 2007, p. 150; S. CARBONNEAU - P. MCAFEE - S. MIALON, *Price discrimination and market power*, Oxford, 2004, p. 413.

differenziano tra loro a seconda del grado di personalizzazione e del conseguente livello di dati necessario per porle in essere.

La forma più semplice di discriminazione è il *group pricing* o discriminazione di terzo grado, in cui sono discriminati i prezzi applicati a gruppi di clienti distinti tra loro sulla base di un criterio assunto come indice della loro disponibilità a pagare quale reddito, età, provenienza geografica, *etc.* Ad esempio, per accedere a determinati servizi di intrattenimento quali musei, cinema e teatri, agli anziani, ai bambini e agli studenti viene applicato un prezzo minore, poiché, visto il loro reddito inferiore ad altre fasce della popolazione, si presume che abbiano una minore possibilità di pagare.

Un maggiore livello di personalizzazione si riscontra nella seconda possibile forma di discriminazione di prezzo (*menu pricing*): l'impresa definisce il prezzo di riserva dei suoi clienti sulla base dello studio del loro comportamento rispetto a prodotti o servizi aventi determinate caratteristiche. Si pensi, ad esempio, agli sconti quantità, basati sul presupposto che la disponibilità a pagare degli individui diminuisce all'aumentare della quantità acquistata, agli aumenti di prezzo applicati ai biglietti per il trasporto pubblico comprati nelle ore di punta o ai biglietti aerei acquistati a ridosso della partenza richiesta.⁴¹

Infine, vi è la forma di discriminazione perfetta, che coincide con il prezzo personalizzato, tipica delle trattative individuali.

Si tratta dell'applicazione a ciascun cliente del suo esatto prezzo

⁴¹ Appartengono a tale "tipologia" di discriminazione anche i c.d. beni pacchetto, ossia composti da un bene durevole (es.: le stampanti) e da un bene ad esso complementare (es.: le cartucce). Infatti, i clienti interessati al consumo del bene pacchetto hanno un'alta disponibilità a pagare, rivelata nel tempo attraverso un acquisto consistente dei beni complementari (nell'esempio, le cartucce).

di riserva, individuato sulla base delle sue abitudini di acquisto e dello studio delle loro variazioni nel tempo.

Prima del diffondersi dell'utilizzo dei Big Data, si riteneva che tale modello avesse una rilevanza meramente teorica.⁴²

Attualmente, invece, grazie allo studio del valore che i consumatori attribuiscono a determinati beni reso possibile dai Big Data, le imprese *possono* effettivamente «raggruppare i propri clienti e consumatori in modo così preciso e dettagliato da approssimare in maniera significativa lo scenario della discriminazione perfetta».⁴³

Le nuove opportunità offerte dai Big Data appaiono particolarmente significative per le imprese di assicurazioni, per cui l'applicazione di prezzi diversi a diverse categorie di clienti è strettamente necessaria a garantire margini adeguati.⁴⁴ Con l'ulteriore particolarità che la differenziazione dei premi avviene sulla base del rischio del verificarsi dell'evento assicurato, individuato sulla base di parametri putativi come, ad esempio, l'anzianità della patente nel caso dell'assicurazione RC auto (discriminazione di terzo grado).

L'analisi dei Big Data, infatti, consente loro di affinare progressivamente la definizione delle classi di rischio, approssimandosi a quello proprio di *ciascun* assicurato.

Nelle assicurazioni obbligatorie, tale dinamica permette di sottrarre clienti alla concorrenza. Nelle assicurazioni facoltative

⁴² Cfr. M. MOTTA, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, 2004, p. 19; A.A. MILLER, *What do we worry about when we worry about price discrimination?*, in *19 Journal of Technology Law and Policy*, 2014, p. 41.

⁴³ Cfr. M. MAGGIOLINO, *Big Data e prezzi personalizzati*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016, p. 104.

⁴⁴ Cfr. D. PORRINI, *Asimmetrie informative e concorrenzialità nel mercato assicurativo: che cosa cambia con i Big Data?*, in *Concorrenza e Mercato*, p. 139 ss.

produce effetti ancor più importanti, in quanto capace di incidere sull'*an* della scelta del singolo individuo se assicurarsi o meno, attraendo anche gli individui a basso rischio che deciderebbero di non assicurarsi affatto in mancanza dell'adeguamento personalizzato del premio verso il basso.⁴⁵ In questa prospettiva, la discriminazione di prezzo è potenzialmente in grado di produrre un aumento del benessere generale, consistente nell'incremento dell'*output* totale dovuto ai consumi aggiuntivi degli individui che, grazie al prezzo personalizzato, hanno accesso a un prodotto o servizio che non avrebbero altrimenti acquistato.⁴⁶

Ciononostante, le imprese - pur avendone la possibilità - gestiscono in maniera piuttosto cauta il ricorso ai prezzi personalizzati, giacché i consumatori sono spesso profondamente diffidenti a riguardo.

Ne è un esempio il noto Caso *Amazon*. Nell'autunno del 2000, Amazon aveva praticato ai suoi clienti abituali (tracciati per mezzo di *cookies*)⁴⁷ prezzi più alti rispetto a quelli praticati ai nuovi clienti per lo stesso DVD, sfruttando la verificata maggiore disponibilità a pagare dei primi.

La circostanza aveva suscitato l'indignazione dei consumatori e perdite d'immagine notevoli per l'azienda.⁴⁸

⁴⁵ Cfr. M. HOY, *Categorizing Risks in the Insurance Industry*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1982, pp. 49 - 60.

⁴⁶ Cfr. *infra*, § 2.4.3.

⁴⁷ Si tratta di una tecnologia utilizzata dai *server web* per poter riconoscere i *browser* che comunicano tramite il protocollo HTTP convenzionalmente usato per la navigazione. Ciò consente di porre in essere meccanismi di autenticazione, usati ad esempio per i *login* o per tracciare la navigazione dell'utente.

⁴⁸ Cfr. H. SIMON - D. ZATTA - M. FASSNACHT, *Price Management*, Milano, 2013, p. 182.

Il fenomeno è spiegabile sulla base del fatto che la discriminazione di prezzo viene *percepita* dai clienti come un comportamento scorretto da parte del venditore.

Ciò dipende, in primo luogo, da quella che la letteratura economica chiama «*one sided perspection of inequity*».⁴⁹ Vale a dire che i clienti con un reddito più elevato - o che per altre ragioni sono consapevoli di trovarsi tra coloro che hanno la maggiore disponibilità a pagare un determinato bene - considerano la discriminazione di prezzo un'ingiustizia, per il timore di trovarsi nella fascia di clientela a cui sarà effettivamente applicato un prezzo più alto.

In secondo luogo, il calcolo del prezzo personalizzato svolto dalle imprese sulla base dell'analisi dei Big Data viene percepito come particolarmente scorretto, in quanto ottenuto a partire non soltanto dai dati che il cliente ha volontariamente rilasciato, ma anche da quelli derivati autonomamente dall'impresa sulla base dei comportamenti *on-line* del medesimo. Il cliente, quindi, si sente ancor più *ingannato*.⁵⁰

1.2.3.3. La nascita di nuovi mercati

Infine, i Big Data rappresentano un'opportunità per le imprese anche in quanto possono permettere loro di penetrare nuovi mercati.

Si pensi al settore emergente della *sharing economy*, in cui,

⁴⁹ Cfr. M. MAGGIOLINO, *op. cit.*, p. 110. La terminologia è attribuita a T.J. RICHARDS - J. LIAUKONYTE - N.A., STRELETSKAYA, *Personalized pricing and price fairness*, 2016, p. 2
https://ageconsearch.umn.edu/bitstream/235809/2/Richards_Price_Fairness_AAEA_Paper.pdf.

⁵⁰ Cfr. J. COX, *Can differential pricing be fair?*, in *Journal of product and Brand Management*, 2001, p. 10.

come evidenziato da parte della dottrina,⁵¹ molti servizi eterogenei oggi capillarmente diffusi (da quelli di Uber a quelli di Airbnb) non sarebbero mai stati implementati senza la disponibilità di Big Data, ad esempio, sul traffico e sulla geo-localizzazione.

Ancora, si consideri il mercato emergente della fornitura di applicazioni di pagamento per telefoni cellulari denominati anche “porta monete mobili” (“*wallet*”).⁵² Queste sono controllate dagli operatori di rete mobile quali Vodafone, Tim, *etc.* e utilizzano la carta SIM dei cellulari per lo stoccaggio delle coordinate bancarie e degli altri dati idonei a garantire l’interoperabilità tra i telefoni e i POS degli esercizi commerciali o la possibilità di corrispondere il pagamento attraverso il passaggio di credito telefonico. Nello stesso mercato, esistono inoltre applicazioni che non hanno bisogno della memoria della carta SIM come base di stoccaggio dei dati e sono quindi controllate da imprese ancora diverse, quali Google, Apple o Paypal.

Infine, si ipotizzi il caso di imprese automobilistiche in grado di installare sistemi GPS⁵³ che, monitorando l’utilizzo del mezzo, consentano di elaborare previsioni accurate del rischio di

⁵¹ Cfr. J. HORTON - R. ZECKHAUSER, *Owning using and renting: some simple economics of the sharing economy*, 2016, p. 8, <https://ideas.repec.org/p/nbr/nberwo/22029.html>.

⁵² Il mercato è stato definito da Comm. Eu., 4 settembre 2012, *Telefónica UK/ Vodafone UK/ Everything Everywhere/ JV*, M. 6314. L’operazione in esame consisteva nella creazione di una *joint venture* tra Vodafone, Telefónica e Everything Everywhere attiva nel Regno Unito nella fornitura di applicazioni di pagamento per telefoni cellulari. Secondo la Commissione, infatti, si trattava di un mercato emergente soggetto alla concorrenza non soltanto di altri operatori telefonici, ma anche di operatori attivi nel mercato delle applicazioni per telefoni mobili, quali Google o Apple.

⁵³ Il sistema di posizionamento globale (GPS) è un sistema di posizionamento e navigazione satellitare.

danneggiamento a cui questo è esposto: il *know-how* acquisito potrebbe essere impiegato nella definizione di classi di rischio e di un premio personalizzato. Le opportunità di guadagno connesse potrebbero di conseguenza spingere tali imprese a penetrare anche il mercato delle assicurazioni.

1.2.4. Gli operatori del settore pubblico

Gli operatori appartenenti al settore pubblico, tra cui ospedali, altri fornitori di servizi pubblici e le stesse amministrazioni locali e centrali, sono particolarmente attivi nell'ecosistema dei Big Data, grazie alla raccolta di dati che questi compiono dai cittadini, dalle piattaforme e dai fornitori di prodotti e servizi allo scopo di implementare la qualità dei servizi forniti, talvolta in concorrenza con operatori privati attivi nei medesimi ambiti. Per la raccolta di tali dati, ai sensi del recente regolamento europeo sulla protezione dei dati personali (“Regolamento Privacy”),⁵⁴ non è inoltre necessario ottenere preventivamente il consenso dei soggetti interessati.⁵⁵

La posizione “privilegiata” degli operatori pubblici nell'accesso ai dati, aveva portato il Legislatore Europeo già nel 2003 ad introdurre nei loro confronti, tramite direttiva,⁵⁶ l'obbligo di garantirne il riutilizzo alle imprese private.

Il presupposto dell'intervento normativo in esame era quello di prevenire distorsioni concorrenziali dovute a potenziali forme esclusive di *partenariato* pubblico - privato aventi ad oggetto lo sfruttamento dei dati “pubblici”. Si tratta di un principio in buona

⁵⁴ Cfr. regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio 27 aprile 2016, n. 679.

⁵⁵ Cfr. art. 6, comma 1, *let. e*), Regolamento Privacy.

⁵⁶ Cfr. la direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico 17 novembre 2003, n. 38.

parte ispirato alla prevenzione degli abusi di posizione dominante di natura escludente ai sensi dell'art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea ("TFUE"), basato sulla presunzione che i dati pubblici costituiscano un'infrastruttura essenziale in quanto unica e non replicabile dalle imprese private.⁵⁷

Vi sarebbe forse da chiedersi se tale presupposto possa ritenersi ancora attuale, dal momento che, dal 2003 ad oggi, i *dataset* di proprietà delle imprese private hanno invero superato quelli degli enti pubblici quanto a Volume e Varietà.

La risposta che il Legislatore europeo sembrerebbe dare a questo interrogativo deve ritenersi evidentemente positiva, poiché la direttiva in questione è stata recentemente modificata dalla direttiva *Public Sector Information* ("PSI"),⁵⁸ che ha confermato l'obbligo degli enti pubblici di consentire il riutilizzo a fini commerciali e non commerciali dei documenti di cui dispongono nell'ambito dei loro compiti istituzionali.⁵⁹ E ciò in quanto per gli operatori di minori dimensioni, i dati raccolti dagli enti pubblici rappresentano ancora una risorsa essenziale.

In questo quadro, sono classificabili come «enti pubblici» ai sensi dell'art. 2.1 della direttiva in commento: le autorità statali,

⁵⁷ Cfr. *infra*, Cap. III.

⁵⁸ Cfr. direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2003/98/CE relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico 26 giugno 2013, n. 37, recepita dal d.lgs. 18 maggio 2015, n. 102.

⁵⁹ Cfr. art. 3.1., direttiva PSI. La modalità concreta attraverso cui viene consentito ai terzi il riutilizzo dei dati non è esplicitata dal Regolamento. Sul punto si segnala la soluzione adottata nelle Linee Guida Nazionali per la valorizzazione del patrimonio informativo pubblico emanate dall'Agenzia per l'Italia Digitale nel 2014, ove si prevede l'impiego di licenze gratuite ispirate al modello 4.0 delle licenze *Creative Commons* relative ai *database*.

regionali o locali; gli organismi di diritto pubblico e le associazioni formate da una o più autorità statali, regionali o locali oppure da uno o più “organismi di diritto pubblico”. Questi ultimi sono a loro volta definiti come entità che siano: (i) istituite per soddisfare specificatamente bisogni d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale; (ii) dotati di personalità giuridica; e (iii) la cui attività sia finanziata in misura prevalente dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, o ancora il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri designati per oltre la metà dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico.

Quanto ai «documenti» su cui verte l'obbligo di consentire l'accesso imposto agli enti pubblici, il vocabolo utilizzato non deve trarre in inganno, in quanto fa invero riferimento a quelli che - ai fini della presente analisi - sono classificabili come Big Data. Ed, infatti, l'art. 1.1 della direttiva PSI li definisce come: qualsiasi contenuto, o una parte dello stesso, a prescindere dal suo supporto (che sia cartaceo o elettronico, registrazione sonora, visiva o audiovisiva). Vi rientrano quindi le decisioni giudiziarie, i dati geografici o commerciali detenuti nei pubblici registri, i dati meteorologici, nonché i contenuti degli archivi pubblici e delle biblioteche.

Si noti che la scelta di porre sullo stesso piano dati analogici e dati digitali pone inevitabilmente una questione di compatibilità tra formati che rischia di compromettere l'effettività dell'accesso ai dati pubblici.⁶⁰ A ciò si aggiunga che gli enti pubblici devono mettere a

⁶⁰ Cfr. J. DREXL, *The competition dimension of the European Regulation of public sector information and the concept of an undertaking*, in *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, 2014, p.11.

disposizione i propri documenti in formati «aperti e leggibili meccanicamente» solo «se possibile».⁶¹ In altri termini, questi non hanno alcun obbligo di *agevolare* il riutilizzo dei documenti in loro possesso da parte di terzi.

Fermo quanto precede, nel concedere l'accesso ai loro documenti, gli enti pubblici devono attenersi a quattro principi fondamentali, ossia: (i) la non discriminazione tra analoghe categorie di riutilizzo, per cui impieghi uguali devono essere sottoposti alle medesime condizioni di licenza; (ii) il divieto di compressione dei margini per gli enti pubblici che riutilizzano i documenti per attività commerciali che esulano dall'ambito dei loro compiti di servizio pubblico; (iii) il divieto richiedere un corrispettivo in denaro per il riutilizzo di documenti superiore al costo marginale della loro riproduzione, messa a disposizione e divulgazione.⁶² Tale ultimo divieto non si applica: a enti pubblici che devono generare utili per coprire una parte sostanziale dei costi inerenti allo svolgimento dei propri compiti di servizio pubblico; per i documenti per cui gli enti pubblici in questione sono tenuti a generare utili sufficienti per coprire una parte sostanziale dei costi di raccolta, produzione, riproduzione e diffusione; alle biblioteche, comprese le biblioteche universitarie, musei e archivi, per cui il divieto di mettere a disposizione materiale ad un prezzo superiore al costo marginale potrebbe essere un deterrente all'acquisto di nuovi contenuti.⁶³

Infine, ai sensi dell'art. 11 della direttiva PSI, agli enti pubblici è

⁶¹ Cfr. art. 5, direttiva PSI.

⁶² Parte della dottrina si è espressa criticamente in merito a tale divieto, enfatizzando come questo possa costituire un deterrente per gli enti pubblici a investire nella raccolta di dati. Cfr. J. DREXL, *op. ult. cit.*, p.16.

⁶³ Cfr. art. 6, direttiva PSI.

vietato concedere diritti di riutilizzo esclusivo dei documenti in loro possesso. Ciò è il corollario, da un lato, del principio di non discriminazione tra le forme di riutilizzo, dall'altro, dello stesso presupposto alla base della direttiva PSI, ossia l'unicità e la non replicabilità delle informazioni detenute dagli enti pubblici. Fa eccezione al divieto il caso in cui la concessione di diritti esclusivi sia funzionale alla fornitura di un servizio di pubblico interesse. In questo caso, la competizione tra operatori privati si svolgerebbe nella forma di concorrenza *per* il mercato. Inoltre, lo stesso divieto non si applica ai grandi progetti di digitalizzazione delle opere in pubblico dominio detenute da biblioteche e archivi pubblici, per cui è possibile attribuire un diritto esclusivo non superiore ai dieci anni.⁶⁴

1.2.4.1. Le eccezioni all'obbligo di consentire l'accesso

L'obbligo di consentire l'accesso imposto agli enti pubblici incontra inoltre alcune eccezioni, specificate dall'articolo 1 della direttiva PSI, di natura oggettiva e soggettiva.

Tra le prime, rientrano le informazioni la cui riservatezza è imposta da ragioni di ordine pubblico, ossia: la tutela della sicurezza

⁶⁴ Cfr. art. 11, comma 2, direttiva PSI. L'esenzione disposta per la digitalizzazione sembra appositamente inserita per incoraggiare le imprese private ad investire in simili progetti, analogamente a quanto fatto da Google negli ultimi anni attraverso l'implementazione del servizio *Google Books* in *partenariato* con biblioteche pubbliche. Afferma sul punto il Considerando 29 della direttiva medesima: «Le norme in materia di concorrenza dovrebbero essere rispettate nel fissare i principi per il riutilizzo di documenti ed evitare per quanto possibile accordi di esclusiva tra gli enti pubblici e i partner privati. Tuttavia, nel contesto di una prestazione di servizi di interesse pubblico, può essere necessario concedere un diritto esclusivo di riutilizzo di determinati documenti del settore pubblico. Ciò può avvenire tra l'altro quando, in assenza di tale diritto esclusivo, non vi siano editori privati disposti a pubblicare le informazioni in questione».

nazionale (vale a dire della sicurezza dello Stato), della difesa, o della sicurezza pubblica; la riservatezza statistica, la riservatezza commerciale (ad esempio, i segreti commerciali o professionali); possibili regimi di accesso particolari vigenti negli Stati membri; motivi di protezione dei dati personali.⁶⁵ Con riferimento a tale ultima categoria, si fa presente che questa viene valutata a monte dalla pubblica amministrazione che mette a disposizione il *dataset*: ricostruire la finalità per cui i dati erano stati acquisiti esula quindi dagli oneri del licenziatario.

È invece riconosciuta un'esonazione di natura soggettiva agli enti pubblici che sono sottoposti, nello svolgimento dei loro compiti di interesse generale, ad una forte concorrenza da parte del settore privato e per cui, quindi, la previsione di una *duty to share* potrebbe comportare effetti distorsivi. Ne fanno parte: gli istituti di istruzione e di ricerca, comprese le organizzazioni preposte al trasferimento dei risultati della ricerca, le scuole e le università, escluse le biblioteche universitarie; gli enti culturali diversi dalle biblioteche, dai musei e dagli archivi; le emittenti di servizio pubblico, le società da esse controllate e gli altri organismi, o loro società controllate, preposti all'adempimento di un compito di radiodiffusione di servizio pubblico.⁶⁶

Alla medesima *ratio* è ispirata l'esonazione dall'obbligo di consentire l'accesso riconosciuta rispetto a quei documenti di cui gli enti pubblici sono in possesso non in ragione del servizio di pubblico interesse fornito, ma dell'attività imprenditoriale connessa.⁶⁷

Si tratta, a parere di chi scrive, di un'impostazione condivisibile

⁶⁵ Cfr. art. 1, lett. c - quater, direttiva PSI.

⁶⁶ Cfr. art. 1, lett. d, e, f, direttiva PSI.

⁶⁷ Cfr. art. 1, lett. a, b, direttiva PSI.

sul piano sistematico, poiché tiene conto della differenza tra gli enti pubblici che agiscono nell'ambito del loro scopo istituzionale da quelli che si comportano secondo logiche commerciali, i quali devono essere considerati come «imprese» secondo il diritto commerciale⁶⁸ e *antitrust* e a cui,⁶⁹ dunque, deve essere riconosciuta piena autonomia contrattuale. Al contrario, l'obbligo di consentire l'accesso dovrebbe costituire un'eccezione giustificabile, secondo il diritto *antitrust*, solo ove ai dati in questione fosse riconosciuta, nel caso concreto, la natura di *essential facility*.⁷⁰

⁶⁸ Cfr. art. 2082 c.c.

⁶⁹ In realtà i confini tra l'applicazione della direttiva PSI e il diritto *antitrust* non sono facili da tracciare. Quest'ultimo, infatti, si applica a tutte le imprese intese quali soggetti che svolgono un'attività economica a prescindere dalla forma giuridica e dalle modalità di finanziamento (cfr. Corte giust. Eu., 23 aprile 1991, *Hofner e Elser*, C - 41/1990) che consiste nell'offerta su un determinato mercato di beni o servizi (cfr. Corte giust. Eu., 11 luglio 2006, *FENIN*, C - 205/2003). Pertanto, il fatto che determinati dati siano acquisiti da un ente pubblico nell'ambito di un suo compito istituzionale non è sufficiente ad escludere l'applicazione del diritto *antitrust*. A tal fine, infatti, si richiede altresì che l'acquisizione avvenga nell'ambito dell'esercizio di un pubblico potere, il che di norma si verifica quando l'ente in questione ha un potere coercitivo nei confronti dei privati per ottenere i dati in questione. Se, dunque, l'acquisizione di determinati dati costituisce l'esercizio di un pubblico potere, l'obbligo di garantirne il riutilizzo - o il suo rifiuto - sono classificabili come attività economica solo se sono separabili dalla fase di acquisizione. Potrebbe essere il caso, ad esempio, in cui un ente pubblico riutilizza a fini commerciali i dati acquisiti nello svolgimento di una pubblica funzione (cfr. Corte Giust. eu., 12 luglio 2012, *Compass - Datenbank GmbH*, C - 138/2011).

Di converso, il fatto che un ente pubblico svolga attività di impresa non lo sottrae a priori dall'ambito di applicazione della direttiva PSI, qualora tale impresa effettui raccolta di dati nell'esercizio di un pubblico potere, cfr. J. DREXL, *op. ult. cit.*, p. 30.

⁷⁰ Cfr. diffusamente *infra*, Cap. III.

Infine, l'ultima eccezione all'obbligo di consentire l'accesso riguarda i documenti su cui terzi soggetti possiedono diritti di proprietà intellettuale, per l'ovvia esigenza di preservare tali diritti.

1.2.5. I data brokers

I *data brokers*, al contrario degli operatori sin qui citati, non raccolgono dati per guadagnare un vantaggio competitivo nei confronti dei loro *competitors*, ma per rivenderli come prodotto finale alle imprese che ne fanno richiesta,⁷¹ incluse le stesse piattaforme,⁷² in forma di licenza d'uso.

Questi effettuano la raccolta dei dati da fonti eterogenee, tra cui tecnologie autonomamente implementate,⁷³ informazioni pubblicamente disponibili (quali quelle sui *social network*) o accordi con i titolari di siti *web* che consentono loro di “monitorare” il comportamento degli utenti tramite strumenti automatici di rilevazione. Per questi ultimi, infatti, consentire ai *data brokers* l'accesso ai dati raccolti può essere utile al fine di estrarre da tali dati un ulteriore guadagno.

I benefici di ricorrere ai *data brokers* sono molteplici: non soltanto ciò consente di ridurre i costi legati alla raccolta e alla conservazione dei dati, ma anche di usufruire di servizi collegati molto spesso messi a disposizione dagli stessi quali la fornitura di servizi di analisi. A ciò si aggiunga che rivolgersi a simili intermediari può aiutare i nuovi entranti ad ampliare più rapidamente le dimensioni

⁷¹ Si tratta di un genere di *business* diffuso soprattutto negli Stati Uniti, ove i principali operatori sono Acxiom, Datalogix, Experian, Epsilon e Teradata.

⁷² Cfr. *supra*, § 2.1.

⁷³ Ad esempio, Twitter ha creato una piattaforma apposita di raccolta dei dati associati ai contenuti caricati dai suoi utenti. Inizialmente la metteva a disposizione di *data brokers*. A partire dal 2014, ha cominciato invece a rivendere direttamente i dati alle società interessate.

del loro *dataset*.

È tuttavia opportuno precisare che i *dataset* commercializzati dai *data brokers* presentano un livello di Varietà inferiore a quello dei Big Data “di prima mano” raccolti e processati dalle piattaforme, che possono contare su un *set* completo di informazioni degli utenti grazie alla loro profilazione, come ad esempio avviene per i *social network*, ovvero grazie all’osservazione dei loro comportamenti in diversi ambiti, come avviene per le piattaforme attive in più mercati come Google.

Inoltre, lo sviluppo dei servizi offerti dai *data brokers* è frenato dal fatto che i titolari dei siti *web* spesso non accettano di condividere i dati in loro possesso o per ragioni legate alla loro *privacy policy*, se questa preclude la condivisione dei dati degli utenti con soggetti terzi, oppure per ragioni commerciali, giacché il valore dei dati potrebbe essere tale da non renderne conveniente la condivisione con i *competitors* per mezzo dei *data brokers*.

1.2.6. I fornitori di infrastrutture informatiche

I fornitori di infrastrutture (Big Data *Provider*) rendono possibile l’archiviazione e l’elaborazione di Big Data tramite appositi *software* e la loro messa a disposizione *on - demand* tramite risorse informatiche, consistenti generalmente in gruppi di elaboratori, denominate sistemi *cloud*.⁷⁴ Questi sono definibili come «risorse *hardware* e *software* di varia natura per la fruizione di funzionalità di memorizzazione, archiviazione, e/o elaborazione di dati attraverso la rete, funzionalità che prescindono da una precisa localizzazione fisica».⁷⁵

⁷⁴ Tra i principali fornitori di sistemi *cloud* sono Amazon, Google e Microsoft.

⁷⁵ Cfr. M. L. MONTAGNANI - M. CAVALLO, *Big Data, cloud e responsabilità*

Come già accennato in precedenza,⁷⁶ i *Big Data Provider* si occupano anche della raccolta dei dati per conto dei *Big Data Supplier* interessati ai loro servizi di infrastruttura. Il relativo contratto è stato assimilato a un contratto di somministrazione di servizi.⁷⁷ Giova tuttavia precisare che - a differenza della causa tipica di questa tipologia di contratto - al *Big Data Provider* non interessa solamente ricevere la remunerazione del servizio offerto, ma anche di poter sfruttare i dati raccolti nell'interesse del *Big Data Supplier*, facoltà che questi si riservano di norma inserendola tra le clausole contrattuali.⁷⁸

Le attività in concreto svolte dai *Big Data Provider* in favore dei *Big Data Supplier* possono essere suddivise in cinque categorie: (i) l'implementazione del servizio di *infrastructure as a service (IaaS)* ossia l'offerta di capacità di elaborazione e di memoria a soggetti che vi accedono via *internet*,⁷⁹ (ii) l'astrazione delle risorse, ossia la

dei service providers, in (a cura di) V. FALCE - G. GHIDINI - G. OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra innovazione e mercato*, 2017, p. 410.

⁷⁶ Cfr. *supra*, § 1.2.

⁷⁷ Cfr. D. MULA, *Il contratto di fornitura di servizi cloud*, in *Internet e diritto civile*, in *Atti del convegno tenutosi a Camerino il 25 e il 26 settembre 2014*, Napoli, 2014, p. 540 ss.; S. BRADSHAW - C. MILLARD - I. WALDEN, *Contracts for clouds: comparison and analysis of the terms and conditions of cloud computing services*, in *International Journal of law and information technology*, 2011, p. 11.

⁷⁸ Ad esempio, AOL affidò in *outsourcing* la gestione del proprio sito di commercio elettronico ad Amazon, che accettò per poter acquisire i dati estratti dalle ricerche degli utenti di AOL e poter così implementare il funzionamento del proprio motore di ricerca interno. Cfr. K. CUKIER, *Data, Data Everywhere*, in *The Economist*, 2010, p. 1 ss.

⁷⁹ Questa tipologia di servizio è rivolta ad altri intermediari *internet* ed è quindi quella che più interessa ai fini della presente analisi. I servizi di *cloud* tuttavia non si esauriscono nella tipologia *IaaS*, ma includono altresì i servizi di *Platform as a Service (PaaS)* - che permettono di creare applicazioni *web* senza installare

fornitura di interfacce con il *networking*, (iii) la fornitura di *server* fisici di archiviazione, (iv) la gestione dei servizi, come ad esempio l'interoperabilità con altri sistemi *cloud*, (v) la garanzia di sicurezza e *privacy* dei dati archiviati.

L'offerta di sistemi *IaaS* ha impatti concorrenziali tendenzialmente positivi, poiché tali sistemi consentono agli operatori di piccole dimensioni di poter sfruttare i Big Data attraverso l'esternalizzazione delle attività connesse, che non avrebbero le risorse per svolgere internamente.

Tuttavia, ai medesimi sistemi sono altresì associabili esternalità negative nella misura in cui riducono gli incentivi degli operatori di medio - piccole dimensioni a ricercare soluzioni innovative nel campo dell'archiviazione ed elaborazione dei dati e aumentano, allo stesso tempo, la concentrazione del mercato dei Big Data in favore dei fornitori di infrastrutture informatiche,⁸⁰ rendendo via via più difficile per i nuovi entranti fornire servizi di pari qualità.

Secondo autorevole dottrina,⁸¹ l'utilizzo dei sistemi *cloud* è altresì suscettibile di creare problemi in materia di *privacy*, da un lato, per il rischio costante che un soggetto non autorizzato vi acceda, dall'altro, poiché la diversa localizzazione geografica dei *server* di archiviazione può assoggettare gli utenti a un livello di tutela della riservatezza dei loro dati di cui non sono pienamente consapevoli e può altresì costituire un ostacolo in caso di "recupero" dei dati in casi eccezionali quali eventuali violazioni della sicurezza.

strumenti sul proprio elaboratore (*Google Apps Premier, Microsoft Live Mesh*) - e i servizi di *Software as a Service (SaaS)* che creano *software* non memorizzati sull'elaboratore dell'utente, ma da questo accessibili via internet (*Dropbox*).

⁸⁰Cfr. *infra*, § 2.2.

⁸¹ Cfr. M.L. MONTAGNANI - M. CAVALLO, *op. cit.*, p. 417.

Quest'ultimo fenomeno dovrebbe avere tuttavia un impatto molto limitato con riferimento ai dati trattati all'interno dell'Unione Europea, o - più in generale - appartenenti ad utenti europei, per l'effetto del Regolamento Privacy, in virtù del quale è previsto il divieto del trasferimento di tali dati verso Paesi che non assicurino i medesimi livelli di garanzia attribuiti agli utenti all'interno dell'Unione.⁸²

1.3. Gli assetti proprietari dei Big Data

L'ecosistema dei Big Data è caratterizzato dall'esistenza di un conflitto di interessi sui dati personali degli utenti,⁸³ che contrappone questi ultimi, intenzionati a mantenere il più possibile il controllo dei propri dati, alle imprese titolari del trattamento⁸⁴ che vorrebbero invece ottenere il più ampio accesso possibile alle informazioni

⁸² Cfr. art. 44 ss., Regolamento Privacy. Cfr. *infra*, § 1.3.1. e § 2.4.2.

⁸³ Secondo l'art. 4 del Regolamento Privacy sono «dati personali» quelli tramite i quali un soggetto è direttamente o indirettamente identificabile, in specie «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile (“interessato”); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale». Un'informazione costituisce pertanto un «dato personale» fintantoché consente di identificare una persona direttamente o indirettamente tramite l'abbinamento con altre informazioni, cfr. Considerando 26, Regolamento Privacy.

⁸⁴ Ai sensi dell'art. 4 del Regolamento Privacy per «titolare del trattamento» si intende «la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, il titolare del trattamento o i criteri specifici applicabili alla sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri».

disponibili.⁸⁵

Dal punto di vista degli utenti, il controllo sui dati che li riguardano è un diritto personale attribuito loro dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Per le imprese titolari del trattamento, invece, i diritti sui dati lavorati nascono contestualmente al loro trattamento e consistono in uno *ius excludendi alios* che ricorda gli istituti tipici della proprietà industriale ed intellettuale.

Stabilire quale dei due interessi debba prevalere ha una non trascurabile rilevanza pratica. Se a prevalere fosse il diritto degli utenti, infatti, questi avrebbero l'incondizionato diritto di disporre dei propri dati anche *dopo* la loro lavorazione, archiviazione e analisi da parte delle imprese titolari del trattamento. Al contrario, in seguito al trattamento dei dati, queste ultime ne diventerebbero le nuove proprietarie.

Nell'analisi che segue, dopo aver approfondito la genesi e i profili problematici dei diritti su cui si fondano le contrapposte posizioni prospettate, si offrirà una possibile soluzione intermedia utile a comporre il conflitto.

1.3.1. Il diritto degli utenti al controllo dei propri dati personali

Inizialmente, il diritto di ciascun individuo a disporre delle informazioni sul proprio conto si sostanziava nel diritto di *escludere* i terzi dall'accesso a tali informazioni. Era questo il diritto alla *privacy*, o «*right to be left alone*»,⁸⁶ la cui funzione era di garantire di condurre la propria vita privata senza ingerenze altrui.

⁸⁵ Cfr. S. RODOTÀ, voce *Riservatezza*, in www.treccani.it, per cui ciascun utente rappresenta una «miniera di dati a cielo aperto».

⁸⁶ S. D. WARREN - L. D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, vol. 5, 1890, p. 193 ss.

Con l'avvento della società dell'informazione, tale diritto ha poi subito un'evoluzione contenutistica.

Nell'attuale ambiente sociale e tecnologico, governato da strumenti di comunicazione di massa come i *social network*, infatti, lo scopo del diritto alla *privacy* non è più quello di attribuire agli individui il controllo sull'*an* dell'accesso di terzi alle informazioni personali che li riguardano, quanto piuttosto sul *quantum* e sul *quomodo* che caratterizzano tale accesso.⁸⁷

⁸⁷ Tale evoluzione è segnata anche dalle codificazioni del diritto alla riservatezza.

La prima si può far risalire all'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che stabiliva il divieto di ingerenza di un'autorità pubblica - fatti salvi alcuni casi particolari a tutela dell'interesse pubblico - nella vita familiare, nel domicilio e nella corrispondenza di ciascun individuo.

Il perimetro di tale diritto è stato poi ampliato dall'art. 8 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea sotto un profilo soggettivo e oggettivo. Da un punto di vista soggettivo, si è scelto di proteggere gli individui da eventuali indebite ingerenze non soltanto della pubblica autorità, ma anche di soggetti privati. Da un punto di vista oggettivo invece, da un lato, il diritto alla riservatezza è stato esteso dalla sfera familiare, il domicilio e la corrispondenza a qualsiasi ambito della vita di un individuo, dall'altro, si è scelto di disciplinare positivamente non *quando*, ma *come* tale ingerenza dovesse in concreto avvenire. Così il testo della norma: «1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica. 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente».

Scopo della norma non è più, pertanto, quello di evitare l'ingerenza di soggetti terzi nella sfera privata degli individui, ma assicurare a questi ultimi il *controllo* sulle concrete modalità di tale ingerenza.

Sul tema, si vedano in dottrina: A.F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, New York, 1967, p. 7; S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 22; G. DE

In tale contesto, nell'ambito di quella che è stata definita dalla dottrina come «*commodification*» dei dati personali,⁸⁸ il Regolamento Privacy ha attribuito agli individui - *i.e.* agli «interessati»⁸⁹ - una serie di diritti dispositivi sui dati tipici del regime proprietario, quali: (i) il diritto di autorizzarne il trattamento e di accedere agli stessi in qualsiasi momento, (ii) il diritto di limitarne il trattamento⁹⁰ o di opporsi allo stesso, (iii) il diritto di chiederne la rettifica o la cancellazione e (iv) il diritto a richiederne la portabilità.⁹¹

Tali diritti sono stati riconosciuti: (i) a tutti gli utenti i cui dati siano trattati da un soggetto stabilito nell'Unione Europea, indipendentemente dal fatto che il trattamento sia effettuato o meno nell'Unione; (ii) a tutti gli utenti che si trovano nell'Unione Europea i cui dati siano trattati da un titolare non stabilito nell'Unione, quando il trattamento è effettuato nell'ambito dell'offerta di beni o della

MINICO, *Towards an Internet Bill of Rights*, in *Loy. L.A. Intel&Comp. Law Review*, 2015, p. 175; F.H. CATE – V. MAYER SCHONBERGER, *Notice and consent in a world of Big Data*, in *3 International Data Privacy Law*, 2012, p. 67; O. TENE – J. POLONETSKY, *Big Data for All: Privacy and user control in the age of analytics*, in *11 Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 2013, p. 5.

⁸⁸ Cfr. P. SAMUELSON, *Privacy as intellectual property*, in *Stanford Law Review*, 1999, p. 1125.

⁸⁹ Cfr. art. 4, Regolamento Privacy.

⁹⁰ Secondo l'art. 4 del Regolamento Privacy costituisce «trattamento dei dati» qualsiasi operazione sugli stessi e segnatamente: «qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione».

⁹¹ Cfr. artt. 15 - 20, Regolamento Privacy.

prestazione di servizi, anche gratuiti,⁹² oppure del monitoraggio del loro comportamento all'interno dell'Unione.⁹³

Attraverso l'estensione dell'ambito di applicazione del Regolamento anche ai soggetti che effettuano il trattamento dei dati all'estero, le istituzioni europee hanno così cercato di limitare lo spostamento strumentale della sede del trattamento dei dati all'estero al fine di "scegliere" il Paese con la disciplina più favorevole (che può facilmente coincidere con quella meno garantista).

Quanto poi all'oggetto dei diritti riconosciuti agli utenti, il diritto di autorizzare il trattamento dei propri dati personali prevede che l'interessato presti il suo consenso per *ciascuna* specifica finalità del trattamento medesimo. Ne consegue che i dati raccolti per finalità scientifiche non potranno essere utilizzati a fini commerciali o ceduti a terzi salvo che ciò non sia stato espressamente autorizzato.⁹⁴ Giova tuttavia precisare che il consenso per finalità promozionali può essere prestato una sola volta.⁹⁵

Per quanto attiene al diritto di accesso, questo ha ad oggetto non solo i dati in sé, ma anche le informazioni concernenti il trattamento degli stessi.⁹⁶

⁹² In questo modo, è possibile applicare il Regolamento Privacy anche alle piattaforme.

⁹³ Cfr. art. 2 e Considerando 24, Regolamento Privacy.

⁹⁴ Cfr. art. 6, comma 1, *let. a*), Regolamento Privacy.

⁹⁵ In questo senso si veda la prassi costante dell'Autorità Garante per la Protezione dei Dati Personali, Provv. 9 marzo 2006, doc. *web* n. 1252220; Provv. 24 maggio 2006, doc. *web* n. 1298784; Provv. 15 novembre 2007, doc. *web* n. 1466985.

⁹⁶ Si tratta, in particolare, delle informazioni relative: alle finalità del trattamento; alle categorie di dati personali in questione; ai destinatari o le categorie di destinatari a cui i dati personali sono stati o saranno comunicati, in particolare se

L'interessato ha inoltre il diritto alla limitazione del trattamento dei suoi dati se: (i) ne contesta l'esattezza, per il periodo necessario al titolare del trattamento per verificarla; (ii) il trattamento è illecito; (iii) i dati personali sono necessari per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria; (iv) l'interessato in questione si è opposto al trattamento dei suoi dati ed è in corso un contraddittorio con il titolare del trattamento. Si consideri, in particolare, che un utente può opporsi in qualsiasi momento al trattamento dei dati personali che lo riguardano qualora questi siano stati trattati per finalità di *marketing*.

Infine, lo stesso ha il diritto sia di ottenere la rettifica e l'integrazione dei dati che lo riguardano, sia la loro cancellazione.

È questo il c.d. diritto all'oblio, fattispecie di matrice giurisprudenziale⁹⁷ che aveva fin da subito sollevato dubbi interpretativi in merito al suo bilanciamento con diritti antagonisti di pari dignità quali il diritto all'informazione e alla libertà di espressione.

Il comma 3 dell'art. 17 del Regolamento Privacy ha così cercato di realizzare tale bilanciamento disponendo una serie di deroghe al

destinatari di paesi terzi o organizzazioni internazionali; se possibile, al periodo di conservazione dei dati personali previsto oppure ai criteri utilizzati per determinare tale periodo; all'esistenza del diritto dell'interessato di chiedere al titolare del trattamento la rettifica o la cancellazione dei dati personali o la limitazione del trattamento dei dati personali che lo riguardano o di opporsi al loro trattamento; al diritto di proporre reclamo a un'autorità di controllo; a tutte le informazioni disponibili sull'origine dei dati se questi non sono stati raccolti presso l'interessato; all'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione; alle garanzie del trasferimento dei suoi dati a un paese terzo o a un'organizzazione internazionale.

⁹⁷ Cfr. Corte giust. Eu., 13 maggio 2014, *Google Spain*, C - 131/12.

diritto all'oblio, negandone in particolare l'esercizio qualora i dati in questione siano necessari: per l'adempimento di un obbligo legale che richieda il trattamento, previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento; per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica; a fini dell'archiviazione, nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici; per l'accertamento, l'esercizio o la difesa di un diritto in sede giudiziaria ed infine per l'esercizio del diritto alla libertà di espressione e di informazione.

Come si vede, con riferimento a quest'ultimo, la norma si è in realtà limitata a enunciare nuovamente l'esigenza del suo bilanciamento con il diritto all'oblio, senza tuttavia fornire canoni interpretativi a cui le Corti possano attenersi per stabilire *quando* il diritto alla libertà di espressione e all'informazione debba effettivamente ritenersi prevalente, lasciando così sostanzialmente aperto il problema del bilanciamento prospettato dalla giurisprudenza.

Infine, agli utenti è riconosciuto il diritto alla portabilità dei dati, ossia di ricevere copia in un formato leggibile dei dati personali che li riguardano forniti a un titolare del trattamento al fine di trasmetterli a un altro titolare, qualora il trattamento sia stato portato a termine con mezzi automatizzati. Gli stessi utenti hanno altresì diritto - ove tecnicamente possibile - di ottenere il trasferimento diretto dei loro dati dal primo al secondo titolare. Si tratta di un meccanismo basato su un principio molto simile a quello che governa la portabilità del numero di telefono in caso di sostituzione dell'operatore telefonico che eroga il servizio: la possibilità di mantenere il proprio numero elimina, infatti, un potenziale disincentivo a cambiare il prestatore del servizio.⁹⁸

⁹⁸ Cfr. *infra*, § 3.3.

1.3.2. La tutela IP dei Big Data

Come noto,⁹⁹ oltre ai dati forniti dagli utenti, i titolari del trattamento raccolgono autonomamente altri dati personali tramite processi di *tracking* (“dati intermedi”). Nella fase di *Big Data Analytics*, questi ultimi sono poi ulteriormente processati tramite algoritmi in modo da ricavarne informazioni sui *trend* di consumo (“dati predittivi di profilazione”).

Su tali tipologie di dati, pertanto, le imprese titolari del trattamento potrebbero vantare diritti, legittimati dal lavoro sottostante alla loro raccolta ed elaborazione. Data la natura immateriale dei dati, e considerata l’attività tecnica alla base del trattamento, simili diritti sono stati ricondotti in letteratura agli istituti tipici del diritto della proprietà industriale ed intellettuale, in particolare, alla tutela del segreto industriale e delle banche dati.¹⁰⁰

1.3.2.1. La tutela del segreto industriale

Sono classificabili come «segreti commerciali»,¹⁰¹ le informazioni che: (i) sono segrete nel senso che non sono, nel loro

⁹⁹ Cfr. *supra*, § 1.1.

¹⁰⁰ Cfr. E. MAGGIO - D. MULA, *Big Data e strumenti negoziali*, in (a cura di) V. FALCE - G. GHIDINI - G. OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra innovazione e mercato*, 2017, p. 226 ss. (in stampa); C. GALLI - M. BOGNI, *I requisiti per la tutela dei big data*, in (a cura di) V. FALCE - G. GHIDINI - G. OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra innovazione e mercato*, 2017, p. 148 ss.; J. DREXL, *Designing competitive markets for industrial data - between proprietisation and access*, in *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, 2016, p. 22.

¹⁰¹ Cfr. art. 2, direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla protezione del *know-how* riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l’acquisizione, l’utilizzo e la divulgazione illeciti 8 giugno 2016, n. 943. La fattispecie è definita in termini analoghi dagli art. 98 e 99 del Codice della Proprietà Industriale (d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30).

insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili a persone che normalmente si occupano del tipo di informazioni in questione; (ii) hanno valore commerciale in quanto segrete; (iii) sono state sottoposte a misure ragionevoli a mantenerne la segretezza da parte della persona al cui legittimo controllo sono soggette.

Considerare i Big Data quali segreti commerciali assicurerebbe pertanto alle imprese titolari del trattamento una tutela estremamente ampia, in quanto estesa alle singole informazioni considerate.

Ciononostante, a una simile ricostruzione sembrano esservi alcuni ostacoli.

In primo luogo, solo una percentuale minima dei dati in genere trattati da un'impresa soddisfa il requisito della "segretezza", come ad esempio i dati predittivi elaborati internamente. Tale caratteristica non è invece propria dei dati raccolti a partire dall'osservazione del reale (dati intermedi), ossia, potenzialmente visibili a tutti.¹⁰²

In secondo luogo, è estremamente difficile immaginare quali «misure ragionevoli» dovrebbero essere adottate per mantenere i dati segreti, anche perché - specie nell'ambito delle imprese multinazionali di grandi dimensioni - non è detto che questi siano gestiti da una sola persona o da una funzione aziendale specificamente preposta alla protezione del segreto, come sarebbe invece richiesto dalla richiamata disciplina dei segreti commerciali.

Infine, sembra impedire il riconoscimento dei Big Data quali segreti commerciali la difficoltà nel ritenerli informazioni aventi un

¹⁰² Si allude ai dati raccolti a seguito dell'osservazione del comportamento dell'utente *on-line*. Fanno eccezione i dati dedotti dal titolare del trattamento a partire da dati intermedi (ad esempio, il sesso dell'utente ricavato dalla tipologia di vestiti visualizzata).

valore *in quanto* segrete.

Infatti, non è tanto la loro segretezza ad attribuire Valore ai Big Data, quanto il Volume e la Varietà delle loro combinazioni.

A ciò si aggiunga che l'eventuale qualificazione dei Big Data come segreto commerciale sarebbe completamente in controtendenza rispetto alla sensibilità fino ad ora mostrata dalle istituzioni europee, che vedono nella mancanza di una sufficiente possibilità di accesso ai Big Data la principale ragione del ritardo in cui versa l'economia digitale europea rispetto a quella statunitense.¹⁰³

1.3.2.2. La tutela delle banche dati

I *dataset*, ossia le banche dati, sono disciplinati dalla Direttiva Dataset.¹⁰⁴

Ai sensi della stessa Direttiva, le banche dati sono raccolte di «opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente o metodicamente disposti ed individualmente accessibili grazie a mezzi elettronici o in altro modo».¹⁰⁵

Queste sono proteggibili con la tutela tipica dei diritti d'autore se si tratta di una «creazione dell'ingegno propria del loro autore

¹⁰³ Cfr. Comm. Eu., 2 luglio 2014, *Verso una florida economia basata sui dati*, Com. n. 442, pp. 4 - 8. Sul punto, in dottrina, cfr. C. BELLOMO, *Politica europea per i Big Data: prospettive di maggiore concorrenza?*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016, p. 159. Per una prima estensione di tale orientamento alle piattaforme private, cfr. Comm. Eu., 25 maggio 2016, *Le piattaforme on-line e il mercato unico digitale*, Com. n. 172. Cfr. infine *infra*, § 3.2.

¹⁰⁴ Cfr. direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla tutela giuridica delle banche di dati 11 marzo 1996, n. 9, recepita in Italia dal d.lgs. 6 maggio 1999, n. 169 che ha introdotto la fattispecie nell'art. 2, l. 22 aprile 1941, n. 633 ("Legge Autori") e ne ha definito la disciplina.

¹⁰⁵ Cfr. art. 1, Direttiva Dataset.

quanto alla scelta o alla disposizione del materiale»¹⁰⁶ altrimenti possono accedere alla c.d. tutela *sui generis*, riconosciuta nei casi in cui l'implementazione della banca dati di cui trattasi abbia richiesto un «investimento rilevante sotto il profilo qualitativo o quantitativo».¹⁰⁷

Tra i due regimi vi è una differenza nel rispettivo oggetto, nelle differenti condizioni di accesso e nella durata.

La protezione autoriale, in particolare, si compone di diritti morali,¹⁰⁸ e patrimoniali, quali la facoltà esclusiva di riproduzione, rappresentazione, comunicazione, distribuzione, noleggio, modificazione e finanche traduzione dell'opera. I diritti morali non hanno una durata predefinita, mentre quelli patrimoniali si esauriscono entro il settantesimo anno dalla morte dell'autore. L'accesso a questa forma di tutela richiede la sussistenza di un elemento di creatività, intesa non quale valore estetico,¹⁰⁹ ma come originalità della struttura della banca dati che la differenzi da una semplice raccolta.¹¹⁰ Si tratta, in buona sostanza, di una sorta di “impronta” del creatore della banca

¹⁰⁶ Cfr. art. 3, Direttiva Dataset.

¹⁰⁷ Cfr. art. 7, Direttiva Dataset. La protezione *sui generis* non è riconosciuta espressamente negli Stati Uniti, ove l'appropriazione delle informazioni contenute in un *dataset* altrui è considerata una forma tipica di concorrenza sleale. Cfr. *National Basketball Association v. Motorola Inc.*, 105 F 3d 841 (2d Cir. 1997).

¹⁰⁸ Si tratta, in estrema sintesi, del diritto alla paternità dell'opera, del diritto ad opporsi a suoi utilizzi che ne sviliscano il contenuto (e ciò a prescindere dalla cessione dei diritti patrimoniali), del diritto di anonimato e del diritto di inedito.

¹⁰⁹ Cfr. Considerando 16, Direttiva Dataset.

¹¹⁰ Cfr. V. FALCE, *Big Data, dataset e diritti esclusivi. Liasons dangereuses tra innovazione e mercato*, in (a cura di) V. FALCE - G. GHIDINI - G. OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra innovazione e mercato*, 2017, p. 169. In giurisprudenza, cfr. Corte giust. Eu., 1° marzo 2012, *Football Dataco Ltd e altri contro Yahoo! UK Ltd e altri*, C - 604/2010, con commento di V. FALCE, *La modernizzazione del diritto d'autore*, Milano, 2012, p. 48.

dati, che si traduca in un «criterio organizzativo percepibile».¹¹¹

Per quanto attiene invece alla protezione *sui generis*, questa si limita a riconoscere al costituente della banca dati¹¹² il diritto di vietare: (i) il trasferimento, in modo permanente o temporaneo, della totalità o una *parte sostanziale* del contenuto della banca dati su un altro supporto con qualsiasi mezzo o in qualsivoglia forma (c.d. estrazione) e (ii) mettere a disposizione del pubblico, in qualsiasi forma, la totalità o una *parte sostanziale* del contenuto della banca dati mediante distribuzione di copie, noleggio, *etc.*¹¹³ Tale protezione ha una durata di quindici anni a decorrere dall'anno solare successivo alla data di completamento del *dataset*.

Non è definito dalla Direttiva Dataset cosa debba intendersi per “parte sostanziale” della banca dati. Sul punto, la giurisprudenza si è soffermata sulla rilevanza dell'elemento *quantitativo*, ossia sul volume dei dati estratti o reimpiegati senza il consenso del titolare della banca dati.¹¹⁴ In specie, è stato chiarito che in un *dataset* costituito da più banche dati insieme - esempio che potrebbe essere particolarmente pertinente nell'ambito dei Big Data - l'impatto quantitativo delle informazioni estratte o reimpiegate deve essere valutato sul singolo *dataset* di appartenenza e non sulla banca dati complessivamente considerata.

In dottrina, invece, ai fini della definizione di “parte sostanziale”

¹¹¹ Cfr. E. MAGGIO - D. MULA, *op. cit.* p. 230.

¹¹² Secondo il Considerando 41 della Direttiva Dataset, il costituente di una banca dati «è la persona che prende l'iniziativa e si assume il rischio di effettuare gli investimenti». Si tratta degli investimenti posti in essere per la *raccolta* delle informazioni, non per la *creazione* delle stesse, che non rileva ai fini dell'accesso alla tutela *sui generis* prevista dalla Direttiva Dataset.

¹¹³ Cfr. art. 7, Direttiva Dataset.

¹¹⁴ Cfr. Corte giust. Eu., 5 marzo 2009, *Apis - Hristovich*, C - 545/07.

ci si è soffermati molto più sulla rilevanza *qualitativa* della porzione di banca estratta o reimpiegata. In specie, secondo alcuni,¹¹⁵ la parte estratta o reimpiegata costituirebbe “parte sostanziale” se tramite la stessa fosse possibile competere con il titolare del *database* di appartenenza. Secondo altri invece,¹¹⁶ dovrebbe farsi riferimento al concetto di “investimento” e, dunque, la parte estratta o reimpiegata avrebbe valore sostanziale solo se tale da integrare da sola un investimento da parte del titolare. Quest’ultima soluzione sembra essere la più valorizzata dalla giurisprudenza europea, che ha sottolineato come la valutazione di «parte sostanziale» della banca dati sotto il profilo qualitativo implica una valutazione sulla: «rilevanza dell’investimento collegato al conseguimento [...] di quella parte del contenuto che è stata estratta o reimpiegata».¹¹⁷

La stessa giurisprudenza ha altresì considerato, ai fini della definizione di “parte sostanziale”, la circostanza che le informazioni fossero o meno accessibili al pubblico, attribuendo loro tale qualifica solo nel secondo caso.¹¹⁸

Alla luce dei principi sin qui enucleati, posto che non sembrano esservi dubbi sul fatto che le raccolte sistematiche di Big Data formate nella fase di Big Data *Storage* siano classificabili quali banche dati ai fini della Direttiva Dataset,¹¹⁹ possono svolgersi alcune riflessioni.

In primo luogo, non sembra che ai “Big Dataset” possa applicarsi la protezione autoriale, poiché la fase di *Storage* che dà

¹¹⁵ Cfr. V. MELI, *Le “utilizzazioni libere” nella direttiva 96/09/CE sulla protezione giuridica delle banche dati*, in *AIDA*, 1997, p. 88.

¹¹⁶ Cfr. G. GUGLIELMETTI, *La tutela delle banche dati con diritto sui generis nella direttiva 96/09/CE*, in *Contratto e impresa Europa*, 1997, p. 177.

¹¹⁷ Cfr. Corte giust. Eu., 9 novembre 2004, C - 203/2002.

¹¹⁸ Cfr. Corte giust. Eu., 5 marzo 2009, C - 545/2007.

¹¹⁹ Cfr. *supra*, § 1.

luogo alla loro formazione non implica un atto creativo dell'autore, ma è il risultato della catalogazione automatica realizzata dal *software* utilizzato.

Sembrerebbero esservi invece buone ragioni per ritenere applicabile ai medesimi *dataset* la tutela *sui generis* delle banche dati.

Ne conseguirebbe il divieto di estrarre dagli stessi una parte di informazioni: (i) oggetto di uno specifico investimento; (ii) costituita da dati intermedi, in quanto dati non immediatamente accessibili al pubblico estratti autonomamente dall'impresa titolare del trattamento.

Tale impostazione, sebbene coerente sul piano teorico, presenta tuttavia talune incertezze applicative.¹²⁰

Ed, infatti, la banca dati oggetto di protezione è concepita dalla Direttiva Dataset come un *quid* di compiuto e statico, tanto che il *dies a quo* per l'attribuzione della tutela *sui generis* decorre dall'anno successivo al suo «completamento».¹²¹ La fattispecie è inapplicabile ai “Big dataset”, che sono per antonomasia in continua evoluzione, giacché buona parte del loro Valore è data dal loro Volume.

Né sarebbe possibile considerare ogni implementazione della banca dati come un nuovo «investimento sostanziale» capace di far decorrere nuovamente il termine quindicennale previsto dalla Direttiva Dataset.¹²²

Sul punto, è stata così prospettata una soluzione intermedia per cui ad ogni aggiunta di nuovi dati, il nuovo termine di protezione inizierebbe a decorrere solo in relazione a questi ultimi.¹²³

Vi sono, inoltre, questioni di opportunità in merito

¹²⁰ Cfr. J. DREXL, *op. ult. cit.*, p. 24.

¹²¹ Cfr. art. 10, Direttiva Dataset.

¹²² Cfr. art. 10, comma 3, Direttiva Dataset.

¹²³ Cfr. C. GALLI - M. BOGNI, *op.cit.*, p. 146.

all'applicazione della tutela *sui generis* ai Big Data sollevate da autorevole dottrina, per cui ciò costituirebbe un'«eccessiva protezione ai nuovi giganti dell'informazione in relazione alla loro attività di raccolta e trattamento delle informazioni»¹²⁴ suscettibile di sfociare in un abuso del diritto che - in mancanza di posizioni dominanti - non sarebbe nemmeno arginabile attraverso la tutela *antitrust*.

La mancanza di una soluzione univoca sulla possibilità di ricondurre la tutela dei Big Data ad un particolare istituto industrialistico non sembra tuttavia creare importanti lacune nella protezione delle imprese titolari del trattamento dei dati.¹²⁵

Queste, infatti, possono proteggere i loro *dataset* tramite misure tecniche la cui violazione costituirebbe comunque un atto illecito di violazione di sistemi di sicurezza informatica, al di là della classificazione del regime proprietario di tali dati da un punto di vista privatistico. In alcuni Ordinamenti, una simile condotta è peraltro anche penalmente perseguibile.¹²⁶

A ciò si aggiunga che le misure di protezione costringono i terzi interessati all'accesso ai *dataset* a intavolare negoziazioni con il titolare, allo stesso modo di quanto avverrebbe se a quest'ultimo

¹²⁴ Cfr. V. FALCE, *Big Data, dataset e diritti esclusivi. Liasons dangereuses tra innovazione e mercato*, cit., p. 197.

¹²⁵ È da tenere presente anche la posizione espressa in dottrina per cui la tutela proprietaria dei Big Data, ed in modo particolare la loro tutela industrialistica, sarebbe esclusa *a priori*. La posizione in commento si basa sulla distinzione tra *informazione* e *dato*. Solo la prima sarebbe, in astratto, meritevole di protezione industrialistica, in quanto si sostanzierebbe in una forma intellegibile ben determinata (*i.e.* il supporto attraverso il quale viene veicolata). Il secondo invece consisterebbe nel contenuto dell'informazione e sarebbe dunque *ex se* insuscettibile di protezione. Così L. DETERMANN, *No One Owns Data*, 14 Febbraio 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3123957. p. 7 e p. 57.

¹²⁶ Cfr. art. 615 - *ter* c.p.

fossero riconosciuti diritti di proprietà industriale.

In proposito, è stato quindi correttamente messo in luce che i titolari dei Big Data, e dei Big Dataset, possono contare invero sull'esistenza di «esclusive di fatto».¹²⁷

1.3.3. Su un possibile modello di ripartizione dei diritti proprietari

Nell'ottica di comporre il conflitto di interessi sugli assetti proprietari dei dati personali tra soggetti interessati e titolari del trattamento, è stato proposto un modello basato su tre diversi «livelli di proprietà» dei dati in funzione del grado di prossimità decrescente tra tali dati e l'interessato: (i) piena proprietà, (ii) regime proprietario intermedio e (iii) assenza di diritti di proprietà.¹²⁸

Il primo livello - «*strong relationship*» - è composto dai dati personali *puri*, quindi non soltanto fortemente connessi agli utenti a cui si riferiscono, ma altresì *forniti* dagli stessi. Tali dati sono di piena proprietà dell'interessato, che vanta, dunque, sugli stessi tutti i diritti dispositivi attribuiti dal Regolamento Privacy, tra cui il diritto alla portabilità, «uno dei più grandi segnali dell'implementazione del modello proprietario dei dati».¹²⁹

Il secondo livello - «*intermediate relationship*» - consta dei dati intermedi non autonomamente forniti dall'utente ma comunque riferiti allo stesso, in quanto tracciati a partire dai contenuti da questo forniti o dai suoi comportamenti sul *web*. Si tratta della categoria di dati più ampia che include informazioni da cui i titolari del trattamento

¹²⁷ Cfr. J. DREXL, *op. ult. cit.*, p. 29.

¹²⁸ Cfr. G. MALGIERI, *Property and (intellectual) ownership of consumers' information; a new taxonomy of personal data*, 2016, p. 5 ss., www.ssrn.com.

¹²⁹ Cfr. G. MALGIERI, *op. cit.*, p. 7.

deducono altre informazioni certe¹³⁰ o probabili con un lieve margine di errore.¹³¹

L'individuazione degli assetti proprietari di questa categoria di informazioni è estremamente problematica: da un lato, questi dovrebbero essere considerati di proprietà degli utenti in quanto non sono che la combinazione delle informazioni da questi indirettamente fornite ed, inoltre, non si tratta di previsioni, ma di dati *reali*; dall'altro, la loro combinazione e aggregazione in *dataset* fa parte del lavoro intellettuale dei titolari del trattamento.¹³²

Secondo la dottrina dei livelli di proprietà, simili dati sarebbero quindi soggetti a un regime proprietario condiviso tra l'interessato e il titolare del trattamento, il che richiede che i diritti di questi due soggetti siano tra loro bilanciati.

Tale bilanciamento si sostanzia nella compressione dei diritti dispositivi riconosciuti all'interessato dal Regolamento Privacy.

Ad esempio, lo stesso non può esercitare il diritto alla portabilità. Ed, infatti, il Regolamento limita l'esercizio di tale diritto ai soli dati *forniti* dagli interessati, così implicitamente escludendo quelli che il titolare del trattamento ha *ricavato* autonomamente, sia pure a partire dai comportamenti dell'utente¹³³.

Ad ulteriore sostegno della ricostruzione qui proposta, lo stesso Regolamento prescrive che il diritto di accesso dell'interessato ai suoi dati personali non deve pregiudicare i diritti di proprietà industriale

¹³⁰ Ad esempio, quale prodotto l'utente ha preferito acquistare tra quelli presenti sul sito.

¹³¹ Ad esempio, il sesso dell'utente a seconda dei prodotti che visualizza (vestiti da donna).

¹³² Cfr., *ex multis*, B.W. SCHERMER, *The limits of privacy in automated profiling and data mining*, in *Computer law and security review*, 2011, p. 46.

¹³³ Cfr. *infra*, § 3.3.

del titolare, sebbene non sia possibile precludergli completamente l'esame delle informazioni che lo riguardano.¹³⁴

In buona sostanza, è possibile concludere che il titolare del trattamento:

(i) può escludere i terzi dall'accesso ai dati intermedi in questione, al punto che nemmeno l'interessato può esercitare il suo diritto alla portabilità dei dati personali, poiché ciò ne implicherebbe il trasferimento ad altri titolari del trattamento, magari concorrenti del primo;

(ii) non può escludere completamente l'interessato dal controllo dei dati intermedi che lo riguardano, quando l'esercizio di tali diritti non pregiudichi i suoi diritti di proprietà industriale o intellettuale.

Infine, nel terzo livello proprietario denominato di *weak relationship*, gli utenti non hanno alcun diritto dispositivo sui dati lavorati dal titolare del trattamento.

Le informazioni comprese in questa categoria, infatti, non sono che dati predittivi di profilazione aventi ad oggetto previsioni su comportamenti futuri degli utenti, su cui le aziende basano le proprie strategie di *business* (si pensi alla previsione di solvibilità effettuata dalle banche o alla previsione della vita media degli individui effettuata dalle assicurazioni).

Poiché si tratta quindi di informazioni *non reali*, queste non possono avere alcun legame con il soggetto interessato.¹³⁵

Non a caso, in relazione a questa tipologia di informazioni, il Regolamento attribuisce agli interessati solo il diritto di non subire eventuali conseguenze negative connesse, quali, ad esempio, il rifiuto all'accesso a forme di credito *on-line* dovuto a una previsione negativa

¹³⁴ Cfr. Considerando 63, Regolamento Privacy.

¹³⁵ Cfr. C. PRINS, *Property and Privacy*, L'Aia, 2006, p. 255.

sulla loro solvibilità.¹³⁶ In altri termini, gli utenti non possono controllare la creazione e l'utilizzo dei dati di profilazione, ma solamente opporsi alle loro possibili applicazioni discriminatorie.¹³⁷

¹³⁶ Cfr. il Considerando 71, Regolamento Privacy: «L'interessato dovrebbe avere il diritto di non essere sottoposto a una decisione, che possa includere una misura, che valuti aspetti personali che lo riguardano, che sia basata unicamente su un trattamento automatizzato e che produca effetti giuridici che lo riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona, quali il rifiuto automatico di una domanda di credito online o pratiche di assunzione elettronica senza interventi umani. Tale trattamento comprende la “profilazione”, che consiste in una forma di trattamento automatizzato dei dati personali che valuta aspetti personali concernenti una persona fisica, in particolare al fine di analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze o gli interessi personali, l'affidabilità o il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti dell'interessato, ove ciò produca effetti giuridici che la riguardano o incida in modo analogo significativamente sulla sua persona». Sul tema si veda S. WACHTER – B. MITTELSTADT, *A Right to Reasonable Inferences: Rethinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI*, 13 September 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3248829., p. 44 ss.

¹³⁷ Cfr. G. MALGIERI, *op. cit.*, p. 12.

CAPITOLO II

I BIG DATA IN UNA PROSPETTIVA ANTITRUST

SOMMARIO: 2.1. I Big Data come potenziale strumento di collusione; - 2.2. Big Data: mercato rilevante?; - 2.3. La prassi della Commissione Europea; - 2.4. I Big Data e gli effetti di foreclosure nei mercati data driven; - 2.4.1. Le barriere all'entrata nel Big Data Capture; - 2.4.2. Le barriere all'entrata nel Big Data Storage; - 2.4.3. Le barriere all'entrata nel Big Data Analytics; - 2.5. Big Data e abusi di posizione dominante.

Esaminati i principali attori che operano nell'ecosistema dei Big Data, il presente capitolo sarà dedicato all'analisi di tale ecosistema secondo gli istituti e gli strumenti tipici del diritto della concorrenza.

Tale analisi appare, infatti, necessaria per affrontare correttamente il problema dell'accesso ai dati in una prospettiva *antitrust*.

Nel prosieguo pertanto, dopo aver brevemente descritto – per completezza della trattazione – le implicazioni dei Big Data con riferimento alle intese restrittive della concorrenza, saranno esaminate le questioni connesse a: **(i)** l'individuazione e definizione dei potenziali mercati rilevanti interessati; **(ii)** l'esistenza di eventuali barriere all'ingresso in tali mercati e **(iii)** l'esistenza di *nuove* fattispecie di abuso di posizione dominante che possono verificarsi nell'ecosistema.¹³⁸

¹³⁸ Ai sensi dell'art. 101, comma 1, TFUE: «Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:

2.1. I Big Data come potenziale strumento di collusione

La possibilità di estrarre dai Big Data dati predittivi sul comportamento degli utenti può essere chiaramente sfruttata da un'impresa anche per prevedere le condotte commerciali dei suoi

-
- a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;
 - b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
 - c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
 - d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;
 - e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi».

Tali accordi sono nulli di pieno diritto salvo che: (i) contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico; (ii) riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva; (iii) senza imporre restrizioni non fondamentali al raggiungimento di tali efficienze e (iv) senza eliminare del tutto la concorrenza nel mercato rilevante interessato dall'accordo.

Ai sensi dell'art. 102, comma 1, TFUE: «È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo». Segue un'elencazione meramente esemplificativa di pratiche che possono integrare un abuso di posizione dominante. Ne fanno parte: (i) l'applicazione di prezzi o altre condizioni di transazione inique; (ii) la limitazione della produzione a danno dei consumatori; (iii) l'applicazione di condizioni diverse per prestazioni equivalenti; (iv) il subordinare la conclusione di un contratto all'accettazione di prestazioni non collegate per natura o per usi commerciali.

Per quanto attiene alla normativa italiana, cfr. gli artt. 2 e 3 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, aventi un contenuto sostanzialmente analogo alla disciplina europea.

concorrenti. È stato quindi fatto notare che i Big Data avrebbero di per sé un impatto restrittivo sulla concorrenza, in quanto aumentano il grado di trasparenza dei mercati di riferimento.¹³⁹

Inoltre, secondo un recente studio,¹⁴⁰ i Big Data potrebbero favorire (i) la *formazione* e (ii) l'esecuzione di intese restrittive della concorrenza.

Per quanto attiene alla fase di formazione delle intese, rilevano sia la possibile condivisione degli algoritmi di previsione nell'ambito di una collusione esplicita, com'è nel caso degli algoritmi di prezzo, sia l'utilizzo dei dati per creare algoritmi che favoriscano una collusione tacita. Con riferimento invece alla messa in esecuzione del cartello, l'analisi dei Big Data può costituire un efficace strumento per monitorare il rispetto dell'accordo da parte degli altri co-cartellisti.

È in questo quadro che è stata recentemente accertata la prima intesa restrittiva attuata nell'ecosistema dei Big Data, in cui alcuni rivenditori di *poster* sulla piattaforma Amazon avevano condiviso un algoritmo in grado di livellare simultaneamente i prezzi sulla base dei dati relativi alle scelte di acquisto dei consumatori.¹⁴¹

Vi sono tuttavia ipotesi in cui meccanismi collusivi possono essere attuati anche in assenza della condivisione attiva di un algoritmo di prezzo, tramite l'utilizzo di *software di self learning* che da soli imparino a “dialogare” con quelli dei *competitors* e ad aggiustare di conseguenza il livello dei prezzi.

¹³⁹ Cfr. AUTORITE DE LA CONCURRENCE - BUNSESKARTELLAMT, cit., p.15.

¹⁴⁰ M. STUCKE - A. EZRACHI, *Artificial intelligence & collusion: when computers inhibit competition*, in *Oxford Legal Studies Research Paper*, 2015, p. 14 ss.

¹⁴¹ Cfr. *Department of Justice of USA*, 6 aprile 2015, *Topkins*, www.justice.gov/opa/pr/former-e-commerce-executive-charged-price-fixing-antitrust-divisions-first-online-marketplace.

In simili casi, in mancanza di univoci elementi esogeni, la prova dell'intesa potrebbe essere molto difficile da fornire per le Autorità di Concorrenza. Ciò in quanto sarebbe quasi impossibile dimostrare che non esiste una spiegazione all'implementazione dei *software* di *self learning* alternativa alla collusione,¹⁴² dal momento che questi non fanno nulla di diverso da una comune attività di *market intelligence* che “*in the real world*” consisterebbe nell'analisi dei prezzi praticati dai concorrenti al fine di adeguare i propri. Con la differenza che, sfruttando il Volume, la Varietà e, soprattutto, la Velocità dei Big Data, un *software* è in grado di farlo in modo più rapido ed efficiente.

Si deve inoltre valutare che lo sfruttamento congiunto dei Big Data e delle loro potenzialità tecniche tramite, ad esempio, la creazione di *joint ventures*, potrebbe essere l'occasione per uno scambio di informazioni sensibili tra concorrenti. Si consideri, ad esempio, il caso di alcune delle maggiori imprese statunitensi quali Volkswagen, Audi, BMW, Tesla, Nissan e Mercedes-Benz, che hanno dichiarato di voler utilizzare una particolare tecnologia di combinazione di Big Data per la produzione di macchine *self-driving*. Sul punto, è stato tuttavia opportunamente rilevato da parte della dottrina che la cooperazione orizzontale nell'ambito dei Big Data è per antonomasia potenzialmente foriera di efficienze in quanto suscettibile di migliorare la produzione e la distribuzione di prodotti e

¹⁴² Secondo consolidata giurisprudenza europea e nazionale, incombe sulle Autorità di concorrenza, in assenza di elementi di prova esogeni, dimostrare che non esiste una giustificazione al comportamento anomalo delle Parti alternativa a una collusione. Cfr., *ex multis*, Corte giust. Eu., 31 marzo 1993, *A. Ahlström Osakeyhtiö c. Commissione*, cause riunite C-89/85, C-104/85, C-114/85; TAR Lazio, 18 dicembre 2015, *Gare RCA per trasporto pubblico locale*, n. 14281; TAR Lazio, 14 ottobre 2016, *Gara Consip per i servizi di pulizia nelle scuole*, n. 13303, confermata da Consiglio di Stato, 20 febbraio 2017, n. 740.

servizi attraverso lo sviluppo tecnologico.¹⁴³ Simili cooperazioni, pertanto, ricorrendo le altre condizioni *ex art.* 101, comma 3, TFUE dovrebbero ritenersi legittime in una prospettiva *antitrust*.

Tale punto di vista sembrerebbe coincidere con quello, sia pure indirettamente, adottato dalla *Federal Trade Commission* (“FTC”) in un caso relativo anche questo al settore automobilistico, in specie, della *joint venture* di produzione posta in essere tra Toyota e *General Motors*.¹⁴⁴ In un primo momento, infatti, l’operazione era stata autorizzata a condizione che le parti limitassero lo scambio di informazioni sulle rispettive specifiche di produzione a quanto strettamente necessario al funzionamento della costituenda *joint venture*. Successivamente, vista la nascita di numerose altre *joint venture* di produzione finalizzate allo sfruttamento congiunto dei Big Data, il divieto in questione è stato revocato per non recare alla *joint venture* tra Toyota e GM uno svantaggio competitivo. Il *revirement* porta a ritenere che le Autorità di Concorrenza potrebbero legittimare, ed in un certo senso incoraggiare, le cooperazioni finalizzate allo sfruttamento dei Big Data in considerazione delle efficienze che queste sono in grado di produrre.

Infine, vale la pena concludere l’esame dei Big Data quale potenziale strumento di collusione con una nota “metodologica” riguardo le possibili intese restrittive perpetrate nell’ambito dei

¹⁴³ Cfr. Y. BOTTEMAN, *Turning the corner, the Internet of (moving) things*, in *Antitrust Chronicle*, 2017, p. 42.

¹⁴⁴ Della decisione si dà atto nel documento della FTC, *Antitrust Issues Related to Benchmarking and Other Information Exchanges, Remarks of J. Thomas Rosch, Commissioner*, 2011, disponibile sul sito www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/antitrust-issues-related-benchmarking-and-other-information-exchanges/110503roschbenchmarking.pdf.

mercati a due versanti. Ciò in quanto queste ultime, alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali,¹⁴⁵ che sono stati ritenuti

¹⁴⁵ Cfr. Corte giust. Eu., 11 settembre 2014, *Cartes Bancaires*, C - 67/13, § 74 - 75.

Il «Groupement des Cartes Bancaires» è un'associazione costituita al fine di consentire ai titolari di una carta CB emessa da un suo membro di effettuare pagamenti presso commercianti affiliati e/o di prelevare denaro dai distributori gestiti dai membri dell'associazione. La Commissione Europea ha ritenuto l'illegittimità della decisione dell'associazione di imporre misure tariffarie: (i) ai membri dell'associazione la cui attività di emissione di carte CB era prevalente rispetto all'attività di affiliazione di nuovi commercianti al sistema; (ii) ai nuovi aderenti il cui numero di carte CB in giacenza superava una certa soglia in un dato momento; (iii) ai membri "dormienti", vale a dire i membri dell'associazione inattivi o poco attivi prima della data di entrata in vigore delle nuove misure tariffarie.

Secondo la Commissione, infatti, queste misure non sarebbero state appropriate per incentivare l'attività di acquisizione di commercianti da affiliare, ma avrebbero avuto l'oggetto anticoncorrenziale di ostacolare la concorrenza dei nuovi operatori e di penalizzarli, di preservare gli introiti dei capifila dell'associazione e di limitare la riduzione del prezzo delle carte bancarie.

La Corte, pur confermando la natura anti - concorrenziale delle misure sopra individuate, ha rilevato la sussistenza di strette interazioni tra i due versanti intermediati dall'associazione (intermediari finanziari e commercianti affiliati), al punto che le suddette misure avrebbero potuto persino trovare una giustificazione se interpretate alla luce degli effetti di rete tra i due versanti individuati. Nel caso di specie, in particolare, si trattava di evitare il parassitismo degli intermediari finanziari che non portavano nuovi affiliati.

Questo il passaggio più rilevante della sentenza in proposito: «[poiché] sussistevano "interazioni" tra le attività di "emissione" e di "acquisizione" di un sistema di pagamento e che tali attività producevano "effetti di rete indiretti", dal momento che l'entità dell'accettazione delle carte da parte dei commercianti e il numero di carte in circolazione si influenzano reciprocamente, il Tribunale non poteva, senza commettere un errore di diritto, concludere che le misure in questione avevano ad oggetto la restrizione della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE. Avendo infatti ammesso che le formule utilizzate da tali misure

estensivamente applicabili anche al contesto delle piattaforme,¹⁴⁶ dovrebbero essere sempre valutate mettendo in relazione il comportamento scrutinato in uno dei due mercati rilevanti intermediati dalla piattaforma anche con il secondo mercato. La stessa condotta, infatti, potrebbe apparire anti - concorrenziale se valutata in relazione a uno solo dei mercati e trovare invece una giustificazione oggettiva se analizzata con riferimento ad ambedue i versanti.

2.2. Big Data: mercato rilevante?

Prima di valutare se i Big Data possano comportare la nascita di *nuovi* abusi di posizione dominante,¹⁴⁷ è opportuno analizzare le questioni connesse all'individuazione dei mercati rilevanti in cui operano le imprese che li utilizzano.¹⁴⁸

miravano a stabilire un determinato rapporto tra le attività di emissione e le attività di acquisizione dei membri del Groupement, il Tribunale poteva tutt'al più desumerne che le misure in questione avessero ad oggetto l'imposizione di un contributo finanziario ai membri del Groupement che beneficiano degli sforzi impiegati dagli altri membri ai fini dello sviluppo delle attività di acquisizione del sistema. Orbene, un obiettivo siffatto non può essere considerato, per sua stessa natura, dannoso per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, atteso che lo stesso Tribunale del resto ha dichiarato, segnatamente ai punti 76 e 77 della sentenza impugnata, che la lotta contro il parassitismo del sistema CB costituiva un obiettivo legittimo» [sottolineatura aggiunta].

In senso analogo le Corti statunitensi. Cfr. *United States v. American Express Company*, 838 F. 3d 179 (2nd Circuit, 2016).

¹⁴⁶ Cfr. M. MAGGIOLINO, *I Big Data, tra Stati Uniti e Unione Europea*, in (a cura di) V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI *Informazione e Big Data tra innovazione e mercato*, 2017, pp. 386 - 397.

¹⁴⁷ La questione, come noto, ha un minore impatto nell'ambito delle intese restrittive, ove il mercato rilevante corrisponde di norma a quello che l'intesa vuole condizionare. Cfr. F. GHEZZI - G. OLIVIERI, *op. cit.*, p. 65.

¹⁴⁸ È evidente che l'individuazione dei mercati rilevanti interessati nell'ambito dell'ecosistema dei Big Data interessa anche l'analisi delle

In questo senso, la prima domanda che deve logicamente trovare risposta è se esista un mercato rilevante¹⁴⁹ dei dati separato e distinto dal mercato a valle ove gli stessi sono utilizzati quale *input* per la fornitura di beni e servizi (“mercati *data driven*”).

I commentatori che rispondo negativamente si basano su due osservazioni: (i) il fatto che non sarebbe possibile individuare una relazione di sostituibilità univoca tra i dati tale da delimitare il loro mercato del prodotto e (ii) la mancanza di autonoma commercializzazione dei dati.¹⁵⁰

La condizione *sub* (i) è senz’altro convincente, ma non appare dirimente. È vero, infatti, che la Varietà che caratterizza i Big Data non sempre permette di individuare relazioni di sostituibilità univoche tra i dati, vista – da un lato - la molteplicità delle loro possibili combinazioni e aggregazioni e – dall’altro – la loro fungibilità per

concentrazioni. Nel diritto *antitrust* con il termine concentrazione «si è soliti indicare il risultato di un processo all’esito del quale un’impresa si rafforza sul mercato non già in virtù di una crescita interna, bensì per linee esterne attingendo ad economie di terzi». Cfr. F. GHEZZI - G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2013, p. 51. Tale processo, indipendentemente dalla forma giuridica che assume, implica uno stabile mutamento del controllo di una o più imprese. Al raggiungimento di determinate soglie di fatturato da parte delle imprese coinvolte, le concentrazioni sono soggette al controllo preventivo da parte della Commissione Europea ai sensi del Regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese 20 gennaio 2004, n. 139 e delle Autorità nazionali competenti (in particolare, per la competenza dell’Autorità italiana, cfr. art. 6, l. 10 ottobre 1990, n. 287).

¹⁴⁹ *I.e.* di un mercato del prodotto - individuato come l’insieme di beni o servizi sostituibili dal lato della domanda quanto a caratteristiche, utilità e prezzo - in una determinata area geografica, delimitata sulla base degli spostamenti che la domanda è disposta a compiere per l’acquisto dei beni o servizi considerati. Cfr. F. GHEZZI - G. OLIVIERI, *op cit.*, p. 67.

¹⁵⁰ Cfr. D. S. TUCKER - H. B. WELLFORD, *Big Mistakes regarding Big Data*, in *Antitrust Source*, 2014, p. 3 ss.

certe tipologie di *business*, come ad esempio quello delle piattaforme, a prescindere dalla categoria merceologica di appartenenza.

In altri termini, se un produttore di cosmetici o un fornitore di servizi di *mapping* potrebbero essere interessati, rispettivamente, ai dati di consumo di prodotti di profumeria e ai dati di geo-localizzazione degli utenti, le piattaforme sono invece interessate ad acquisire entrambe le tipologie di dati, e molte altre, in quanto ambedue utili per “profilare” gli utenti e fornire servizi di *on-line advertising* più mirati e appetibili, nonché per sviluppare servizi ulteriori e/o innovativi rispetto a quelli forniti, coerentemente con il loro modello di *business onnivoro*.¹⁵¹

Tuttavia, il fatto che sia difficile individuare relazioni di sostituibilità univoche non vuol dire necessariamente che non possa esistere un mercato del prodotto dei Big Data, ma soltanto che vi è forse l’esigenza di mutare approccio rispetto all’analisi tradizionale e di affinare gli strumenti di analisi.

In questo senso, vale la pena menzionare lo sforzo di classificazione dei dati da parte dell’Autorità di concorrenza inglese, la quale risulta essere ad oggi la più aggiornata, che ne ha proposto una ripartizione in tredici categorie:¹⁵² (i) dati finanziari, come, ad esempio, fatturati e dati di *rating*; (ii) dati di contatto, di cui fanno parte le informazioni anagrafiche quali indirizzo, telefono, *etc.*; (iii) dati socio-demografici, quali occupazione, sesso, classe sociale, *etc.*; (iv) dati di acquisto; (v) dati contrattuali; (vi) dati di localizzazione; (vii) dati comportamentali, che includono le ricerche effettuate, le applicazioni *web* scaricate, *etc.*; (viii) dati tecnici di navigazione; (ix) dati di comunicazione, quali il livello di utilizzo della posta elettronica

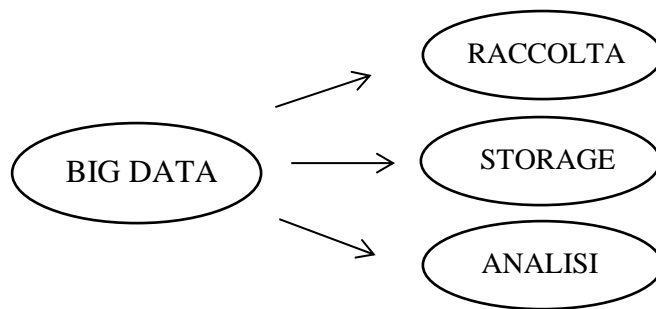
¹⁵¹ Cfr. *supra*, § 1.2.1.

¹⁵² Cfr. COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, cit., p. 25.

e dei *social network*; (x) dati di relazione, quale la composizione del nucleo familiare; (xi) dati pubblici, quali procedimenti giudiziari, stato civile, *etc.*; (xii) dati di utilizzo dell'energia, raccolti tramite la domotica domestica; (xiii) dati di intrattenimento, relativi alle abitudini di utilizzo dei *media*.

Appare tuttavia più convincente la definizione del mercato del prodotto dei dati proposta in dottrina,¹⁵³ basata non sulla loro suddivisione merceologica, ma sulle fasi del loro ciclo di vita, che ne costituirebbero autonomi segmenti: (i) *Big Data Capture*; (ii) *Big Data Storage* e (iii) *Big Data Analytics*.¹⁵⁴

Figura 2.



Il metodo proposto, infatti, ha il merito – a parere di chi scrive – di aderire maggiormente alla realtà economica del *business omnivoro* delle piattaforme, che raccolgono, immagazzinano e analizzano dati trasversalmente alle categorie merceologiche di appartenenza.

Si noti che nelle tre fasi, i dati possono essere usati internamente come *input* nei mercati *data driven* a valle oppure “venduti” a terzi in forma di licenza. Inoltre, vale la pena rilevare che ciascuno dei tre mercati dei Big Data individuati si colloca a monte degli altri: così la raccolta di dati è essenziale per la fase della loro organizzazione e

¹⁵³ Cfr. V. BAGNOLI, *op. cit.*, p. 90 ss.

¹⁵⁴ Cfr. *supra*, § 1.1.

analisi, mentre l'organizzazione è presupposto per la fase di analisi. Quest'ultima è a sua volta condizione necessaria per competere nei mercati *data driven* a valle.

Ne deriva che se un'impresa non è in grado di eseguire la raccolta non potrà nemmeno svolgere le fasi successive e sarà costretta a richiedere l'accesso ai *dataset* di terzi da analizzare per competere nei mercati a valle.

Ci si soffermerà ora sulla seconda obiezione all'esistenza di un mercato del prodotto dei dati– *supra, sub ii*) - ossia che questi non sarebbero un bene in commercio, ma un *input* utilizzato internamente dalle imprese che ne effettuano la raccolta.

Tale assunto non appare condivisibile per due ordini di ragioni.

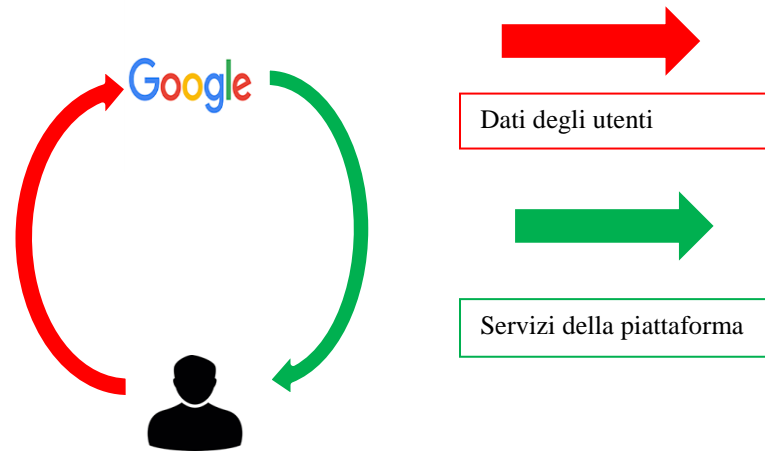
In primo luogo, non sembra vero, in assoluto, che i dati non sono “commercializzati”.

Ed, infatti, il *business* dei *data brokers* consiste proprio nella raccolta e sistematizzazione di dati da rivendere a terzi.¹⁵⁵

In secondo luogo, ad eccezione dei dati desumibili dall'osservazione del reale (come, ad esempio, i dati meteorologici), la principale fonte di cui si servono i maggiori *player* attivi nell'ecosistema dei Big Data – *i.e.* le piattaforme - sono i dati personali degli utenti, a cui questi dati *appartengono* e che devono dunque *trasferirli* all'operatore interessato al loro trattamento. Questo operatore eroga loro *in cambio* servizi gratuiti (dalla gestione delle caselle *e-mail*, alla funzione di motore di ricerca, al servizio di *social network, etc.*), secondo lo schema esemplificativo rappresentato in Figura 3.

¹⁵⁵ Cfr. *supra*, § 1.2.5.

Figura 3.



Ebbene, la stessa presenza di uno scambio dovrebbe implicare l'esistenza di un mercato.

Si tratta tuttavia di una posizione tutt'altro che pacifica.

È stato in proposito autorevolmente sostenuto che nel modello economico sopra descritto i dati non rappresenterebbero un mercato del prodotto, ma una sorta di *moneta* per i servizi gratuiti forniti dalle piattaforme *online*.¹⁵⁶

I sostenitori di tale tesi ritengono altresì che l'equivalenza tra dati e valuta faciliterebbe l'individuazione dei mercati *data driven*,¹⁵⁷ giacché consentirebbe di superare i problemi connessi all'utilizzo dei tipici strumenti dell'analisi *antitrust* che, come lo *SSNIP test*,¹⁵⁸ misurano il grado di sostituibilità tra due prodotti o servizi in funzione di eventuali variazioni del prezzo di uno di questi tra il 5% e il 10% in

¹⁵⁶G. MUSCOLO – G. PITRUZZELLA, *Unfair prices: a few remarks on competition policy and antitrust analysis*, in *Concurrences* 1, 2018, p. 65.

¹⁵⁷ Cfr. G. MUSCOLO, *Big Data e Concorrenza, quale rapporto?*, in (a cura di) V. FALCE - G. GHIDINI - G. OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra innovazione e mercato*, 2017, p. 216.

¹⁵⁸ *Small but significant non - transitory increase in prices*.

un anno e sono quindi chiaramente inapplicabili nell'ambito di tali mercati, che – avendo ad oggetto la fornitura di servizi gratuiti - sono *zero-priced markets*.¹⁵⁹

Così, è stato proposto di sostituire alla variabile del prezzo utilizzata nello *SSNIP test* il livello di *privacy* accordato dal fornitore di servizi (*SSNIP Privacy test*),¹⁶⁰ sul presupposto che la *privacy policy*

¹⁵⁹ Cfr. L. FILISTRUCCHI - L. D. GERADIN - E.V. DAMME - P. AFFELDT, *Market definition in two sided markets: theory and practice*, in *Journal of Competition, Law & Economics*, vol. 10, 2014, pp. 293 - 339. Nello stesso senso, si vedano: U. SCHWALBE – D. ZIMMER, *Law and economics in European merger control*, Oxford, 2009, p. 122; M.S. GAL – D. RUBINFELD, *The hidden costs of free goods: implications for antitrust enforcement*, in *80 Antitrust Law Journal*, 2016, p. 521; G.A. MANNE – J.D. WRIGHT, *Google and the limits of antitrust*, in *34 Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2011, p. 171; F. THÉPOT, *Market Power in online search and social networking*, in *36 World Competition*, 2013, p. 195; S.W. WALLER, *Antitrust and social networking*, in *90 North Carolina Law Rev.*, 2011-2012, p. 1771. Per completezza, si precisa che in ambiente digitale i beni a prezzo nullo sono anche offerti spesso nelle strategie c.d. *freemium* o *premium upgrading* in cui un determinato servizio (es.: uno spazio *cloud*) viene offerto a un prezzo nullo così da fare da *apripista* alla sua versione più evoluta, che sarà offerta invece a fronte del pagamento di un corrispettivo. Si vedano J. M. NEWMAN, *Antitrust in Zero-price markets: foundations*, in *164 University of Pennsylvania Law Review*, 2015, p. 149 – 156; D. EVANS, *The Antitrust Economics of free*, in *7 Competition Pol'y Int'l*, 2011, p. 71-73; M. S. FERRO, *Ceci n'est pas un marché*, 2014, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2493236.

¹⁶⁰ *Contra*, cfr.: M. E. STUCKE – A. EZRACHI, *When Competition fails to optimise quality: a look at search engines*, in *18 Yale Journal and Technology*, 2016, p. 70; M. E. STUCKE – A. P. GRUNES, *No mistake about it: the important role of antitrust in the era of big data*, in *University of Tennessee Research Paper* n. 269, 2015, p. 4; A. P. GRUNES, *Another look at privacy*, in *20 Geo. Mason Law Review*, 2013, p. 1107; F. PASQUALE, *Privacy, antitrust and power*, in *20 Geo. Mason Law Review*, 2013, p. 1009; P. SWIRE, *Protecting Consumers: privacy matters in antitrust analysis*, *Centre for American Progress*, 2007; L. KIMMEL – J. KESTENBAUM, *What'*

rappresenterebbe la *misura* della quantità e varietà di dati richiesti,¹⁶¹ così come la quantità di moneta costituisce la misura del prezzo.

Vi è tuttavia un'insormontabile ostacolo, a parere di chi scrive, ad un paragone tra dati e moneta e, di conseguenza, all'applicazione di un ipotetico *SSNIP Privacy test* ai fini della definizione dei mercati *data driven*, ossia, il fatto che sembra che non tutti gli utenti siano allo stesso modo consapevoli del valore dei loro dati.

Tale circostanza appare confermata, da ultimo, dall'indagine di mercato condotta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM"), da cui è emerso che solo 6 utenti su 10 sono consapevoli che i loro comportamenti *on-line* generano dati raccolti

up with WhatsApp?, in *29 Antitrust Magazine*, 2014, p. 48 – 52. *Contra*, cfr. G.A. MANNE - R.B. SPERRY, *The problems and perils of bootstrapping privacy and data into an antitrust framework*, in *Antitrust Chronicle*, 2015, p. 2 ss.; J.C. COOPER, *Privacy and antitrust: underpants gnomes, the first amendment and subjectivity*, in *Mason Law Review*, Vol. 20, 2013, p. 1129. Secondo gli Autori, una simile impostazione sopravvaluterebbe il ruolo della *privacy policy* nelle scelte dei consumatori, assumendo che questa sia l'elemento che le orienta, quando non si tratta che di *una* delle variabili considerate insieme ad altri indicatori della qualità del servizio, quali, ad esempio la velocità e l'accuratezza dello stesso. Sul punto, si veda a breve *infra*.

¹⁶¹ Il problema dell'inadeguatezza dello *SSNIP test* ai fini della definizione degli *zero-priced markets* – *i. e.* la quasi totalità dei mercati *data-driven* – è particolarmente sentito anche nell'analisi economica dell'OCSE (cfr. OCSE, *cit.*, p. 15) che ritiene possibile sostituire alla variabile del prezzo la qualità dei servizi offerti dalla piattaforma *Small but significant non - transitory decrease in quality, SSNDQ test*) per studiare il grado di elasticità della domanda al suo decrescere. Si tratta di uno strumento di difficile applicazione pratica, dal momento che richiederebbe di individuare parametri qualitativi oggettivi per ciascun servizio *online* offerto dalle piattaforme, il che appare ancor più complicato alla luce del rapido evolversi di tali servizi.

dai fornitori si servizi a scopi commerciali¹⁶² e, dunque, del *valore* dei loro dati.

Non è un caso che i fornitori di servizi *online* che hanno provato a lanciare sul mercato servizi *privacy-friendly*, come i motori di ricerca DuckDuck Go e Qwant che promettevano di non memorizzare la cronologia delle *queries* di ricerca o – ancora – il *social network Snapchat* che conserva i contenuti caricati dagli utenti limitatamente a 24 ore, non abbiano mai ottenuto un successo sul mercato paragonabile a quello dei rispettivi concorrenti Google o Facebook.

Questo atteggiamento di scarso interesse degli utenti rispetto al valore di scambio dei loro dati rende quindi impossibile paragonarli a una moneta, la cui principale caratteristica è di avere un valore nominale *standard* universalmente riconosciuto.

Pertanto, si ritiene che lo scambio dati *v.* servizi gratuiti tipico del modello di *business* delle piattaforme non dovrebbe essere visto come una compravendita in cui i servizi sono il bene e i dati la moneta, ma piuttosto come una permuta – un *baratto* – tra due beni appartenenti a due diversi mercati rilevanti per cui: (i) i consumatori

¹⁶² Cfr. AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, IC53, 8 giugno 2018, www.agcm.it. Parte della dottrina ha enfatizzato come l'ignoranza dei consumatori circa il valore dei loro dati costituisca un'esternalità positiva per le imprese. Così H.A. SHELANSKI, *Information, Innovation and Competition Policy for the internet*, in *161 U. Pa. L. Rev.*, 2013, p. 1663 – 1691; J. WHITTINGTON - C.J. HOOFNAGLE, *Social networks and the law*, in *90 N.C.L. Law Review*, 2012, p. 1327 – 1357; A. ACQUISTI – J. GROSSKLAGS, *What can behavioural economics teach us about privacy?*, in *18 Digital Privacy*, 2008, p. 363. Alcuni studi hanno enfatizzato come il livello di interesse degli utenti per i propri dati vari in funzione del grado di istruzione: I. HANN, *Online information privacy*, in *Int'l. Conf. On Info. Systems*, 2002. In tempi più recenti tuttavia, è stato sottolineato come l'interesse per i propri dati stia in generale aumentando: A. GOLDFARB – C. TUCKER, *Shifts in privacy concerns*, in *102 Am. Econ. Rev.*, 2012, p. 349.

comprano servizi in cambio di dati e **(ii)** le imprese *comprano* dati in cambio di servizi.

Nella lettura proposta, il lato *sub (i)* della permuta rappresenterebbe quindi il mercato del servizio *on-line (data driven)* considerato (freccia Verde in figura 3), mentre quello *sub (ii)* il mercato del *Big Data Capture*, autonomo e a sé stante rispetto al mercato *data driven a valle*.¹⁶³

Si consideri che la definizione di tale ultimo mercato non ha una portata meramente teorica in quanto non solo apre la strada alla definizione di possibili abusi di posizione dominante consistenti nell'ostacolare l'accesso ai concorrenti – tema che costituisce il *fil rouge* del presente lavoro – ma ha una sua particolare rilevanza anche nell'ambito della valutazione delle operazioni di concentrazione nei mercati *data-driven*, argomento su cui appare opportuno soffermarsi brevemente, anche al fine di comprendere la posizione della Commissione Europea sulla questione.

2.3. La prassi della Commissione Europea

Nelle più recenti decisioni che hanno interessato concentrazioni tra piattaforme attive nei mercati *data-driven*, il mercato del *Big Data Capture* non è mai stato definito dalla Commissione, in quanto i dati raccolti non erano destinati ad essere autonomamente commercializzati sul mercato, ma ad uso interno delle imprese interessate, come *input* nei mercati *data-driven a valle*.

Ciononostante, la Commissione – pur senza definirlo e analizzarlo – sembrerebbe implicitamente riconoscere l'esistenza dei

¹⁶³ *Contra*, cfr. D.S. TUCKER – H.B. WELLFORD, *Big Mistakes regarding Big Data*, in *Antitrust Source*, 2014, p. 4-5. A sostegno, si veda invece I. GRAEF, *Market Definition and market power in data: the case of online platforms*, in *World Competition*, 2015, p. 473.

mercati del Big Data *Capture* e del Big Data *Storage*.

In particolare, nel caso *Facebook/WhatsApp*,¹⁶⁴, la

¹⁶⁴ Cfr. Comm. Eu., 3 ottobre 2014, *Facebook/WhatsApp*, M.7217 § 70 - 72; 188 - 189 e nota 107. La raccolta dei dati, nel caso di specie, era finalizzata alla prestazione di servizi nel mercato dell'*on - line advertising*. Gli effetti dell'operazione su tale mercato sono stati esaminati anche in mancanza di un *overlap* tra le Parti poiché la Commissione temeva che l'operazione potesse comunque rafforzare la posizione di Facebook Inc. (una piattaforma di comunicazione disponibile anche nella versione per dispositivi mobili) o introducendo annunci pubblicitari su WhatsApp (anche questa piattaforma di comunicazione per dispositivi mobili) oppure utilizzando quest'ultima come fonte di dati per migliorare i servizi di *on - line advertising* prestati. La *theory of harm* è stata poi valutata inconsistente in quanto la Commissione ha ritenuto che, anche dopo la concentrazione, sarebbero stati disponibili sul mercato diversi fornitori alternativi di *on-line advertising*, e sufficienti dati degli utenti per l'implementazione dei medesimi servizi, al di fuori del controllo di Facebook.

Tale analisi è stata comunque condotta dalla Commissione nella convinzione che Facebook non avrebbe utilizzato i dati di WhatsApp, in quanto la stessa aveva dichiarato di non esservi intenzionata anche perché collegare le due piattaforme sarebbe stato particolarmente complesso da un punto di vista tecnico. Facebook non ha poi tenuto fede a quanto dichiarato, realizzando l'abbinamento dei suoi *account* a quelli di WhatsApp, operazione che ha comportato l'applicazione di una multa nei suoi confronti di 110 milioni di euro per dichiarazioni mendaci alla Commissione.

Oltre che sul mercato dell'*on-line advertising*, erano stati presi in considerazione nel caso in commento anche gli effetti dell'operazione nel mercato delle applicazioni per telefoni mobili. La Commissione non aveva espresso alcun rilievo in questo caso, poiché, pur riconoscendo la presenza di forti effetti di rete, aveva ritenuto che questi fossero bilanciati: (i) dal fatto che gli utenti utilizzano diverse applicazioni contestualmente e (ii) dall'elevato livello di innovazione che caratterizza il mercato in questione, che difficilmente consente l'affermarsi di posizioni dominanti.

Infine, sono stati considerati anche gli effetti dell'operazione sul mercato dei *social network*, in specie, ci si è chiesti se l'integrazione tra le parti avrebbe potuto rafforzare la posizione di Facebook obbligando gli utenti di WhatsApp a usufruire

Commissione ha menzionato espressamente: (i) il mercato della raccolta di dati, proponendo anche una ripartizione delle quote di mercato delle imprese di settore e (ii) il mercato dell'analisi degli stessi.

Allo stesso modo, nel caso *Microsoft/LinkedIn* la Commissione ha individuato l'esistenza di un «ipotetico mercato» della fornitura di *dataset* funzionali alla prestazione di servizi di *on-line advertising*, corrispondente al segmento del *Big Data Storage*, affermando altresì che l'integrazione delle banche dati delle due parti avrebbe potuto impedire ai concorrenti di competere su tale mercato.¹⁶⁵

anche dei suoi servizi. La Commissione ha concluso per l'assenza di rischi per la concorrenzialità del mercato viste la presenza di numerosi operatori concorrenti e sulla base della circostanza che molti utenti WhatsApp già utilizzavano la piattaforma Facebook.

¹⁶⁵ Cfr. Comm. Eu., 6 dicembre 2016, *Microsoft/LinkedIn*, M.8124, § 179. Anche in questo caso, il mercato non è stato definito poiché ritenuto irrilevante ai fini dell'operazione in esame, visto che nessuna delle due parti commercializzava i dati raccolti e organizzati a fini pubblicitari. In particolare, l'operazione in esame aveva ad oggetto l'acquisizione di LinkedIn - piattaforma statunitense esercente attività di *social networking* professionale e di servizi *recruiting* - da parte di Microsoft, società statunitense attiva nello sviluppo e nella rivendita tramite licenza di prodotti *software*, tra cui i sistemi operativi Windows per cellulari e PC, servizi di *cloud*, *on line advertising* e apparecchi informatici.

L'indagine della Commissione si è incentrata sui possibili effetti conglomerati dell'operazione nei mercati: (i) dei servizi professionali di *social network* (ii) delle soluzioni *software* per la gestione dei rapporti con i clienti e altre funzioni, e (iii) dei servizi di *online advertising*, la sola area di *overlap* orizzontale.

Quanto al primo dei mercati citati, la preoccupazione della Commissione era che l'operazione portasse ad un rafforzamento degli effetti di rete di cui LinkedIn già beneficiava in maniera rilevante, determinando così l'insorgere di un insuperabile effetto di *foreclosure* nel mercato dei servizi di *social network* professionali. Tale effetto avrebbe potuto essere determinato da: (i) l'integrazione dei *dataset* di

Tirando le fila, dunque, la Commissione sembrerebbe considerare il mercato del Big Data *Capture* e quello del Big Data *Storage* come mercati «potenziali» a monte dei mercati *data-driven* che tuttavia – in assenza di rivendita di tali dati a terzi – rappresentano meri *input* nei mercati a valle.¹⁶⁶ La concentrazione di

Microsoft e LinkedIn e (ii) la pre-installazione di LinkedIn congiuntamente ai sistemi operativi Windows.

Per dirimere tali rilievi, Microsoft ha presentato degli impegni in cui assicurava di non imporre ai produttori di *hardware* l'installazione simultanea del sistema Windows e di LinkedIn e, in ogni caso, di permetterne la rimozione nell'eventualità in cui tali produttori avessero comunque optato per l'installazione congiunta.

Microsoft, più in generale, si è inoltre impegnata a mantenere gli attuali livelli di interoperabilità tra i suoi *software* e i *social network* concorrenti di LinkedIn.

Con riferimento al mercato delle soluzioni *software*, la Commissione si è interrogata se Microsoft avrebbe potuto ostacolare i suoi concorrenti, fra l'altro, negando loro l'accesso al *database* di LinkedIn, essenziale per sviluppare soluzioni alternative. Sul punto, la Commissione ha tuttavia concluso che il *database* di LinkedIn non fosse essenziale per competere sul mercato.

Infine, in relazione al mercato dell'*online advertising*, la Commissione ha escluso effetti anti-competitivi dell'operazione in funzione: (i) delle modeste quote di mercato delle parti in Europa, (ii) della frammentazione del mercato e (iii) della quantità di dati personali ancora a disposizione dei potenziali nuovi entranti a seguito dell'operazione. Inoltre, quest'ultima non poteva ridurre ulteriormente la percentuale dei dati a disposizione di terzi, in quanto nessuna delle due parti commercializzava i dati raccolti.

Cfr. anche Comm. Eu., *Telefónica UK/ Vodafone UK/ Everything Everywhere/JV*, cit., § 532, in cui è stato individuato il mercato dell'analisi di dati a fini pubblicitari.

¹⁶⁶ Una parziale eccezione è costituita dal caso *Facebook/WhatsApp*, cit., § 188 e nota 107. Infatti, la Commissione Europea ha svolto in quella sede un'autonoma analisi degli effetti dell'operazione sul mercato della raccolta di dati a

tali *input* nelle mani di un solo *player* sarebbe irrilevante a fini *antitrust*, vista la disponibilità di *input* alternativi (*i.e.* i dati di tutti gli utenti che non usano la piattaforma o usano anche altre piattaforme).¹⁶⁷ Si potrebbe tuttavia argomentare *a contrario* che il non definire il mercato del Big Data *Capture* e del Big Data *Storage* nell'ambito delle concentrazioni che interessano l'ecosistema dei Big Data potrebbe erroneamente portare a valutare come concentrazioni conglomerali tra piattaforme attive in diversi mercati *data-driven* concentrazioni orizzontali nei suddetti mercati del Big Data *Capture* e del Big Data *Storage* ove, per l'effetto dell'operazione, l'entità *post-merger* potrebbe arrivare a detenere una quota di mercato molto elevata.¹⁶⁸

fini pubblicitari, individuando altresì le quote di mercato attribuite ai principali operatori. Il mercato in questione non è stato tuttavia definito, in quanto la Commissione ha precisato di ritenerlo irrilevante ai fini dell'operazione notificata e di aver commissionato l'elaborazione dei dati relativi allo stesso per meri scopi illustrativi.

¹⁶⁷ Sul punto si tornerà diffusamente nel terzo capitolo.

¹⁶⁸ L'obiezione si colloca nel solco della *dissenting opinion* espressa dalla Commissaria Harbour nel caso *Google/Double Click*, a favore della definizione di un mercato della raccolta dei Big Data. Cfr. J. HARBOUR – T.I. KOSLOV, *Section 2 in a Web 2.0 World: an expanded vision of relevant product markets*, in *76 Antitrust L.J.*, 2010, p. 769. Per completezza, non si deve tuttavia trascurare che l'aumento del potere delle imprese nel mercato della raccolta di dati potrebbe anche generare efficienze oltretutto aumentare gli effetti preclusivi a valle. Così, ad esempio, nel caso *Microsoft/Yahoo!*, la Commissione ha ritenuto che il consistente incremento della quota di mercato dell'entità *post merger* nell'ambito dei servizi di motore di ricerca generalista di contenuti on-line conseguente all'integrazione dei *dataset* delle parti avesse in realtà l'effetto pro-competitivo di rafforzare la concorrenza effettiva nei confronti dell'*incumbent* Google. Cfr. Comm. Eu., 18 febbraio 2010, *Microsoft/Yahoo! Search Business*, M.5727, § 198 (l'operazione consisteva in un accordo per cui Microsoft avrebbe acquisito una licenza esclusiva di dieci anni sulle tecnologie

Tale visione sembra confermata dal fatto che i dati sono evidentemente il *key asset* che giustifica le concentrazioni nei mercati *data driven*, che hanno di norma ad oggetto società *target* le quali, pur avendo un fatturato e una quota di mercato modesta nei mercati *data driven* in cui sono attive,¹⁶⁹ hanno a disposizione *dataset* di una certa entità.¹⁷⁰

In questa prospettiva, definire i mercati del Big Data *Capture* e del Big *Storage* e analizzare gli effetti dell'operazione su di essi aprirebbe la strada all'applicazione di eventuali correttivi all'operazione, ad esempio l'obbligo di concedere l'accesso ai dati raccolti ai terzi che ne facessero richiesta, analogamente a quanto già messo in pratica nel caso *Thomson/Reuters*.¹⁷¹ Sul punto, si tornerà

di ricerca di Yahoo).

¹⁶⁹ Tanto è vero che è stato autorevolmente messo in evidenza che le soglie di fatturato previste come presupposto dell'obbligo di notifica delle operazioni di concentrazione alle Autorità di Concorrenza non sono sempre rappresentative del loro effettivo valore. Per scongiurare il rischio che operazioni suscettibili di produrre effetti significativi sulla concorrenza sfuggano così al controllo *antitrust*, è stato proposto di modificare il presupposto della loro notifica dalle soglie di fatturato delle imprese interessate al valore della transazione. Cfr. M. VESTAGER, *Refining the EU merger control system*, in *Speech at the Studienvereinigung Kartellrecht*, Brussels, 2016, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/20142019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system_en.

¹⁷⁰ Ad esempio, in *Micorosft/Linkedin*, cit., § 169 ss., la Commissione ha ritenuto l'operazione non suscettibile di produrre effetti anti - concorrenziali nel mercato dell'*on-line advertising* vista la modesta posizione delle parti in tale mercato, senza analizzare gli effetti della stessa in termini di *overlap* nel mercato a monte della raccolta dati.

¹⁷¹ Cfr. Comm. Eu., 19 febbraio 2008, *Thomson Corporation/Reuters Group*, M4276, § 482 ss. Dal momento che la concentrazione avrebbe eliminato la concorrenza tra i principali fornitori di dati utili all'analisi di prodotti finanziari, le

ampiamente nel terzo capitolo.

Inoltre, la stima delle quote detenute dalle imprese su tali mercati renderebbe più accurato l'esame delle barriere all'entrata nel mercato della raccolta dati a monte, permettendo un'analisi più precisa degli effetti di *foreclosure* dell'operazione nei mercati *data driven* a valle. Tali questioni saranno oggetto di un'analisi dedicata nel paragrafo che segue.

2.4. I Big Data e gli effetti di *foreclosure* nei mercati *data driven*

2.4.1. Le barriere all'entrata nel Big Data Capture

Tra le principali barriere alla raccolta di Big Data vi sono: (i) gli effetti di rete, indiretti e diretti, (ii) l'insorgenza di costi di transazione per gli utenti che vogliono *spostarsi* su un'altra piattaforma, (iii) la presenza di vaste economie di scala, (iv) barriere informative, comportamentali e normative.

Le stesse, unitamente ad altre barriere “tipiche” di natura tecnica, esplicano i loro effetti anche nei mercati del Big Data *Storage* e Big Data *Analytics*.

La loro valutazione in una prospettiva *antitrust* avviene sia isolatamente, sia in funzione delle reciproche interazioni, con l'obiettivo principale di evitare il crearsi di un effetto *winner takes all* nei mercati *data driven* interessati.¹⁷²

Nella prassi statunitense,¹⁷³ ad esempio, è stata vietata

parti si erano impegnate a concedere una licenza non esclusiva sui dati necessari all'effettuazione di tali analisi per permettere agli acquirenti di esercitare una pressione competitiva sul mercato in tempi ragionevoli.

¹⁷² In uno scenario *winner takes all* le imprese più efficienti sono in grado di realizzare notevoli profitti grazie a vaste economie di scala, di modo che ai concorrenti è preclusa buona parte del mercato.

¹⁷³ Cfr. Northern District Court of California, 10 gennaio 2013, *United States*

l'operazione di concentrazione tra Bazaarvoice e PowerReviews in quanto l'integrazione dei rispettivi *dataset* avrebbe dato luogo ad una combinazione di economie di scala e di effetti di rete tale da attribuire all'entità *post - merger* una posizione dominante nel mercato delle piattaforme di *Rating&Review* non sfidabile dai nuovi entranti, i quali non sarebbero mai stati in grado di esercitare una pressione competitiva effettiva.

Allo stesso modo, nella prassi europea gli effetti di rete, in combinazione con i costi di transazione e le barriere comportamentali sussistenti nel caso concreto,¹⁷⁴ sono stati ritenuti barriere all'entrata nel mercato della raccolta dati potenzialmente suscettibili di determinare un effetto di *foreclosure* nel mercato *data driven* considerato.

2.4.1.1. *Gli effetti di rete e i costi di transazione*

Gli effetti di rete e i costi di transazione costituiscono ostacoli alla raccolta di dati che si manifestano tipicamente nei mercati a due versanti intermediati dalle piattaforme.

Come illustrato in precedenza,¹⁷⁵ le piattaforme si contraddistinguono per la presenza di: (i) effetti di rete indiretti bilaterali per cui il grado di soddisfazione degli utenti di ambedue i lati della piattaforma aumenta al crescere numero di utenti del versante opposto (piattaforme di *matching*); (ii) effetti di rete indiretti unilaterali per cui il grado di soddisfazione degli utenti di uno solo dei due lati della piattaforma aumenta al crescere numero di utenti del versante opposto (piattaforme di *audience*); (iii) effetti di rete diretti,

v. Bazaarvoice, Inc., n. 13-CV-00133-WHO.

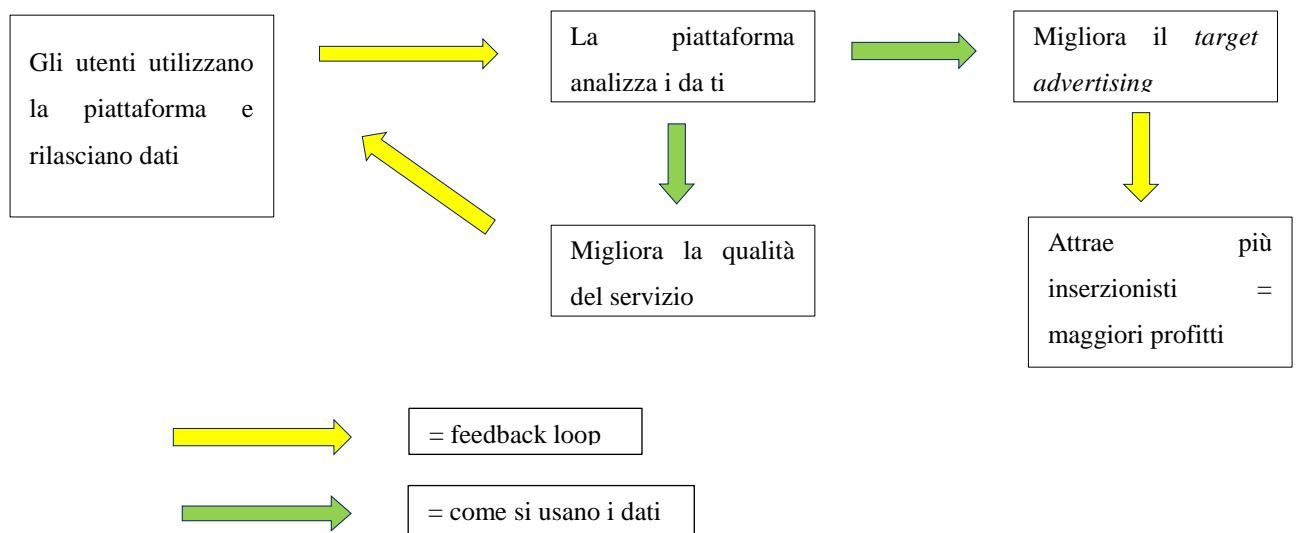
¹⁷⁴ Cfr. Comm. Eu., 27 giugno 2017, *Google Search (Shopping)*, AT. 39740, § 290 ss.; Comm. Eu., *Microsoft/LinkedIn*, cit., § 351 - 352.

¹⁷⁵ Cfr. *supra*, § 1.2.1.

per cui il grado di soddisfazione degli utenti aumenta al crescere del numero di utenti dello stesso gruppo (piattaforme di connessione).

In tale contesto, la disponibilità di un Volume e di una Varietà consistente di Big Data permette di implementare il livello qualitativo dei prodotti o servizi offerti e, di conseguenza, il numero di utenti interessati a fruirne. Questo genera un “*feedback loop*” positivo, dal momento che gli utenti rilasciano altri dati, grazie a cui è possibile migliorare ulteriormente il livello delle prestazioni offerte in modo da attrarre *altri* utenti e così di seguito.¹⁷⁶

Figura 4.



¹⁷⁶ Cfr. M. E. STUCKE - A.P. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, 2016, p. 170. Secondo gli Autori: «*The more people actively or passively contribute to data, the more the company can improve the quality of its product, the more attractive the product is to other users, the more data the company has to further improve its product, which become more attractive to the prospective users*». Sulla descrizione dei *feedback loop* nel modello di *business* delle piattaforme si vedano anche: F. THÉPOT, *Market Power in Online Search and social networking: a matter of two sided markets*, in *World Competition*, 2013, p. 202-203; C. ARGENTON – J. PRUFER, *Search Engines Competition with Network Externalities*, in *J. Competition L. & Econom.*, 2012, p. 73.

Il fenomeno è noto anche come «effetto palla di neve» o «*snowball effect*»¹⁷⁷ e consolida gli effetti di rete poiché determina il costante incremento del numero di utenti.

Per le piattaforme nuove entranti, dunque, può essere particolarmente difficile ricreare i medesimi effetti di rete in un tempo ragionevole, poiché gli utenti potrebbero essere restii ad usufruire dei loro servizi, percepiti come di qualità nettamente inferiore a quelli offerti dalla piattaforma “*incumbent*” in possesso di una mole considerevole di Big Data. La scarsa capacità di attrarre utenti impedisce così ai nuovi entranti di migliorare la qualità dei servizi offerti raccogliendo nuovi dati.

Gli effetti di rete possono poi essere aggravati dai costi di transazione che lo spostamento da una piattaforma all'altra comporta in termini di perdita dei dati e dei contenuti caricati sulla prima piattaforma, il che impedisce ai nuovi entranti di esercitare una pressione competitiva effettiva.¹⁷⁸

Effetti di rete e costi di transazione determinano un effetto di *lock-in* degli utenti della piattaforma difficile da superare, persino per un operatore che decidesse di fare concorrenza a una piattaforma attiva su un determinato mercato praticando al lato non sovvenzionato prezzi più bassi. Infatti, i benefici legati agli effetti di rete esercitano nei mercati *data driven* - ove il prodotto offerto dalla piattaforma è la connessione - una forza di attrazione sulla domanda superiore al prezzo.

Alla loro forza preclusiva potrebbero esservi tre diversi correttivi.

¹⁷⁷ Cfr. AUTORITE DE LA CONCURRENCE - BUNSEKARTELLAMT, *cit.*, p. 15.

¹⁷⁸ Un possibile correttivo ai costi di transazione potrebbe essere il diritto alla portabilità dei dati. Cfr. *infra*, § 3.3.

Il primo sarebbe di natura tecnica e consisterebbe nel permettere la piena interoperabilità tra piattaforme, intesa come possibilità di *inter*-comunicare con i rispettivi utenti (si pensi a un compratore di Amazon che comunica con un venditore di E-Bay o, come già accade, a un utente di Instagram che può condividere i contenuti caricati sulla piattaforma contemporaneamente anche su Facebook). Si tratta di un correttivo di difficile attuazione, poiché incontra ovviamente la resistenza delle piattaforme che non vogliono perdere il vantaggio competitivo acquisito in termini di effetti di rete.

Il secondo potrebbe essere invece la presenza di un contesto *multi - homing*,¹⁷⁹ in cui gli utenti si valgono di più piattaforme contemporaneamente. È proprio l'esistenza di sistemi *multi - homing* che ha portato la Commissione Europea a ritenere nel caso *Facebook/WhatsApp* che, quand'anche le due piattaforme avessero integrato i rispettivi *database*, non si sarebbero verificati effetti preclusivi nel mercato *data driven* dell'*on-line advertising*, vista la significativa presenza di altri operatori, oltre a Facebook, attivi nella raccolta di dati.¹⁸⁰ Per le stesse ragioni, secondo la Commissione, era

¹⁷⁹ Si vedano in proposito A.V. LERNER, *The Role of Big Data in Online Platforms Competition*, 2014, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=248278; A. HAGIU – SIMON ROTHMAN, *Network effects aren't enough*, in *Har. Bus. Rev.*, 2016, p. 64. Cfr. anche C. TUCKER, *The Implications of improved attributions and measurability for antitrust and privacy in online advertising markets*, in *20 Geo. Mason Law Review*, 2013, p. 1025; R. COMEFORD, *Antitrust and regulating Big Data*, in *23 Geo. Mason Law Review*, 2016, p. 1136.

¹⁸⁰ Cfr. Comm. Eu., *Facebook/WhatsApp*, cit., § 188. In senso analogo, cfr. Comm. Eu., *Google/Double Click*, cit., § 365. La Commissione aveva in particolare analizzato gli effetti dell'acquisizione di Double Click - azienda specializzata nella fornitura di tecnologie per il posizionamento *targettizzato* degli annunci pubblicitari - da parte di Google. La Commissione aveva così esaminato se l'integrazione tra i

assai improbabile che effetti di *foreclosure* potessero verificarsi con riferimento al mercato delle applicazioni per telefono cellulare, vista la pluralità di individui che utilizzava più di un'applicazione contestualmente.¹⁸¹ Sull'effettività del *multi - homing*, permangono tuttavia diverse perplessità. In primo luogo, è stato fatto notare che molto spesso questo rivela l'esistenza non di piattaforme concorrenti, ma complementari, che quindi non sono considerate sostituibili dal punto di vista degli utenti.¹⁸² In secondo luogo, il fatto che i medesimi utenti possano valersi di più piattaforme contemporaneamente non significa che lo faranno *effettivamente*, se dissuasi da una molteplicità di fattori tra cui: (i) gli eventuali effetti di rete di cui beneficiano su alcune piattaforme e non su altre (in questo caso il *multihoming* è così inibito dai medesimi effetti che dovrebbe correggere);¹⁸³ (ii) la pre-

dati di Google e quelli di Double Click fosse suscettibile di rafforzare la posizione della prima nel mercato dell'*on-line advertising* grazie alla combinazione dei dati sulle ricerche effettuate dagli utenti di Google con quelli relativi al loro comportamento *on-line* in possesso di Double Click. In proposito, è stato affermato che tale integrazione non potesse avere effetti restrittivi della concorrenza vista la presenza di altri concorrenti già in possesso della combinazione di dati tra le ricerche degli utenti e le loro abitudini di navigazione in rete.

Cfr. altresì Comm. Eu., *Telefónica UK/ Vodafone UK/ Everything Everywhere/JV*, cit., § 543 e ss., in cui è stato ritenuto che l'integrazione dei *dataset* delle imprese parti della costituenda *joint venture* non avrebbe creato effetti anti-competitivi nel mercato dei Big Data *Analytics* e in quello dell'*on-line advertising*, rilevata l'esistenza di concorrenti in ambedue i mercati aventi accesso a un insieme di dati comparabile a quello detenuto dalla *JV*.

¹⁸¹ Cfr. Comm. Eu., *Facebook/WhatsApp*, cit., § 133.

¹⁸² Cfr. BUNDESKARTELLAMT, *cit.*, p. 15. A tal fine, assume notevole importanza una corretta definizione del mercato rilevante lato utenti in cui sono attive le *audience platforms*. Cfr. *supra*, § 1.2.1.1.

¹⁸³ Ed, infatti, nel noto caso AT.39740 *Google Search (Shopping)*, 17 dicembre 2017, la Commissione Europea ha ritenuto irrilevante il *multihoming*

installazione di determinate piattaforme sui loro PC o altri *hardware*¹⁸⁴ e (iii) la presenza di costi di transazione. Ed, infatti, nel caso *Microsoft/LinkedIn*, molti utenti avevano dichiarato che, pur avendo a disposizione più piattaforme di *social network* professionali analoghe a LinkedIn, utilizzavano solamente quest'ultima piattaforma per la difficoltà di ricreare lo stesso profilo e gli stessi contatti su altri *social network*.¹⁸⁵

L'ultimo correttivo agli effetti di rete e ai costi di transazione sarebbe infine l'alto grado di innovazione che caratterizza i mercati *data driven*, difficilmente compatibile con la creazione o il rafforzamento di posizioni dominanti, in quanto la posizione dell'*incumbent* può essere facilmente *sfidata* con un prodotto o servizio tecnologicamente più avanzato. L'effettività di tale correttivo è stata ad esempio riconosciuta dalla Commissione Europea nel più volte richiamato caso *Facebook/WhatsApp* con riferimento al mercato delle applicazioni per cellulare.¹⁸⁶ In realtà, l'elevato livello di innovazione che caratterizza i mercati *data driven* può essere un "arma a doppio taglio", in quanto la continua evoluzione dei prodotti e dei servizi offerti implica che, per rimanere competitivi, sono

nell'ambito dell'*assessment* sulla posizione dominante di Google nel mercato dei motori di ricerca proprio sulla base delle concrete abitudini degli utenti: «*Contrary to what Google claims, the Commission concludes that notwithstanding the technical ability of users to switch between different general search services, only a minority of users in the EEA that use Google's general search service as their main general search service use other general search services (a behaviour known as "multi-homing")*»).

¹⁸⁴ Infatti, la preinstallazione di piattaforme negli *hardware* costituisce una barriera comportamentale all'accesso ai dati. Cfr. a breve *infra*.

¹⁸⁵ Cfr. Comm. Eu., *Microsoft/LinkedIn*, § 345.

¹⁸⁶ Cfr. Comm. Eu., *Facebook/WhatsApp*, cit., § 132.

necessari cospicui investimenti in ricerca e innovazione, oltreché in *marketing*, non sempre alla portata dei potenziali nuovi entranti.

2.4.1.2. *Le economie di scala*

Il Volume, la Varietà e la Velocità che caratterizzano i Big Data implicano l'insorgere di vaste economie di scala difficilmente replicabili da parte di nuovi entranti.

I principali fattori da prendere in considerazione sono: (i) la presenza di costi fissi per creare uno strumento utile alla raccolta dei dati (*cookies, crawlers, antenne, etc.*); (ii) le sinergie derivanti dalla varietà di dati a disposizione; (iii) la velocità di analisi dei dati.

Quanto al primo fattore, è sufficiente osservare che, sebbene l'attività di estrazione dei dati non sia di per sé particolarmente impegnativa, la predisposizione dell'infrastruttura che ne consente l'esercizio può invece comportare costi fissi di una certa entità.

Con riferimento alle sinergie, invece, queste derivano dalla pluralità di dati a disposizione ed incidono sulla Varietà dei Big Data. Infatti, mentre gli operatori di medie dimensioni possono contare sulla raccolta dei dati pubblicamente accessibili o, al più, sull'accesso ai dati personali degli utenti dei loro servizi (comunque contendibili), le imprese di grandi dimensioni hanno a loro disposizione anche i dati acquisiti da fonti ulteriori, collegate alla rete, che consentono di avere un quadro molto più completo dei comportamenti degli utenti e delle loro preferenze. Ad esempio, Google attraverso l'acquisizione Nest Labs, un'impresa che produce termostati e rilevatori di fumo che possono essere controllati via *internet*, ha accesso anche ai dati generati dagli utenti nell'ambito dell'impiego della domotica domestica.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Cfr. FTC, 4 febbraio 2014, *Google Inc./Nest Labs Inc.*, provv. n. 457.

A ciò si aggiunga che le economie di scala sono nutrite anche dagli effetti di rete, per cui, aumentando il numero degli utenti, cresce anche la mole di dati in possesso dell'impresa.

Infine, la Velocità di classificazione dei dati raccolti contribuisce a creare economie di scala nella misura in cui consente ad un'impresa di prevedere sia i comportamenti degli utenti, sia quelli dei concorrenti e, dunque, di “arrivare prima” di questi ultimi.

La rilevanza delle economie di scala quale barriera all'accesso dipende principalmente dal punto in cui iniziano a verificarsi diseconomie, ossia, dal momento in cui l'ulteriore raccolta di dati non comporta un ulteriore incremento della curva di apprendimento (*i.e.* delle potenzialità di elaborazione dei dati). Se questo si verifica quando la quantità di dati è già estremamente elevata, per i nuovi entranti sarà di conseguenza particolarmente difficile penetrare il mercato *data driven* considerato.

A tal proposito, è bene considerare che la curva di apprendimento in questione aumenta in maniera più che proporzionale all'aumentare delle informazioni disponibili, sicché le diseconomie iniziano di norma a verificarsi quando ormai l'impresa è già in possesso di un considerevole volume di Big Data.¹⁸⁸ Ciononostante, nei mercati in cui la Velocità di elaborazione gioca un ruolo decisivo, la rapida obsolescenza dei dati può costituire un efficace contrappeso all'effetto escludente delle economie di scala.

Si tenga infine presente che le imprese che dispongono di Big

¹⁸⁸ Cfr. OCSE, cit., p. 11. In particolare, all'aumento dei Big Data, la curva di apprendimento, ossia la misura della capacità di processarli, aumenta con una pendenza tale che, quando una determinata impresa ha raggiunto il c.d. *plateau stage*, esercitare nei suoi confronti una pressione competitiva può essere impossibile per i nuovi entranti.

Data hanno la possibilità di sviluppare un *know - how* che consente loro di offrire prodotti e servizi *targettizzati* alla clientela, guadagnando così un ulteriore vantaggio sui concorrenti non facilmente replicabile per un nuovo entrante.

2.4.1.3. *Barriere informative, comportamentali e normative*

Non è escluso che le difficoltà nella raccolta di Big Data possano derivare dalla mancanza di informazioni su chi possiede i dati, sulla sua disponibilità a concedere una licenza d'uso e sui costi della stessa.

Si rilevano inoltre talune barriere comportamentali indotte dalle imprese attive nei mercati *data driven*, di natura contrattuale o tecnica.

Tra le prime vi sono le clausole di esclusiva imposte ad importanti “fonti” di dati. Valga come esempio il comportamento della società Nielsen, che svolge ricerche di mercato in vari ambiti merceologici, la quale aveva imposto ai maggiori supermercati canadesi una clausola di fornitura esclusiva sui dati da questi collazionati per il tramite dei lettori ottici di cassa.¹⁸⁹

Tra le barriere di natura tecnica devono invece annoverarsi i numerosi casi in cui applicazioni *web* che raccolgono dati sono preinstallate sui sistemi operativi più diffusi per cellulari o altri *hardware* quali PC o *tablet*. Ciò può verificarsi sia nell'ambito delle scelte di *business* di operatori verticalmente integrati, sia sulla scorta di accordi commerciali conclusi *ad hoc* tra il proprietario dell'*hardware* e il titolare dell'applicazione *web*.

Ed, infatti, è stato ritenuto che la concentrazione fra Facebook e WhatsApp non ponesse particolari problemi concorrenziali in

¹⁸⁹ Cfr. D.I. RUBINFELD - M. S. GAL, *Access Barriers to Big Data*, in *Arizona Law Review*, 2017, p. 25 ss.

relazione al mercato delle applicazioni telefoniche poiché, fra l'altro, le due applicazioni non erano abbinate a nessun *hardware*, il che diminuiva fortemente il rischio di effetti di *lock-in*.¹⁹⁰ All'opposto, la concentrazione tra Microsoft e LinkedIn è stata autorizzata solo previo impegno di Microsoft a non obbligare i produttori di *hardware* alla preinstallazione di LinkedIn sugli elaboratori venduti sul mercato europeo.¹⁹¹

Infine, alcuni ostacoli alla raccolta di Big Data possono derivare da vincoli normativi.

Ne sia un esempio il Regolamento Privacy,¹⁹² che condiziona l'utilizzo di *cookies* da parte dei siti *web* all'esplicito consenso dell'utente, così interferendo con una delle modalità di raccolta preferite dalle imprese, anche perché tra le più economiche.

2.4.2. Le barriere all'entrata nel Big Data Storage

Le barriere che caratterizzano il mercato del Big Data *Capture* si ripercuotono anche su quelli del Big Data *Storage* e del Big Data *Analytics*, dal momento che in mancanza di accesso ai dati non è chiaramente nemmeno possibile effettuare la classificazione e l'analisi predittiva. Inoltre, i due mercati da ultimo citati sono caratterizzati dalla presenza di barriere "tipiche".

In particolare, il Big Data Storage consta di barriere all'accesso di natura tecnica e normativa.

Tra le prime, la principale è costituita dai costi di transazione che le imprese sopportano in caso di sostituzione del *software* utilizzato ai fini della classificazione delle informazioni raccolte in *dataset* destinati alla successiva fase di elaborazione ("*managing*

¹⁹⁰ Cfr. Comm. Eu., *Facebook/WhatsApp*, cit., § 134.

¹⁹¹ Cfr. Comm. Eu., *Microsoft/LinkedIn*, cit., § 12 ss., sezione impegni.

¹⁹² Cfr. artt. 4 e 6, Regolamento Privacy.

software”).

Infatti, molto spesso questi *software* non sono interoperabili, dunque, può essere difficile trasferire i *dataset* ordinati in un determinato modo da un’impresa all’altra senza perdere l’ordine sistematico originariamente attribuito.

Questo può creare un effetto di *lock - in* che rende non conveniente servirsi di un *managing software* alternativo, il che rappresenta ovviamente un deterrente per le imprese ad entrare nel mercato del Big Data Storage.

Inoltre, sembrano avere un peso determinante – in una prospettiva *antitrust* - i costi fissi per la predisposizione di infrastrutture fisiche di archiviazione, che rendono necessari cospicui investimenti per i nuovi entranti. Ed, infatti, tali costi potrebbero costituire una barriera di notevole entità per un nuovo entrante in un mercato *data driven*, difficilmente in grado di replicare la struttura di archiviazione dei grandi *player* come Microsoft, Amazon o Google.

Il diffuso utilizzo di sistemi IaaS ha tuttavia molto mitigato gli effetti di *foreclosure*,¹⁹³ fino a trasformarla in una potenziale barriera di natura comportamentale, che si avrebbe qualora i principali fornitori di sistemi *cloud* – come ad esempio quelli appena menzionati - iniziassero una politica di rifiuto a contrarre di natura discriminatoria.

Quanto alle barriere di natura normativa, queste sono - come accade per il Big *Data Capture* - legate principalmente ai vincoli che il Regolamento Privacy impone sul trattamento dei dati.

Ad esempio, le limitazioni imposte al trasferimento dei *dataset* all’estero possono interferire con la scelta del luogo ove allocare i *server* di stoccaggio.

¹⁹³ Cfr. *supra*, § 1.2.6.

Infatti, ai sensi degli artt. 44 e seguenti del Regolamento Privacy - ferma la necessità del consenso dell'interessato - i dati personali sono trasferibili verso un Paese terzo solo se questo ne garantisce un adeguato livello di protezione.

Quest'ultimo è valutato dalla Commissione Europea sulla base di una serie di parametri oggettivi definiti nel Regolamento medesimo.

Solo se il Paese di destinazione è stato dichiarato dalla Commissione, con apposita decisione, compatibile con il livello di protezione dei dati richiesto, il trasferimento può avvenire liberamente. Altrimenti, è necessario ottenere il rilascio di un'apposita autorizzazione.¹⁹⁴

2.4.3. Le barriere all'entrata nel Big Data Analytics

Infine, meritano attenzione le barriere di natura tecnico comportamentale proprie della fase di Big Data *Analytics*, connesse: (i) alla mancanza di interoperabilità con i *dataset* elaborati nella precedente fase di Big Data *Storage* e (ii) all'assenza di disponibilità di algoritmi di analisi sufficientemente evoluti.

Quanto all'assenza di interoperabilità, questa è legata al fatto che molte imprese, per proteggere il proprio *know - how*, commercializzano *dataset* da cui non è possibile derivare come i relativi dati sono stati assemblati (c.d. *black box*),¹⁹⁵ il che impedisce di eseguire analisi predittive accurate. Si pensi al caso dell'analisi di dati sul trasporto pubblico finalizzata a capire quale possa essere il

¹⁹⁴ Vale rilevare che già prima del Regolamento Privacy, analoghi limiti al trasferimento dei dati erano stati imposti dalla Corte di Giustizia Europea, che aveva vietato il trasferimento negli Stati Uniti da parte di Facebook dei dati personali di un cittadino austriaco stoccati in Irlanda, in quanto gli Stati Uniti sembravano non garantire un adeguato livello di protezione della *privacy*. Cfr. Corte giust. eu., 6 ottobre 2015, *Maximillian Schrems*, C - 362/2014.

¹⁹⁵ Cfr. D.I. RUBINFELD - M. S. GAL, *op. cit.*, p. 28.

percorso più veloce che collega due destinazioni: questa è senza dubbio parziale se non è possibile sapere se i dati sono stati assemblati sulla base dell'orario di arrivo programmato o dell'orario di arrivo effettivo dei mezzi considerati.

Con riferimento invece alla disponibilità di algoritmi, l'accuratezza e il livello tecnologico di questi ultimi, nonché la loro velocità di processo è cruciale per la trasformazione dei Big Data in Valore.

Ed, infatti, le maggiori imprese attive nel mercato dei Big Data (si pensi, per tutte, a Google) basano il loro successo proprio sull'implementazione di algoritmi efficaci.

L'accesso a simili algoritmi costituisce una barriera all'accesso per imprese di minori dimensioni, poiché presenta dei costi di notevole entità, sia nel caso in cui si voglia investire per una loro autonoma implementazione, sia nel caso in cui si richieda una licenza d'uso a operatori terzi, che potrebbero non concederla o praticare *royalties* molto elevate.

2.5. Big Data e abusi di posizione dominante

La presente trattazione sembra ormai matura per l'analisi dei possibili *nuovi* abusi di posizione dominante collegati all'utilizzo dei Big Data.

La doppia natura dei Big Data quale bene ricercato dalle imprese attive nei mercati *data driven*¹⁹⁶ e quale bene di proprietà degli individui fonte di dati¹⁹⁷ ha determinato, innanzitutto, la nascita di interazioni fino ad ora inedite tra il diritto *antitrust* e il diritto alla *privacy*.

In particolare, il momento di sintesi tra le due discipline

¹⁹⁶ Vedi *supra*, in questo capitolo § 2.2.

¹⁹⁷ Vedi *supra*, § 1.3.

avverrebbe attraverso le condizioni contrattuali applicate dai fornitori di servizi attivi nei *data-driven markets* e gli utenti in relazione alla quantità dei dati degli utenti che saranno raccolti ai fini dell'erogazione del servizio e degli usi che ne saranno realizzati.

Il fornitore potrebbe, infatti, richiedere in questa fase una quantità di dati non proporzionata ai fini dell'erogazione del servizio e/o imporre termini ingiusti riguardo le modalità di raccolta dei dati.

È agevole comprendere come una simile condotta potrebbe costituire una violazione del Regolamento Privacy ed in specie del principio di minimizzazione dei dati personali che si ricava dagli artt. 5 e 6.¹⁹⁸

L'elemento di novità consiste invece nel domandarsi se la stessa condotta, se posta in essere da un'impresa in posizione dominante, possa costituire un abuso di sfruttamento consistente nell'imposizione di condizioni contrattuali inique ai sensi dell'art. 102, *let. a)* del TFUE.¹⁹⁹

La questione è stata sollevata per la prima volta dall'Autorità di concorrenza tedesca (*Bundeskartellamt*) nel noto caso Facebook.²⁰⁰

¹⁹⁸ Il Regolamento Privacy sancisce, infatti, la necessità che i dati personali vengano raccolti per finalità determinate, esplicite e lecite, nei limiti di quanto necessario per il raggiungimento dello scopo per i quali sono stati raccolti.

¹⁹⁹ Si tratta di un campo d'indagine prettamente europeo, dal momento che la prassi statunitense ha invece fermamente negato potenziali intersezioni tra *privacy policy* e diritto *antitrust*, affermando che quest'ultimo ha ad oggetto esclusivamente la tutela della concorrenza. Cfr. FTC, 20 dicembre 2007, *Google/Double Click*, n. 071-0170.

²⁰⁰ Cfr. BUNDESKARTELLAMT, 2 marzo 2016, *Facebook privacy policy*, comunicato stampa www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html, pendente. Per un'analisi del caso più di dettaglio, cfr. il *Preliminary Assessment* e il relativo *Background Paper* disponibili all'indirizzo

Ciò che il *Bundeskartellamt* contesta a Facebook è di costringere i suoi utenti ad accettare una *privacy policy* particolarmente gravosa, al punto di risultare iniqua.

Più nel dettaglio, agli utenti è richiesto di prestare il loro consenso – attraverso una *privacy policy* peraltro poco trasparente sul punto - affinché la piattaforma raccolga i loro dati da tutti i siti *web* che ospitano il bottone *Like* o *Condividi* di Facebook. In caso contrario, viene impedito loro di fruire della piattaforma, secondo un meccanismo di *prendere o lasciare* potenziato dal fatto che gli utenti non sarebbero messi in grado di capire fino in fondo la quantità e il tipo di informazioni trasferite alle imprese.

Ebbene, secondo il *Bundeskartellamt*, Facebook potrebbe porre in essere il ricatto sopra descritto nei confronti dei suoi utenti facendo leva sulla sua posizione dominante nel mercato dei *social network*. Ciò danneggerebbe sia gli utenti, privati del diritto al controllo dei loro dati, sia i concorrenti, poiché Facebook utilizzerebbe i dati illecitamente raccolti al fine di potenziare i servizi offerti, incrementando gli effetti di rete connessi all'utilizzo della piattaforma.²⁰¹

www.bundeskartellamt.de/DE/Home/home_node.html.

²⁰¹ Cfr. BUNDESKARTELLEMANT, *Background Paper*, cit., p. 2. Il *leveraging* dell'*incumbent* in un mercato *data-driven* volto all'espansione in mercati contigui è definite in dottrina come *effetto domino*. Si veda sul punto J. PRUFER, *Competing with Big Data*, 16 Febbraio 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2918726, p. 7. Si vedano anche P. AKMAN, *The concept of abuse in EU Competition Law*, London 2012, p. 156. Si vedano anche nello stesso senso: I. GRAEF, *Market definition and market power in data: the case of online platforms*, in 38 *World Competition*, 2015, p. 490; A. MANTELERO, *Competitive value of data protection*, in 3 *International Data Privacy Journal*, 2013, p. 232; P.M. SCHWARTZ, *Property, Privacy and Personal Data*, in

Secondo l’Autorità tedesca, per accertare se il comportamento di Facebook rappresenti un abuso di posizione dominante, sarebbe dunque indispensabile valutarne la (il)legittimità ai sensi del Regolamento Privacy.²⁰²

La preoccupazione che questo genere di approccio suscita è che il giudizio *antitrust* circa l’iniquità dei termini contrattuali di Facebook ai sensi dell’art. 102, let. a) possa essere appiattito sulla valutazione della sua *privacy policy* secondo il Regolamento Privacy, legittimando così un *automatismo* per cui una violazione della disciplina sulla *privacy* rappresenterebbe *ex se* una condotta anti-competitiva se posta in essere dall’*incumbent*.²⁰³

Ed, infatti, attraverso un simile automatismo si finirebbe per subordinare l’esistenza di un abuso di sfruttamento a un elemento meramente formale, quale l’esistenza di una posizione dominante,²⁰⁴ senza accertare in concreto che la condotta contestata sia realmente *iniqua* in senso antitrust in quanto *eccessiva* rispetto allo scopo del

117 *Harvard Law Review*, 2004, 2081.

²⁰² Tale approccio sembra condiviso da parte della dottrina, che enfatizza come nei mercati *data-driven* la normativa *privacy* e quella *antitrust* dovrebbero essere integrate vista la doppia natura dell’accumulo di dati tipico di queste economie quale potenziale violazione della *privacy* degli utenti e strumento per aumentare la concentrazione di tali mercati. Si veda M. SWIFT, *Privacy protection can’t ignore market power*, in *Mlex*, 28 marzo 2018.

²⁰³ Si vedano G. COLANGELO – M. MAGGIOLINO, *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition?*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2017, 363. Si veda anche G. COLANGELO – M. MAGGIOLINO, *Data Accumulation and the Privacy-Antitrust Interface: Insights from the Facebook Case for the EU and the U.S.*, 17 Febbraio 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3125490, p. 44 ss.

²⁰⁴ R.H. WEBER, *Data Portability and Big Data Analytics, New competition policies challenges*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016, p. 63.

contratto.²⁰⁵

L'impianto teorico delineato dal Bundeskartellamt sembra inoltre prestare il fianco almeno a tre diverse ulteriori critiche, le prime due di natura metodologica e la terza di natura sistematica.

In primo luogo, l'accertamento funzionale tra clausola contrattuale e scopo del contratto presupposto al giudizio di iniquità in una prospettiva *antitrust* incontra dei limiti significativi nei mercati *data-driven* a causa della struttura di tali mercati.

Ciò in quanto, come più volte affermato, tali mercati si basano su un modello di *business* onnivoro, finalizzato alla raccolta della quantità più significativa possibile di dati, in modo da ampliare il

²⁰⁵ Non sono molti i precedenti della Corte di Giustizia Europea ("CGE") che si occupano della nozione di *equità* in senso *antitrust*. In generale, sono state valutate inique clausole immotivatamente restrittive della libertà delle parti avuto riguardo allo scopo dell'accordo. Così, in *SABAM*, la CGE ha stabilito che l'imposizione da parte di una società di gestione dei diritti di autore – appunto SABAM – di condizioni agli iscritti non strettamente connesse allo scopo del contratto, si risolveva in un'ingiusta limitazione dei loro diritti di autore e – in quanto tale – poteva costituire un abuso di sfruttamento (CGE, 27 marzo 1974, *Belgische Radio [...] v. SABAM*, C-127/73, par. 15). Nello stesso senso, si veda anche CGE, 14 novembre 1996, *Tetra Pack II*, C-333/94, in cui la Corte ha ritenuto un abuso di sfruttamento la condotta dell'impresa dominante che imponeva ai suoi clienti il versamento di una *royalty* per utilizzo del suo marchio anche con riferimento ai prodotti per cui l'utilizzo di tale marchio non era previsto. Sul caso, cfr. R. O'DONOGHUE – J.PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2013, London, 856. Si veda anche J. FAULL - A. NIKPAY, *The EU law of competition*, Oxford, 2014, p. 524 ss.

Nella prassi applicative della Commissione Europea, si rinvencono alcuni casi in cui il carattere iniquo delle condizioni contrattuali è ricondotto alla loro opacità, che impediva alle controparti contrattuali - in una condizione di debolezza - di coglierne la reale portata (si veda CE, 20 giugno 2001, *Michelin II*, COMP/E-2/36.041).

novero di servizi offerti e massimizzare la qualità di quelli già offerti.

Su tale premessa, non esiste una quantità di dati *equa* che può essere raccolta da un'impresa attiva nei mercati *data-driven*, giacché *tutti* i dati possibili sono funzionali al raggiungimento dello scopo del contratto, che costituisce un sinallagma tra erogazione di servizi gratuiti in cambio di dati.

In secondo luogo, la difficoltà nell'accertare un abuso di sfruttamento sta proprio nell'individuare un livello competitivo rispetto alla condizione che si ritiene abusiva. Quando tale accertamento deve essere condotto sul prezzo, si fa di norma affidamento su parametri oggettivi, quali studi econometrici.²⁰⁶

²⁰⁶ Con riferimento agli abusi di sfruttamento consistenti nell'imposizione di prezzi iniqui, sembra interessante chiedersi in che misura possa rientrare in tale fattispecie la discriminazione di prezzo praticata nei confronti dei consumatori finali, in specie quelli a cui sarà applicato un prezzo superiore ad altri per un determinato prodotto o servizio.

In merito, è stato osservato che la discriminazione di prezzo ha di per sé un impatto pro - concorrenziale in quanto intensifica la concorrenza sui prezzi tra imprese, inducendole a praticare un prezzo più basso ai clienti interessati ai prodotti dei concorrenti allo scopo di sottrarglieli (si veda T.P. GEHRIG, R. STENBACKA, *Price discrimination, competition and antitrust*, in SWEDISH COMPETITION AUTHORITY (a cura di) *The Pros and Cons of Price Discrimination*, 2005, p. 131). In questa prospettiva, eventuali profili di tutela dei consumatori destinati a pagare di più, dovrebbero ricercarsi non nell'ambito del diritto *antitrust*, ma - ricorrendone i presupposti - nella disciplina consumeristica.

Tuttavia, pare astrattamente possibile, qualora i prezzi personalizzati applicati ai consumatori con maggiore disponibilità a pagare siano talmente elevati da perdere ogni ragionevole rapporto con il prodotto o il servizio fornito, risolvendosi nell'imposizione di prezzi iniqui, la loro applicazione potrebbe configurare un abuso di sfruttamento.

Al fine di stabilire l'eventuale iniquità del prezzo, il criterio utilizzabile potrebbe essere così l'analisi della differenza tra il costo effettivamente sostenuto ed

Qualora invece l'analisi abbia ad oggetto condizioni contrattuali diverse dal prezzo, in mancanza di usi commerciali a cui fare riferimento, l'accertamento circa la loro abusività in senso *antitrust* può diventare particolarmente difficoltoso. Al punto che, la stessa Commissione Europea, nelle sue Linee Guida sugli abusi di posizione dominante, afferma che l'imposizione di condizioni contrattuali inique è presa in considerazione dal diritto della concorrenza come ipotesi residuale, quando la protezione del mercato interno non può essere assicurata altrimenti.

Ora, se - in generale - l'accertamento dell'iniquità in senso *antitrust* di una determinata clausola contrattuale può rivelarsi precluso dalla mancanza di parametri oggettivi a cui ancorare l'analisi, ciò è vero a maggior ragione per le condizioni relative alla raccolta dati, posto che - come visto in precedenza -²⁰⁷ il valore che gli utenti attribuiscono ai propri dati, e quindi alle condizioni della loro raccolta, è estremamente variabile e, in molti casi, inesistente.

Ciò significa che ipotizzare l'esistenza di abusi di sfruttamento nella modalità di raccolta dei dati vorrebbe dire ammettere l'esistenza di condizioni contrattuali *oggettivamente* inique, ossia, che non sono percepite dalla controparte contrattuale come tali, andando così a snaturare la stessa funzione del diritto *antitrust*, ossia, la protezione del benessere dei consumatori.

In questa prospettiva, appare lungimirante - e tecnicamente

il prezzo richiesto, raffrontato anche con quello imposto dai concorrenti. In alternativa, qualora la discriminazione avvenisse su base geografica, si potrebbe pensare all'applicazione di un criterio comparativo tra le aree individuate, valutando un determinato prezzo come iniquo laddove vi fossero differenze «persistenti» e «considerevoli». Sul punto, si veda - da ultimo - Corte giust. Eu., 14 settembre 2017, *AKKA/LAA v Konkurences padome*, § 36 e giurisprudenza ivi richiamata.

²⁰⁷ Si veda *supra*, questo capitolo, § 2.2.

corretto – l’approccio adottato sin qui dall’AGCM,²⁰⁸ la quale ha fino ad ora valutato le violazioni della normativa sulla *privacy* consistenti in una richiesta eccessiva di dati poste in essere da piattaforme *on-line* non alla luce del diritto *antitrust*, ma – ricorrendone i presupposti -

²⁰⁸ Cfr. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 12 maggio 2017, *WhatsApp*, PS 10601 e CV 154. In particolare, in due separati procedimenti, l’Autorità ha accertato violazioni del Codice del Consumo poste in essere da WhatsApp Inc. consistenti: (i) nell’indurre ingannevolmente gli utenti di WhatsApp Messenger, iscritti dopo il 25 agosto 2016, ad accettare integralmente i nuovi Termini di Utilizzo comprensivi della condivisione dei propri dati con Facebook, facendo loro credere che sarebbe stato altrimenti impossibile proseguire nell’uso dell’applicazione. Agli utenti iscritti prima di tale data era stato invece imposto di prestare il consenso ai nuovi Termini di Utilizzo entro 30 giorni dall’avviso, pena interruzione del servizio, senza dare la necessaria evidenza alla possibilità di rifiutare il consenso; (ii) nell’inserimento di clausole vessatorie nel modello contrattuale sottoposto all’accettazione dei consumatori. All’impresa è stata applicata una sanzione complessiva di 3 milioni di euro.

Ancora, in data 6 aprile 2018, l’Autorità ha avviato un procedimento nei confronti di Facebook per accertare se: (i) il consenso degli utenti allo sfruttamento dei loro dati fosse sufficientemente informato e (ii) la *privacy policy* di Facebook sia legittima nella parte in cui è prevista la raccolta dei dati degli utenti da terze parti salvo *opt-out* degli utenti stessi.

Anche in dottrina è stato sostenuto che *privacy policy* eccessivamente generiche possono costituire una pratica commerciale scorretta. Cfr. W. KERBER, *op. cit.*, p. 19. In proposito, taluni studi hanno messo in luce come molto spesso non sia chiara agli utenti l’estensione del trattamento dei loro dati, sia per i termini generici delle relative informative, sia per le difficoltà di lettura dovute al linguaggio tecnico impiegato. È stata pertanto evidenziata da l’inadeguatezza di tali informative a garantire scelte consapevoli da parte dei consumatori. Cfr. D.J. SOLOVE, *Introduction: privacy self - management and the consent dilemma*, in *Harvard Law Review*, 2013, p. 1880; F. BORGESIU, *Behavioural sciences and the regulation of privacy in the internet*, in (a cura di) A. ALEMANN - A.L. SIBONY, *Nudge and the Law*, Oxford, 2015, p. 192.

della disciplina consumeristica.

Infine – e qui sta l’obiezione sistematica cui si faceva riferimento poc’anzi - inquadrare illeciti commessi nella raccolta dei dati degli utenti da parte di un’impresa dominante in un mercato *data-driven* quali abusi di sfruttamento non risolverebbe comunque le preoccupazioni di natura escludente da cui è partito il Bundeskartellamt, ossia – lo si ricorda - che la raccolta eccessiva di dati da parte di Facebook possa incrementare i *network effects* di cui beneficia la piattaforma a danno dei concorrenti.

Ed, infatti, se anche l’attuale modalità di raccolta dati di Facebook fosse ritenuta abusiva in un’ottica *antitrust*, ciò non precluderebbe alla piattaforma di riorganizzare la raccolta della medesima quantità di dati secondo modalità legittime, con i medesimi effetti escludenti nei confronti dei concorrenti.

Il solo modo per prevenire tale rischio, sembrerebbe quindi inquadrare le condotte della piattaforma nell’ambito degli abusi escludenti piuttosto che in quelli di sfruttamento, ricorrendone i presupposti. L’approccio rivela, ancora una volta, come l’idea di fondo nell’applicazione del diritto *antitrust* all’ecosistema dei Big Data riguardi il problema dell’accesso agli stessi da parte dei concorrenti dell’*incumbent* in un mercato *data-driven*.

Così, nella loro analisi di settore, l’Autorità di Concorrenza francese e lo stesso Bundeskartellamt fanno l’esempio di una piattaforma di *matching* – dominante nell’intermediazione tra rivenditori e acquirenti – che decida di limitare l’accesso ai dati relativi alle transazioni svolte alle piattaforme concorrenti allo scopo di impedire loro l’accesso ad *input* utili ad affinare i loro servizi.²⁰⁹

²⁰⁹ Cfr. AUTORITE DE LA CONCURRENCE - BUNDESKARTELLAMT, cit., pp. 17 - 18.

Le due Autorità basano la loro analisi sul caso *Cegedim*, esaminato dall’Autorità di Concorrenza francese.²¹⁰ *Cegedim*, impresa dominante nel mercato nazionale della fornitura di dati clinici verticalmente integrata nel mercato dei *software* per la gestione dei rapporti con i clienti nel settore sanitario, rifiutava di vendere i suoi dati *solo* ai clienti possessori del *software* di gestione del concorrente *Euris*.

Ciò che i due casi prospettati sembrano avere in comune è il carattere *discriminatorio* del diniego di accesso ai dati: l’ipotetica piattaforma e l’impresa *incumbent* nel mercato francese dei *dataset* clinici non rifiutano/ostacolano l’accesso ai dati posseduti a *tutti* gli interessati (anzi, *Cegedim* addirittura li commercializza), ma solamente ai propri concorrenti.

In altri termini, è la strumentale selettività del rifiuto nei confronti dei concorrenti ad essere illecita, non anche il rifiuto in sé.

Ed, infatti, in mancanza di una discriminazione di natura escludente – una sorta di abuso di diritto - negare l’accesso ai propri *dataset* dovrebbe rientrare nella libertà di ciascuna impresa di selezionare i propri contraenti.

A meno che il *dataset* in questione non costituisca un’*essential facility*, ossia, un bene unico e non replicabile necessario per esercitare una determinata attività nel mercato *data driven* collegato. L’argomento, vista la sua rilevanza applicativa, sarà oggetto di uno studio dedicato nel capitolo che segue.

²¹⁰ Autorité de la Concurrence, 8 luglio 2014, decisione n. 14 - D - 06.

CAPITOLO III

BIG DATA: ESSENTIAL FACILITY TEST

SOMMARIO: 3.1. I presupposti per l'applicabilità dell'EFD. Cenni di teoria generale; - 3.1.1. Sull'esistenza di un'infrastruttura "essenziale" per svolgere un'attività economica a valle; - 3.1.2. Sull'unicità e non replicabilità della facility; - 3.1.3. Il diniego all'accesso non sorretto da una razionale giustificazione economica; - 3.2. L'(in)applicabilità dell'EFD ai Big Data; - 3.2.1. Sulla compatibilità tra l'EFD e l'ecosistema dei Big Data; - 3.2.2. L'oggetto dell'eventuale obbligo di accesso; - 3.2.3. L'unicità e la non replicabilità dei dataset; - 3.2.4. Conseguenze di un'eventuale applicazione dell'EFD ai dataset; - 3.3. Tra il diritto della concorrenza e il diritto alla protezione dei dati personali: la portabilità dei dati; - 3.4. Regolare l'accesso ai Big Data; - 3.4.1. Top-Regulation; - 3.4.2. Co-Regulation e Self-Regulation.

L'*essential facility doctrine* ("EFD") è una dottrina elaborata dalle corti federali statunitensi²¹¹ che si innesta nel solco del rifiuto a contrarre, per cui un'impresa titolare di una risorsa essenziale (*facility*) per competere in un mercato a valle ha l'obbligo di concedere l'accesso a tale risorsa agli operatori che ne facciano richiesta a condizioni ragionevoli, eque e non discriminatorie.

In questa prospettiva, il rifiuto può costituire un abuso ai sensi

²¹¹ Il primo caso in cui tale dottrina è stata effettivamente elaborata è *Hecht v. Pro-Football, Inc.*, 570 F.2d 982, 992-93 (D.C. Cir. 1977), 436 U.S. 956 (1978). La sua compiuta teorizzazione è stata tuttavia effettuata nel successivo caso *MCI Communication Corp. v. AT&T*, 708 F.2d 1081, 1132-1133 (7th Cir. 1983), in cui la Corte aveva sostenuto che: «*A monopolist's refusal to deal under these circumstances is governed by the so-called essential facilities doctrine. Such a refusal may be unlawful because of a monopolist's control of an essential facility (sometimes called bottleneck) can extend monopoly power from one stage of production to another and from one market into another. Thus the antitrust laws have imposed on firms controlling an essential facility the obligation to make the facility available on a non-discriminatory terms*».

dell'art. 102 del TFUE sia che si tratti di un rifiuto “puro”, ossia avente ad oggetto il diniego *tout court* della fornitura di beni o servizi, sia che prenda la forma di un “rifiuto costruttivo”, consistente nell'imposizione di condizioni talmente onerose da risolversi, di fatto, in un diniego.²¹²

Attraverso tale rifiuto, infatti, l'impresa dominante potrebbe cercare di tutelare la sua posizione nel mercato in cui opera²¹³ ovvero nel mercato a valle dello stesso.²¹⁴

²¹² Si pensi in proposito: (i) alla pretesa del fornitore di componenti di controllare la destinazione del prodotto finito (Comm. Eu., *Polaroid c. SSI Europe*, in *XIII Relazione sulla politica di concorrenza*, 1984, p. 95, in cui è stato ritenuto equivalente ad un rifiuto a contrarre l'atteggiamento di Polaroid che, temendo l'esportazione parallela di suoi prodotti, forniva il materiale richiesto a SSI a condizione di conoscere la destinazione dei beni o l'identità dei clienti finali); (ii) all'imposizione di condizioni discriminatorie (cfr. Comm. Eu., 27 agosto 2003, *GVG/FS*, COMP/37.685, §123, in cui un ingiustificato ritardo a riscontrare una richiesta di accesso è stato considerato equivalente ad un rifiuto di contrarre); (iii) all'imposizione di condizioni evidentemente inaccettabili per la controparte (cfr. Comm. Eu., 14 ottobre 1998, *Napier Brown/British Sugar*, M. 30.178, § 61, in cui British Sugar è stata condannata, tra l'altro, per aver risposto ad una richiesta di Napier Brown di zucchero industriale con l'offerta di zucchero a grana speciale ad un prezzo molto elevato).

²¹³ Si veda il caso Corte giust. Eu., 14 febbraio 1978, *United Brands, C - 27/76*. Tra le diverse pratiche addebitate alla United Brands vi era, infatti, la sospensione della fornitura di banane al suo maggior distributore danese, Olesen, come azione punitiva per essere diventato distributore delle banane prodotte dal principale concorrente della stessa United Brands e per aver partecipato ad una campagna promozionale organizzata dal medesimo.

²¹⁴ Cfr. Comm. Eu., *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, cit., § 80. La casistica di rifiuti a contrarre integranti un abuso di posizione dominante è piuttosto ampia. Vale la pena citare il *leading case* in materia, Corte giust. Eu., 6 marzo 1974, *Commercial*

In tale ultimo scenario, l'impresa titolare in esclusiva di un bene primario, materiale o immateriale, indispensabile per poter competere nel mercato a valle nega così ai suoi concorrenti l'accesso a tale bene.

3.1. I presupposti per l'applicabilità dell'EFD. Cenni di teoria generale

L'EFD ha avuto uno sviluppo differente negli Stati Uniti e nell'Unione Europea.

Infatti, la Corte Suprema degli Stati Uniti, nei celebri casi *Aspen* e *Trinko*,²¹⁵ ne ha molto ridimensionato la portata precettiva sulla base della considerazione che imporre a un monopolista la condivisione delle sue infrastrutture può arrecare un danno al funzionamento dei mercati interessati, in quanto diminuisce gli incentivi a investire e a innovare.

Al contrario, nell'ambito dell'Unione Europea, l'obbligo

Solvents, C - 6/73 e 7/73, in cui il gruppo farmaceutico statunitense Commercial Solvents è stato sanzionato per aver rifiutato alla Zoja, tramite la controllata Istituto Chemioterapico Italiano, forniture di materie prime per la produzione di un prodotto derivato. Ancora nel caso Corte giust. Eu., 31 maggio 1979, *Hugin*, C - 22/78, la Hugin - dominante nel mercato dei videoregistratori - è stata sanzionata per aver rifiutato la fornitura di pezzi di ricambio a un suo concorrente nel mercato della manutenzione degli apparecchi. Più recentemente, valga l'esempio del caso Comm. Eu., 15 ottobre 2014, *Slovak Telecom*, AT. 39.523, in cui l'*incumbent* slovacco nel settore delle telecomunicazioni Slovak Telecom è stato sanzionato per aver rifiutato di concedere ai suoi concorrenti nel mercato a valle dei servizi di banda larga l'accesso alla sua rete, anche attraverso la mancata fornitura di informazioni essenziali di interfaccia e l'applicazione di condizioni particolarmente onerose per l'accesso al servizio. A differenza del sistema statunitense, nella giurisprudenza europea non rileva l'elemento soggettivo dell'abuso, ossia, la rappresentazione del fine escludente della condotta.

²¹⁵ Cfr. *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.* 472 U.S. 585 (1985); *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis v. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004).

dell'*incumbent* di concedere l'accesso a "infrastrutture essenziali" per competere in un mercato a valle è stato applicato estensivamente non soltanto alle infrastrutture fisiche, ma anche ai beni, materiali o immateriali, coperti da diritti di proprietà industriale o intellettuale e per questo attribuiti "in esclusiva" al loro titolare.²¹⁶

Ciò premesso, l'applicazione della EFD è subordinata in ambedue gli ordinamenti alla sussistenza di tre diversi presupposti:²¹⁷

- i. l'esistenza di un'infrastruttura controllata in via esclusiva da un'impresa, dal cui accesso dipende la possibilità di svolgere un'attività economica a valle;
- ii. l'impossibilità per i concorrenti di duplicare l'infrastruttura;
- iii. il diniego all'accesso da parte del titolare dell'infrastruttura ovvero l'imposizione di condizioni di fruizione inique in mancanza di una valida ragione economica.

Ciascuno di tali presupposti sarà di seguito analizzato nel dettaglio.

3.1.1. Sull'esistenza di un'infrastruttura "essenziale" per svolgere un'attività economica a valle

Rientra nella definizione di "infrastruttura" qualsiasi prodotto o servizio che costituisce la *conditio sine qua non* per competere in un mercato secondario.

Sono state quindi ritenute *essential facility* tanto infrastrutture fisiche quali porti, reti telefoniche o reti per il trasporto energetico,²¹⁸

²¹⁶ Per un più attento esame della casistica rilevante, si veda a breve *infra*.

²¹⁷ P. AREEDA, *Antitrust Law*, Cambridge, 1990, p. 841 ss.

²¹⁸ Si vedano, *ex multis*, con riferimento all'obbligo di consentire l'accesso a infrastrutture portuali, Comm. Eu., *B&I Line/Sealink Harbours*, 21 dicembre 1993,

quanto beni protetti da diritti di proprietà industriale o intellettuale e,²¹⁹ più in generale, beni immateriali consistenti in informazioni nell'esclusiva disponibilità dell'impresa, a prescindere dall'esistenza di diritti di proprietà industriale o intellettuale.²²⁰

In particolare, sono state considerate risorse essenziali per poter competere in un mercato secondario i *dataset* - o le informazioni tecniche (c.d. protocolli) - necessari a garantire l'*interoperabilità* tra i

COMP. IV/34.689. Per quanto attiene l'obbligo di consentire l'accesso a infrastrutture telefoniche, cfr. Comm. Eu., 22 giugno 2011, *Telekomunikacja Polska*, COMP. 39.525. Sull'obbligo di consentire l'accesso a infrastrutture per il trasporto dell'energia, cfr. Comm. Eu., 29 settembre 2010, *ENI*, COMP. 39.315, chiuso con impegni. Nella prassi italiana sono state invece considerate "essenziali" le aree aeroportuali di Roma e Milano per la prestazione di servizi di *catering*, *ground handling* e sicurezza. Cfr. AGCM, 2 marzo 1995, *De Montis - catering Roma/Aeroporti di Roma*, Boll. 9/95; AGCM, 17 marzo 1993, *Ibar/Aeroporti di Roma*, Boll. 6/93.

²¹⁹ Corte giust. Eu., 29 aprile 2004, *IMS Health*, C - 418/01; Corte giust. Eu., 6 aprile 1995, *Magill*, C-241/91 P e C-242/91. Nella prassi italiana, l'AGCM ha ritenuto le informazioni relative agli abbonati del telefono essenziali ai fini della redazione degli annuari telefonici, cfr. AGCM, 27 aprile 1995, *Sign/Stet Sip*, Boll. 17/95. Con riferimento alla prassi italiana in ambito di EFD applicata a diritti di proprietà intellettuale, cfr. AGCM, 8 febbraio 2006, *Glaxo/Principi attivi*, Boll. 6/06 e AGCM 15 giugno 2005, *Merck/Principi attivi*, Boll. 23/05: in entrambi i casi le imprese titolari di un brevetto su principi attivi - unico *input* per la produzione di farmaci generici, a cui era stata riconosciuta la natura di *essential facility* - avevano rifiutato di concedere la licenza d'uso ai produttori di detti farmaci generici.

²²⁰ Trib. Eu., 17 settembre 2007, *Microsoft*, T - 201/2004. Nel caso in commento, il Tribunale ha altresì chiarito che, affinché il diniego di concedere l'accesso a un bene protetto da diritti di proprietà industriale o intellettuale sia considerato abusivo, questo deve inibire la produzione di un prodotto o l'erogazione di un servizio "nuovo" - *i.e.* con caratteristiche diverse rispetto a quello commercializzato dall'impresa titolare del bene - per cui esiste una domanda anche solo potenziale.

prodotti appartenenti a tale mercato con quelli dell'impresa dominante nel mercato del prodotto principale. Ciò sulla base del presupposto che sarebbe stato impossibile per l'impresa attiva nel mercato del bene secondario continuare ad esercitare la sua attività senza l'accesso al bene primario di proprietà dell'impresa dominante nel relativo mercato.

È stato così ritenuto illecito il rifiuto all'accesso: (i) ad informazioni sui programmi televisivi contenute in un palinsesto settimanale di una determinata rete televisiva, poiché questo impediva la creazione da parte di operatori indipendenti di nuove guide settimanali complete di tutti i programmi televisivi nazionali;²²¹ (ii) ad un *database*, protetto da *copyright* secondo il diritto tedesco, detenuto da una società *leader* nelle informazioni relative all'industria farmaceutica, poiché tale *database* era divenuto uno *standard* organizzativo per le imprese farmaceutiche al fine di poter effettuare studi sulle vendite regionali di farmaci in Germania;²²² (iii) ai codici necessari per consentire l'interoperabilità tra i *server* prodotti dai concorrenti di Microsoft e il sistema operativo *Windows* di proprietà di quest'ultima, detenuto dalla maggior parte dei consumatori.²²³

A partire dalla citata casistica, è possibile quindi svolgere tre diverse riflessioni.

In primo luogo, affinché un determinato bene sia considerato come un'*essential facility* non è necessario che questo sia autonomamente commercializzato dall'impresa sua titolare, purché si tratti di un *input* indispensabile per competere in un mercato collegato di cui vi sia un'effettiva domanda da parte degli operatori intenzionati

²²¹ Corte giust. Eu., *Magill*, cit.

²²² Corte giust. Eu., *IMS Health*, cit.

²²³ Trib. Eu., *Microsoft*, cit.

a svolgere la loro attività su tale mercato.²²⁴ Secondo parte della dottrina, questa sarebbe proprio la differenza tra l'*essential facility doctrine* e il rifiuto a contrarre puro, fattispecie in cui il bene a cui si richiede l'accesso è invece autonomamente offerto sul mercato.²²⁵

In secondo luogo, la nozione di mercato "a valle" sembra essere stata interpretata estensivamente dalla succitata giurisprudenza.

Teoricamente, infatti, dovrebbero rientrare in questa definizione i mercati che si collocano in uno stadio della filiera produttiva più vicino al consumatore rispetto al mercato a "monte" connesso (si pensi al mercato della farina, a valle di quello del grano). Al contrario, nei precedenti in commento, tale nozione si dilata fino a ricomprendere qualsiasi bene secondario la cui implementazione dipende dall'accesso al bene primario.

Infine, un'ultima riflessione sulla casistica citata riguarda il fatto

²²⁴ Corte giust. Eu., *IMS Healt*, cit.

²²⁵ Cfr. P. AUTERI - G. FLORIDIA - V. MANGINI - G. OLIVIERI - M. RICOLFI - P. SPADA (a cura di), *Diritto Industriale, Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, Torino, 2012, p. 482. Sul punto si vedano anche J. BERTI - A. BIANCARDI, *Essential Facility e disciplina della concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, 1996, pp. 444 - 448; G. GUGLIELMETTI, "Essential Facilities", *rifiuto di accesso e abuso di posizione dominante*, in *Concorrenza e mercato*, 1996, pp. 400 e 415; la dottrina citata enfatizza la particolare pervasività dell'EFD rispetto alla fattispecie del rifiuto a contrarre proprio in quanto avente ad oggetto beni e servizi non in commercio.

Non mancano tuttavia voci di segno opposto per cui l'EFD non sarebbe che un'evoluzione della fattispecie del rifiuto a contrarre. Tra questi, M. FURSE, *The 'Essential Facilities' doctrine*, in *European Competition Law Review*, Vol. 16, No. 8, 1995, p. 472; S. BISHOP, M. WALKER, *The economics of EC competition law*, Londra, 2010, p. 238 ove gli Autori riportano il pensiero di J. WHISH, secondo cui: «*The so-called 'essential facilities' doctrine ...is not an independent doctrine; it is the same principle as the one applied in Commercial Solvents, albeit with a different name*».

che le imprese titolari della *facility* essenziale, nei procedimenti di cui trattasi, erano altresì *concorrenti* dell'impresa attiva nel mercato del bene secondario nel relativo mercato. Ciò ha portato autorevole dottrina a ritenere che non sia possibile ricondurre ad una fattispecie di abuso di posizione dominante l'eventuale rifiuto all'accesso a un bene primario opposto da un'impresa non attiva nel mercato del bene secondario, ancorché il bene primario in questione sia classificabile come *essential - facility*.²²⁶

Una simile impostazione porterebbe ad escludere dall'ambito di applicazione dell'EFD i rifiuti all'accesso opposti dal titolare della *facility* ai suoi concorrenti *potenziali* in un mercato secondario, attribuendogli in questo modo la possibilità di *riservarsi* tale mercato. Situazione, quest'ultima, che sembrerebbe particolarmente attuale nell'ecosistema dei Big Data, ove tipicamente le piattaforme tendono a espandere progressivamente il loro *business* su mercati diversi rispetto a quello di *core business*.

Non mancano, tuttavia, i sostenitori della diversa tesi per cui l'applicazione dell'EFD travalicherebbe l'esistenza di un rapporto di concorrenza effettiva tra il suo titolare e il richiedente accesso.²²⁷

²²⁶ J. DREXL, *op. cit.*, p. 49.

²²⁷ La circostanza per cui lo scopo dell'EFD è la tutela non soltanto dei concorrenti attuali, ma di quelli potenziali, dell'*incumbent* si ritrova in T. F. COTTER, *The Essential Facilities Doctrine Forthcoming in Antitrust Law and Economics*, 2008, www.ssrn.it, p. 3. Tra i più recenti invece: G. COLANGELO – R. PARDOLESI, *Intellectual property, standards, and antitrust: a new life for the essential facilities doctrine?*, <file:///C:/Users/itmasag/Downloads/SSRN-id2758892.pdf>, 6 aprile 2016, p. 2, che sembrerebbero estendere l'applicabilità dell'EFD anche ai richiedenti accesso con cui il titolare della *facility* non ha rapporti di concorrenza nemmeno potenziale; K.V. SINGH, *Applying "Essential Facility Doctrine" – What's the Right Approach?*, [file:///C:/Users/itmasag/Downloads/SSRN-id2972139%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/itmasag/Downloads/SSRN-id2972139%20(1).pdf), 24

Ciò sembrerebbe anche confermato dalla prassi della stessa Commissione Europea, che ha ritenuto abusivo il comportamento del titolare di un brevetto SEP (*Standard Essential Patents*) per lo sviluppo della tecnologia di interfaccia delle memorie DRAM (*Dynamic Random Access Memory*) per aver imposto *royalties* eccessivamente elevate per l'accesso alla privativa, nonostante l'impresa in questione non fosse attiva anche nel mercato delle memorie DRAM.²²⁸ Il principio espresso nel caso in commento è peraltro alla base della teoria degli impegni *FRAND* (*Fair, Reasonable and Non Discriminatory*) per cui il titolare di un brevetto essenziale (*i.e.* l'accesso al quale è necessario per competere in un mercato collegato) che sia stato incluso negli *standard* di settore ha l'obbligo di concedere una licenza a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie alle imprese attive nel mercato collegato.²²⁹

In conclusione, dunque, sembrerebbe corretto aderire alla tesi per cui è qualificabile come *essential facility* – soggetta pertanto all'applicazione dell'EFD qualsiasi risorsa di proprietà (intesa quale relazione esclusiva di diritto o di fatto) di una determinata impresa necessaria per poter competere in un mercato collegato, a prescindere dal fatto che l'impresa sua titolare sia o meno attiva su tale ultimo mercato.

3.1.2. Sull'unicità e non replicabilità della facility

Secondo la giurisprudenza europea,²³⁰ affinché una determinata

maggio 2017, p. 2.

²²⁸ Comm. Eu., 9 dicembre 2009, *Rambus*, COMP./38.636.

²²⁹ Cfr. Comm. Eu., *Linee direttrici sugli accordi di cooperazione orizzontale*, 14 giugno 2011, Comm. 01/11, § 285 ss.

²³⁰ Cfr. Trib. Eu., 15 settembre 1998, *European Night Services*, T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94. In specie, il Tribunale ha annullato una decisione con cui la Commissione aveva autorizzato una *joint venture* (la *European Night*

risorsa possa considerarsi “essenziale”, questa deve essere (i) unica e (ii) non altrimenti replicabile.

Il requisito dell’unicità si ha per soddisfatto quando non esistono sostituiti, reali o potenziali, della *facility* considerata che consentano l’utilizzo di un bene analogo, sebbene, eventualmente, a condizioni meno vantaggiose. La non replicabilità si considera invece integrata in presenza di ostacoli di natura tecnica, normativa o economica capaci di rendere impossibile, in quanto straordinariamente difficile o costosa, la creazione di una *facility* alternativa.

In proposito, è tuttavia opportuno precisare che, secondo i giudici europei,²³¹ per poter imporre un obbligo di consentire l’accesso alla *facility*, i requisiti della sua unicità e della sua non replicabilità devono sussistere in maniera *oggettiva*. In altri termini, per la parte istante non basterebbe dimostrare che intraprendere l’attività nel mercato a valle senza la *facility* richiesta non risulterebbe *conveniente*, in quanto estremamente oneroso, ma sarebbe al contrario suo onere dimostrare che ciò non sarebbe redditizio nemmeno per un operatore di pari dimensioni del titolare della *facility*.

L’imposizione di stringenti limiti all’applicabilità dell’EFD risulta, infatti, necessaria per evitare abusi dell’istituto, legittimando così una sorta di parassitismo nei confronti del titolare

Services) tra le società ferroviarie francese, inglese, tedesca e olandese, destinata a fornire servizi di trasporto notturno di passeggeri tra la Gran Bretagna e il continente tramite l’Eurotunnel, imponendo quale condizione la fornitura di locomotive e di personale viaggiante a chiunque volesse competere sul medesimo mercato. Infatti, secondo il Tribunale, non era stata provata la natura delle locomotive e del personale viaggiante quale infrastruttura essenziale per il servizio di trasporto. A tal fine, era da considerarsi irrilevante il semplice vantaggio economico conseguito dalla *ju*. Sul punto, cfr. anche Corte giust. Eu., 26 novembre 1998, *Oscar Bronner*, C - 7/97.

²³¹ Cfr. Corte giust. Eu., *Oscar Bronner*, cit.

dell'infrastruttura da parte dei suoi concorrenti nel mercato a valle.²³²

Sulla base di tali premesse, è stato negato il carattere di *essential facility* ad un servizio di recapito di giornali a domicilio implementato dal principale editore di quotidiani in Austria in ragione: (i) dell'esistenza di canali di distribuzione alternativi, ancorché meno vantaggiosi, quali l'edicola o la posta (non unicità) e, in ogni caso, (ii) della possibilità di ricreare un analogo sistema di distribuzione di giornali a domicilio, vista l'assenza di ostacoli insormontabili di natura tecnica, normativa o economica (replicabilità).

3.1.3. Il diniego all'accesso non sorretto da una razionale giustificazione economica

Accertate l'unicità e la non replicabilità della *facility*, bisogna interrogarsi se il rifiuto all'accesso opposto dal suo titolare abbia o meno carattere abusivo,²³³ il che si verifica di norma quando questo risulta privo di giustificazione.²³⁴

In particolare, sono stati considerati validi motivi del rifiuto ragioni di carattere commerciale, quali la non solvibilità dell'impresa richiedente l'accesso alla *facility* (purché il diniego rispettasse il principio di proporzionalità),²³⁵ e motivazioni di carattere tecnico, come il rischio di compromissione dell'integrità dell'infrastruttura in caso di accesso alla stessa da parte di terzi.²³⁶

²³² Cfr. M. BERTANI - V. MELI - D. SARTI, *Proprietà intellettuale, interessi protetti e diritto antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, p. 543.

²³³ Comm. Eu., *Google Search*, cit.

²³⁴ Trib. Eu., *IMS Healt, Microsoft*, cit.

²³⁵ Corte giust. Eu., *United Brands*, cit; Comm. Eu., 24 luglio 1991, *Tetrapak II*, COMP. 92.163.

²³⁶ G. GUGLIELMETTI, "Essential Facilities" nelle decisioni dell'Autorità garante, in *Concorrenza e Mercato*, 1996, p. 389 ss.

3.2. L'(in)applicabilità dell'EFD ai Big Data

La possibilità che i Big Data costituiscano un'*essential facility* sembrerebbe suggerita dalla stessa Commissione Europea.

L'idea di fondo, certamente condivisibile, è che la raccolta e l'analisi di Big Data possano consentire alle imprese e alle amministrazioni pubbliche di rendere i loro processi decisionali più efficienti, realizzare prodotti innovativi e facilitare la vita quotidiana degli individui.²³⁷

È in questo contesto che si è inserita negli anni passati la direttiva PSI, il cui scopo, come visto,²³⁸ è garantire l'accesso e il riutilizzo dei dati appartenenti agli enti pubblici, alle imprese, ai professionisti e alle pubbliche amministrazioni, creando una sorta di «*open Big Data*» sulla base del presupposto che i dati detenuti da tali enti costituiscano una risorsa essenziale nei mercati *data driven*, unica e non replicabile dalle imprese private.²³⁹

Ora che i *dataset* delle imprese private, specie delle maggiori piattaforme *on-line*, hanno superato quanto a Volume e Varietà i *dataset* del settore pubblico,²⁴⁰ la Commissione Europea ha espresso, dunque, la rinnovata preoccupazione che sia oggi la mancanza di accesso ai Big Data del settore privato ad impedire agli operatori di medie - piccole dimensioni di penetrare i mercati *data driven* e a

²³⁷ Cfr. Comm. Eu., *Towards a thriving data driven economy*, 22 gennaio 2015, Com. n. 442/2015.

²³⁸ Cfr. *supra*, § 1.2.4.

²³⁹ Cfr. M. MAGGIOLINO, *op. cit.*, p. 398.

²⁴⁰ Ne sia un esempio il settore dei trasporti, in cui le imprese private hanno a disposizione una tale mole di Big Data utili per migliorare la sicurezza stradale, la gestione del traffico, *etc.*, che potrebbero essere gli enti pubblici ad aver bisogno di accedere ai loro *dataset* per migliorare la qualità dei servizi svolti piuttosto che viceversa.

rallentare così la crescita dell'economia digitale europea.²⁴¹

Così, nell'ottica di rimuovere gli ostacoli all'accesso ai Big Data anche nel settore privato, la Commissione Europea non soltanto ha richiamato l'applicabilità della normativa *antitrust*, ma ha fatto espressamente riferimento proprio ai precedenti giurisprudenziali in materia di *essential facility doctrine*, suggerendo così implicitamente che la sua applicazione potrebbe essere un possibile rimedio in caso di rifiuto del titolare dei dati considerati di concedervi l'accesso a terzi.²⁴²

3.2.1. Sulla compatibilità tra l'EFD e l'ecosistema dei Big Data

In linea di principio, non sembrano esservi ragioni ostative a considerare i Big Data quale infrastruttura controllata in via esclusiva da un'impresa dal cui accesso può dipendere la possibilità di svolgere un'attività economica a valle.

²⁴¹ Cfr. Comm. Eu., *Verso una florida economia basata sui dati*, cit., ove si afferma che: «Se i modelli aziendali di interi ecosistemi di PMI dipendono dall'accesso ad un numero esiguo di piattaforme online, o se le piattaforme hanno accesso a insiemi di dati di dimensioni senza precedenti, possono venire a crearsi nuove asimmetrie». In dottrina, cfr. C. BELLOMO, *Politica europea per i Big Data: prospettive di maggiore concorrenza?*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016, p. 159.

²⁴² Cfr. Comm. Eu., *Building a European Data Economy*, documento di accompagnamento, cit., p. 21: «*General competition law is applicable in the context of data driven business models. It may be invoked to claim a wider access to data held by one economic operator. The Magill, IMS Health, Microsoft and Huawei cases provide some indications on potential obligations to contract flowing from competition law*». Il tema è stato ripreso dalla Commissione nella successiva comunicazione del 10 maggio 2017 n. 155 in cui è stato affermato che: «*[The Commission] continues to assess the need for action concerning the emerging data issues as identified in the data Communication from January 2017, such as data access rights*».

Ciò a prescindere dal fatto se nel caso concreto i dati che si assumono come “essenziali” costituiscano un autonomo mercato del prodotto a monte ovvero siano utilizzati come mero *input* nel mercato *data driven* connesso.

Infatti, nel caso *IMS/Health* è stato stabilito che non è necessario che la *facility* sia autonomamente commercializzata, purché esista una domanda della stessa da parte degli operatori intenzionati a svolgere una determinata attività. Anzi, come già precedentemente chiarito,²⁴³ la mancanza di un mercato del prodotto della *facility* è proprio il tratto che distingue l’EFD rispetto alle ipotesi tipiche di rifiuto a contrarre.

Se poi si accoglie la conclusione per cui non è necessario che il titolare dei dati considerati sia un concorrente nel mercato a valle dell’impresa richiedente l’accesso, l’applicabilità dell’EFD potrebbe allora essere invocata nei confronti delle piattaforme anche da soggetti come i *data brokers*, che raramente operano in mercati *data driven*, essendo principalmente attivi nella raccolta e nella rivendita a terzi di dati.

3.2.2. L’oggetto dell’eventuale obbligo di accesso

Nel quadro sin qui delineato, il primo ostacolo che si pone all’eventuale applicazione dell’EFD ai Big Data è individuare quale sia con esattezza la *facility* essenziale a cui domandare accesso.

A tal fine, sulla base dell’analisi svolta nel precedente capitolo a proposito delle tre fasi del ciclo di vita dei Big Data, sembra corretto chiedersi se tale *facility* si collochi nel segmento del Big Data *Capture* (base dati), del Big Data *Storage* (capacità di archiviazione e organizzazione dei dati) o del Big Data *Analytics* (algoritmi di analisi dei dati).

Premesso che la risposta esatta non potrà che dipendere dal caso

²⁴³ Cfr. *supra*, § 3.1.

concreto, le preoccupazioni espresse dalla Commissione Europea²⁴⁴ sembrerebbero rivolte principalmente al mercato del Big Data *Capture*, giacché si fa costantemente riferimento alle difficoltà riscontrate dagli operatori nell'*accesso ai dati* e non anche nella loro classificazione e analisi.²⁴⁵

A conferma di tale impostazione, vale rilevare che anche l'OCSE, nell'analizzare le problematiche connesse all'accesso ai dati, ha mantenuto separata l'analisi degli algoritmi utilizzati per la loro analisi.²⁴⁶

In questa prospettiva, attribuire ai dati raccolti da una determinata impresa la qualifica di *essential facility* varrebbe – appunto - a garantire agli operatori attivi nei mercati *data driven* l'accesso agli stessi, con ciò superando le barriere all'accesso nel mercato del Big Data *Capture* dovute ai *network effects*.²⁴⁷

²⁴⁴ Cfr. *supra*, § 3.2.

²⁴⁵ Cfr. T.Z. ZARSKY, “*Mine Your Business!*”, in *Yale J. L. & Technology*, 2002, p. 20; B.W. SCHERMER, *The limits of privacy in automated profiling and data mining*, in *Computer law and security review*, 2011, p. 50; R. NAZZINI, *The Italian Big Data enquiry, a question of method*, in *Antitrust Chronicle*, 2017, p. 66.

²⁴⁶ L'OCSE ha, infatti, analizzato i Big Data e l'utilizzo degli algoritmi in una prospettiva *antitrust* in due diversi *report* finalizzati, rispettivamente, all'inquadramento dei Big Data secondo il diritto della concorrenza (intese, abusi e concentrazioni) e alla questione se l'utilizzo sempre maggiore di algoritmi possa aumentare le possibilità di pratiche collusive tacite tra i *competitors*. Cfr., rispettivamente, OCSE, *Big Data: bringing competition policy into the digital era*, cit., e OCSE, 21 - 23 giugno 2017, *Algorithms and Collusion - Background Note by the Secretariat*. Cfr. in senso analogo AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE - BUNDESKARTELLAMT, cit., p. 48. In dottrina, cfr. N.P. SCHEPP - A. WAMBACH, *On Big Data and its relevance for market power assessment*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 7, 2016, p. 121.

²⁴⁷ Cfr. *supra*, § 2.4.

Poiché, tuttavia, contestualmente alla loro raccolta, i dati sono archiviati in *dataset*, l'accesso avrebbe ad oggetto in concreto questi ultimi e non i dati grezzi.²⁴⁸

Pertanto, l'applicazione dell'EFD ai dati grezzi raccolti nel segmento del Big Data *Capture* potrebbe rischiare di generare una sorta di *free-riding* delle imprese richiedenti accesso, che beneficerebbero indirettamente del *know-how* del titolare quanto all'organizzazione dei dati in questione, guadagnando così un vantaggio competitivo ingiustificato nel Big Data *Storage*.

3.2.3. L'unicità e la non replicabilità dei dataset

Individuata con maggiore precisione la *facility*, è dunque necessario interrogarsi sulla ricorrenza dei presupposti di "unicità" e non "replicabilità" della stessa.²⁴⁹ Anche la dottrina più aperta all'applicabilità dell'EFD ai Big Data ha poi mostrato in merito diverse incertezze.²⁵⁰

²⁴⁸ Si veda *supra*, Capitolo I, § 1.1.

²⁴⁹ Si vedano in proposito: I. GRAEF, *Eu competition law, data protection and online platforms*, Alphen aan de Rijn, 2016, pp. 249 - 279; J. DREXL, *Data ownership and access to data, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the Current Eu Debate*, 2016, pp. 9 - 11. *Contra*, nel senso dell'inapplicabilità dell'EFD ai *dataset*, cfr. G. COLANGELO, *Accesso ai data e condizioni di licenza F/Rand*, in (a cura di) V. FALCE - G. GHIDINI - G. OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra innovazione e mercato*, 2017, p. 216, per cui l'applicazione dell'EFD ai Big Data appare «sbrigativa e tutt'altro che risolutiva»; A.B. LIPSKY - J.G. SIDAK, *Essential Facilities*, in *Stanford Law Review*, Vol. 51, 1999, pp. 1187 - 1249; A. LERNER, *The Role of Big Data in Online Platform Competition*, 2016, www.ssrn.com; D.A. BALTO - M.C. LANE, *Monopolizing water in a Tsunami*, 2016, www.ssrn.com.

²⁵⁰ Cfr. B. LUNDQVIST, *Big Data, Open Data, Privacy Regulations, Intellectual Property and Competition Law in an Internet of Things World*, 2016, www.ssrn.com, p. 16; I. GRAEF, *EU Competition Law*, cit., p. 249; J. DREXL,

Sebbene, da un punto di vista metodologico, l'esame dell'unicità della risorsa dovrebbe precedere quello della sua replicabilità ai fini dell'*essential facility test*, appare comunque opportuno analizzare per primo quest'ultimo, che risulta essere quello su cui si è maggiormente dibattuto.

Molti,²⁵¹ infatti, hanno sostenuto che in materia di Big Data, specie in relazione al mondo digitale, sarebbe strutturalmente impossibile sostenere l'esistenza di un'infrastruttura non replicabile, poiché i dati sono beni *non rivali*.

In altri termini, il fatto che un determinato operatore possieda certi dati non precluderebbe ad *altri* operatori di acquisire i *medesimi* dati: se un utente dichiara la sua data di nascita a una determinata impresa, nulla impedisce che possa rilasciare lo *stesso* dato a un suo

Designing Competitive Market for Industrial Data, cit., p. 48.

²⁵¹ Cfr., *ex multis*: D. GERADIN - M.KUSCHEWSKY, *Competition Law and personal data: preliminary thoughts on a complex issue*, 2013, www.ssrn.com; F. DI PORTO, *La rivoluzione dei Big Data, Un'introduzione*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016, p. 11; G. PITRUZZELLA, *Big Data, Competition and Privacy*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016, p. 15; H. VARIAN, *Markets for information goods*, 1998, www.people.ischool.berkeley.edu/~hal/Papers/japan/; J.E. STIGLITZ, *The contribution of the Economics of Information to twentieth century economics*, Oxford, 2000, pp. 1441 - 1448. Sul punto, si vedano anche: D.D. SOKOL - R. COMEFORD, *Antitrust and Regulating Big Data*, in *23 Geo. Mason L. Rev.*, 2016, p. 1142; A. LAMBRECHT - C. TUCKER, *Can Big Data Protect a Firm from Competition?*, 2015, www.ssrn.com; A. RENDA, *Searching for Harm or Harming Search?*, 2015, www.ceps.eu.

Contra, cfr. A.P. GRUNES, M.E. STUCKE, *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, 2015, www.ssrn.com, per cui i mercati *data driven* sarebbero altamente concentrati proprio perché i dati, ossia - la *facility* - sono detenuti da pochi grandi operatori.

concorrente.²⁵²

Tale punto di vista sembrerebbe avallato anche dalla Commissione Europea, che, pur non affrontando espressamente la qualificazione dei dati come beni non rivali, li ha definiti in talune occasioni come una *commodity*.²⁵³

La tesi sembrerebbe ulteriormente confermata anche da argomenti di natura empirica: importanti *social network* quali Facebook, Snapchat o Tinder sono riusciti ad avere un rapido e significativo sviluppo creando dal nulla i propri *dataset*.²⁵⁴ Lo stesso ha fatto Google, nonostante la presenza di imprese affermate quali Microsoft e Yahoo! all'epoca del suo ingresso nel mercato dei motori di ricerca.

Vero è che tali imprese sono entrate nei mercati *data driven* dei *social network*, dell'*on-line advertising* e dei motori di ricerca oltre

²⁵² Cfr. N.P. SCHEPP - A. WAMBACH, *On Big Data and its relevance for market power assessment*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7, 2016, p. 121.

²⁵³ Cfr. Comm. Eu., *Telefonica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere*, cit., § 543: «*Customers generally tend to give their personal data many market players, which gather and market it. Therefore, this type of data is generally understood to be a commodity*». *Mutatis mutandis*, un'impostazione simile si ritrova anche nei mercati *off-line*. Infatti, nel caso *EDF/Dalkia* è stato affermato che il vantaggio competitivo derivante dall'integrazione dei *dataset* delle parti, che avrebbe consentito l'offerta mirata di servizi volti all'ottimizzazione del consumo di elettricità alla clientela *business*, non avrebbe avuto un effetto di *foreclosure* del mercato, dal momento che gli stessi dati avrebbero potuto essere facilmente forniti dai clienti anche agli eventuali *competitors* di *EDF/Dalkia*, posto che si trattava di clienti strutturati dotati di funzioni aziendali interne volte alla raccolta dei dati. Cfr. Comm. Eu., 25 giugno 2014, *EDF/Dalkia*, M.7137.

²⁵⁴ D. SOKOL - R. COMEFORD, *Does antitrust have a role to play in regulating big data?*, in *Cambridge University Press*, 2016, p. 5.

dieci anni fa, in presenza di uno scenario competitivo caratterizzato dalla presenza di minori barriere all'ingresso,²⁵⁵ alcune delle quali sono state create proprio dalle loro *policy* commerciali. Ad esempio, come già accennato,²⁵⁶ Facebook preclude a soggetti terzi di raccogliere dati con strumenti automatici sulla sua piattaforma.²⁵⁷ È chiaro che, visti gli effetti di rete di cui la piattaforma beneficia, una simile *policy* rende estremamente difficile per i nuovi entranti esercitare una pressione concorrenziale effettiva nei suoi confronti.

Ne consegue che anche beni non rivali possono diventare difficilmente accessibili a causa della presenza di barriere all'ingresso, che, come precedentemente illustrato,²⁵⁸ caratterizzano effettivamente

²⁵⁵ Cfr. OCSE, *Big Data: bringing competition policy into the digital era*, cit., p. 22.

²⁵⁶ Cfr. *supra*, § 2.4.2.

²⁵⁷ Cfr. la Dichiarazione dei Diritti e delle Responsabilità di Facebook che proibisce l'automatica raccolta dei dati dalla sua piattaforma, imponendo a soggetti terzi di: «Non raccogliere contenuti o informazioni degli utenti, né accedere in altro modo a Facebook usando strumenti automatizzati (come *bot* di raccolta, *robot*, *spider* o *scraper*) senza previa autorizzazione da parte nostra» disponibile su www.facebook.com/legal/terms. Sul punto, si vedano I. GRAEF, *Assessing data access issues in online platforms*, in *Telecommunications policy*, 2015, Vol. 39, pp. 375 - 387. Al contrario, simili divieti non sono imposti da parte di altri grandi operatori digitali come Amazon, che consente invece ad inserzionisti terzi, o agli intermediari pubblicitari che lavorano per loro conto, di «sfruttare la tecnologia per visualizzare le inserzioni che appaiono sui nostri [di Amazon] siti direttamente sul tuo *browser* [dell'utente]. Quando ciò accade, essi [inserzionisti terzi] ricevono automaticamente il tuo indirizzo IP. Possono inoltre utilizzare i *cookie*, *Javascript*, *web beacon* (conosciuti anche come *action tag* o *single-pixel gif*), e altre tecnologie per misurare l'efficacia delle loro inserzioni e per personalizzarne il contenuto pubblicitario». Cfr.

<https://www.amazon.it/gp/help/customer/display.html?nodeId=201909150>.

²⁵⁸ Cfr. *supra*, § 2.3.

il mercato dei Big Data in tutti i suoi segmenti, determinando effetti di *foreclosure* nei mercati *data driven* connessi.²⁵⁹

Si tratta, innanzitutto, dei costi fissi che bisogna affrontare per predisporre meccanismi automatici di raccolta in rete e *software* utili alla classificazione dei dati, oltreché infrastrutture di stoccaggio e algoritmi di analisi. Inoltre, vi è l'effetto di *lock-in* degli utenti dovuto ai costi di transazione. Soprattutto, gli effetti di rete e le economie di scala ottenuti dalle piattaforme presenti nei mercati *data driven* rendono estremamente difficile per i nuovi entranti la creazione di *dataset* che li mettano in condizione di esercitare una pressione competitiva effettiva in tempi e costi ragionevoli.

Pertanto, se anche i dati sono beni non rivali, questo non esclude di per sé che determinati *dataset* possano essere “non replicabili”.

Ciò che invece sembra precludere l'applicabilità dell'EFD è la loro mancanza di *unicità*, in assenza della quale mancano tuttavia gli stessi presupposti per interrogarsi sulla loro replicabilità.²⁶⁰

Quanto detto sembrerebbe confermato dal fatto che la Commissione Europea ha autorizzato diverse concentrazioni tra imprese attive in mercati *data driven* affermando che l'integrazione dei rispettivi *dataset* non avrebbe dato luogo alla creazione di un'insormontabile barriera all'entrata proprio grazie all'esistenza di

²⁵⁹ Cfr. AUTORITE DE LA CONCURRENCE - BUNDESKARTELLAMT, cit., p. 37 ss.

²⁶⁰ Al riconoscimento di tale requisito, vi sarebbero anche ostacoli di natura tecnica. In primo luogo, molti *dataset* sono soggetti ad una rapida obsolescenza, quindi, difficilmente potrebbero costituire una risorsa “unica”. Inoltre, la raccolta di dati avviene sulla base di meccanismi automatici che sono soggetti ad un margine di errore piuttosto elevato, soprattutto nel caso in cui la tecnica di raccolta utilizzata si basi anche su deduzioni. Pertanto, se i *dataset* possono offrire una rappresentazione del mondo errata, questi sarebbero una risorsa “fallace” non classificabile come *essential facility*, cfr. M. MAGGIOLINO, *op. cit.*, p. 393.

una pluralità di fonti alternative da cui poter reperire i dati necessari per costituire una base dati ugualmente estesa.

Ad esempio, nel caso *Google/Double Click*²⁶¹, è stato sostenuto che non soltanto Google, ma anche Yahoo! e Microsoft erano in possesso di una base dati sufficientemente ampia per poter competere nel mercato dell'*on-line advertising* e che, comunque, gli stessi dati avrebbero potuto essere acquistati anche da soggetti terzi (i *data brokers*).

È vero che molto spesso i *dataset* messi a disposizione dai *data brokers* non sono comparabili in termini di volume e varietà con quelli “di prima mano” raccolti dalle piattaforme, ma questo è irrilevante ai fini di un’eventuale applicazione dell’EFD: l’unicità della risorsa deve essere accertata in termini oggettivi come *inesistenza* di risorse alternative, a prescindere se queste siano più o meno convenienti rispetto a quella cui si chiede l’accesso.²⁶²

L’orientamento espresso dalla Commissione nel caso *Google/Double Click* può ritenersi peraltro consolidato, in quanto confermato anche nel più recente caso *Facebook/WhatsApp*, in cui è stato affermato che anche ove l’acquisto di WhatsApp da parte di Facebook avesse implicato un incremento dei dati a disposizione di quest’ultimo tale da poter ulteriormente affinare i servizi di *on-line advertising* prestati dalla piattaforma, ciò non avrebbe comunque implicato l’insorgere di insormontabili barriere all’ingresso per i potenziali nuovi entranti in tale mercato, vista la residua ampia e variegata mole di dati di utenti *internet* non controllati da Facebook.

Sulla base della richiamata casistica, sembrerebbe quindi di potersi enucleare un principio generale della non unicità dei *dataset*,

²⁶¹ Comm. Eu., *Google/Double Click*, cit., § 365.

²⁶² Cfr. *supra*, § 3.1.2.

giustificabile sulla base della particolare struttura “circolare” dei mercati *data driven*. Infatti, il Volume, la Varietà e la Velocità dei dati raccolti dipendono dalla qualità dei servizi forniti nei mercati “a valle” e, pertanto, il possesso di un *dataset* “unico” non può che essere collegato alla detenzione di una posizione di monopolio - o comunque di quote estremamente elevate - in tali mercati. Il che, come ricordato dalla Commissione Europea, si verifica difficilmente nei mercati digitali, grazie all’alto grado di innovazione che li caratterizza e che consente di erodere la posizione di preminenza di una determinata impresa offrendo un servizio anche solo leggermente nuovo.²⁶³ In questa prospettiva, la stessa presenza di concorrenti nei mercati *data driven* considerati (sistemi *multi - homing*) implica di per sé l’esistenza di *dataset* alternativi a quello dell’*incumbent* e la conseguente impossibilità di imporre a quest’ultimo un obbligo di consentirvi l’accesso ai suoi *competitors*.²⁶⁴

Ad ulteriore conferma di tale conclusione, possono considerarsi

²⁶³ Cfr. Comm. Eu., *Facebook/WhatsApp*, cit., § 132.

²⁶⁴ Cfr. anche Comm. Eu., 14 maggio 2008, *TomTom/Tele Atlas*, M. 4854, § 132 e §219. L’operazione prevedeva l’acquisizione di Tele Atlas N.V., attiva nel mercato dei dati cartografici insieme al concorrente Navteq, da parte di TomTom N.V., attiva nel mercato dei *device* per la navigazione stradale. La Commissione aveva riconosciuto l’esistenza di oggettive difficoltà per i potenziali nuovi entranti alla replicabilità del *dataset* di informazioni cartografiche di Tele Atlas, ma aveva comunque autorizzato l’operazione senza condizioni. Ed, infatti, anche ove l’entità *post merger* avesse escluso i concorrenti nel mercato dei *device* per la navigazione stradale dall’accesso ai *dataset* in questione, questi avrebbero comunque potuto rivolgersi a un’altra impresa attiva nel mercato dei dati cartografici (Navteq). In altri termini, anche se il *dataset* di Tele Atlas non era facilmente duplicabile, questo non poteva essere considerato un’*essential facility* perché non era unico, dunque, nessun obbligo di consentire l’accesso allo stesso è stato imposto alle parti ai fini dell’autorizzazione dell’operazione.

- *a contrario* - il già citato caso *Thomson/Reuters* e due decisioni dell'Autorità di concorrenza francese relative, rispettivamente, ad un'operazione di concentrazione e ad un abuso di posizione dominante nei mercati dell'energia elettrica e del gas. I casi citati sono stati tutti risolti con l'imposizione alle parti dell'obbligo di concedere l'accesso ai loro *dataset* ai concorrenti che ne avessero fatto richiesta.

In particolare, nell'ambito della concentrazione *Thomson/Reuters*,²⁶⁵ la fusione tra le due imprese avrebbe determinato il venir meno di *qualsiasi dataset* di terzi utile per effettuare elaborazioni su dati finanziari. Il *dataset* oggetto dell'operazione costituiva dunque una risorsa *unica* per competere nel mercato a valle dei servizi di *Big Data Analytics*, ragion per la stessa è stata autorizzata previo impegno delle parti a concedere ai terzi che ne avessero fatto richiesta una licenza d'uso dello stesso.

Quanto ai casi di competenza dell'Autorità francese, nel primo dei casi considerati l'Autorità ha subordinato la concentrazione tra i due *ex* - monopolisti *Électricité de Strasbourg* e *Enerest* all'impegno da questi assunto di trasmettere le informazioni sul consumo di elettricità e gas necessarie per proporre offerte personalizzate all'utenza a tutti i concorrenti che ne avessero fatto richiesta.²⁶⁶ Nel secondo caso, invece, la stessa Autorità ha considerato come un abuso di posizione dominante la condotta tenuta da *Électricité de France*, consistente nello sfruttamento dei dati relativi ai contatti e alle abitudini di consumo dei suoi clienti per l'offerta di servizi personalizzati.²⁶⁷

²⁶⁵ Cfr. Comm. Eu., *Thomson/Reuters*, cit., § 482 ss.

²⁶⁶ Cfr. Autorité de la Concurrence, 7 febbraio 2012, decisione n. 12-DCC-20.

²⁶⁷ Cfr. Autorité de la Concurrence, 17 dicembre 2013, decisione n. 13 D-20.

Secondo l’Autorità, infatti, i *dataset* delle due imprese, poiché “ereditati” dalla loro precedente posizione di monopolisti legali del servizio erano unici e non altresì replicabili dai concorrenti in termini di volume e varietà a costi e in tempi ragionevoli. Analogamente, nel caso *Thomson/Reuters*, la concentrazione delle parti comportava la creazione di un quasi - monopolio nella raccolta di dati finanziari.

Come detto, un simile scenario potrebbe verificarsi difficilmente nei mercati *on - line*, ove la presenza di un elevato livello di innovazione non ha fino ad ora consentito la nascita di veri e propri monopoli e, quindi, di infrastrutture immateriali (nella specie di *dataset*) *uniche*, in quanto le *sole* esistenti. Al contrario – lo si ripete – la natura *multi - homing* della modalità di fruizione delle piattaforme e l’esistenza dei *data brokers* postula in sé la presenza di *dataset* alternativi a quello dell’*incumbent* nel mercato *data driven* di interesse.

Così, se un *dataset* non costituisce una risorsa essenziale, l’impresa sua titolare ha il *diritto* di escludere soggetti terzi dall’accesso allo stesso, peraltro espressamente riconosciuto dalle Corti Statunitensi ad alcune imprese attive nei mercati *data driven*.²⁶⁸

Ciononostante, il principio può ammettere delle eccezioni.

Persino in un sistema *multi - homing*, infatti, possono crearsi effetti di rete talmente intensi da determinare la scarsità di dati non

²⁶⁸ Cfr. *Facebook v. Power Ventures*, 2010, U.S. Dist. LEXIS 93517 (N.D. Cal., 2010). Nello stesso senso si vedano: *LiveUniverse, Inc. v. MySpace Inc.*, 304 Fed Appx. 554 (9th Cir. 2008); *Garon v. E-Bay Inc.*, 2001, U.S. Dist. LEXIS 148621 (N.D. Cal. November 30, 2011) e *Bookhouse of Stuyvesant Plaza, Inc. v. Amazon, Inc.*, 985 F. Supp. 2d 612 (S.D.N.Y. December 20, 2013). Tali precedenti sono coerenti con l’approccio “restrittivo” delle Corti statunitensi rispetto all’applicazione dell’EFD, cfr. *supra*, § 3.1.

soggetti al controllo dell'impresa dominante,²⁶⁹ che verrebbe così a possedere - analogamente ai casi sopra descritti - un *dataset* unico e non replicabile in tempi e costi ragionevoli. In simili contingenze, non potrebbe, dunque, escludersi l'imposizione all'impresa beneficiaria di un obbligo di consentire l'accesso al *dataset* in questione, anche in fase di controllo preventivo delle concentrazioni.²⁷⁰

Tirando le fila, sembrerebbe dunque corretto concludere che - sebbene poter considerare un *dataset unico* sia altamente improbabile e, pertanto, l'applicabilità dell'EFD resti di norma preclusa - si tratta tuttavia di un'eventualità non impossibile, da valutare avuto riguardo agli effetti di rete del caso concreto.²⁷¹

3.2.4. Conseguenze di un'eventuale applicazione dell'EFD ai dataset

L'ultimo punto da esaminare resta infine il come - nel caso di applicazione dell'EFD - il titolare dei dati dovrebbe adempiere all'obbligo di accesso impostogli: se attraverso la fornitura di una copia delle informazioni oppure tramite una licenza d'uso ai suoi *dataset*. Quest'ultima sembrerebbe la soluzione più probabile.²⁷²

Infatti, la licenza costituisce la forma contrattuale tipica

²⁶⁹ Cfr. Comm. Eu., *Facebook/WhatsApp*, cit., § 130.

²⁷⁰ Sull'unicità di un determinato *dataset* in funzione degli effetti di rete generati dalla piattaforma cfr. Comm. Eu., *Micorsoft/LinkedIn*, cit., § 345 ss. Quanto alla possibilità di imporre ad un'impresa l'obbligo di concedere accesso ai suoi *dataset* in fase di controllo delle concentrazioni, il presupposto è riconoscere l'esistenza di un mercato della raccolta dati (*Big Data Capture*). Sul punto, si veda diffusamente *supra*, § 2.2. e 2.3.

²⁷¹ Favorevole a questa interpretazione è anche G. MUSCOLO, *op. cit.*, pp. 257- 263, che tuttavia si sofferma sulla replicabilità dei *dataset* piuttosto che sulla loro mancanza di unicità.

²⁷² Cfr. *infra*, § 3.2.4.

attraverso cui si concede di norma l'accesso a beni come i *dataset*, *assets* immateriali oggetto di una "privativa di fatto".²⁷³

Tale approccio è coerente con la giurisprudenza europea, visto che, ove è stato imposto al titolare di un bene immateriale l'obbligo di concedervi l'accesso, è stato prescritto l'utilizzo delle licenze *FRAND*, lasciando alle parti il compito di riempirle di contenuti.²⁷⁴

Parte della dottrina ha tuttavia evidenziato come l'indeterminatezza delle condizioni *FRAND* dia luogo ad incertezze applicative che non sarebbe opportuno replicare anche nell'ecosistema dei Big Data.²⁷⁵

L'aspetto più controverso è, come prevedibile, il parametro secondo cui poter considerare il valore della *royalty* da corrispondere «ragionevole» (*reasonable*) e «non discriminatorio» (*fair*), problema lasciato aperto dalla giurisprudenza europea anche nel recente caso *Huawei*.²⁷⁶

Allo stato, l'opinione più diffusa in dottrina²⁷⁷ è che una *royalty* possa dirsi: (i) ragionevole se non include il valore di *hold-up*, ossia, se viene negoziata come lo sarebbe stata prima che la privativa fosse incluso negli *standard* di settore; (ii) non discriminatoria se a tutti gli istanti sono riconosciuti pari diritti di conseguire la licenza.²⁷⁸

²⁷³ Cfr. *supra*, § 1.3.2.

²⁷⁴ Cfr. Corte giust. Eu., *Microsoft*, cit.; Corte giust. Eu., *IMS/Healt*, cit.

²⁷⁵ A. DELVIN, *Standard Settings and the failure of price competition*, in *Nvu Ann. Surv. Am. Law*, 2009, p. 236. Si veda anche G. COLANGELO, *Il mercato dell'innovazione: brevetti, standards e antitrust*, Milano, 2016, p. 196 ss.

²⁷⁶ Corte giust. Eu., 16 luglio 2015, *Huawei Technologies*, C - 170/13.

²⁷⁷ Si veda G. COLANGELO, *op. cit.*, p. 215.

²⁷⁸ Secondo opinioni minoritarie, il carattere della non discriminatorio della *royalty* riguarderebbe i soli operatori verticalmente integrati, che avrebbero l'obbligo di applicare lo stesso prezzo a tutti i concorrenti nel mercato a valle.

I parametri *FRAND* lascerebbero inoltre aperto il problema di come regolare in concreto le modalità di approvvigionamento dei dati. Il contratto, infatti, dovrebbe regolare se al licenziatario è concesso di elaborare i dati direttamente sul *database* del titolare e - eventualmente - di estrarne copia ovvero se ad essere autorizzato è un trasferimento del *dataset una tantum*. Le diverse alternative incidono chiaramente sul livello di aggiornamento dei dati: solo la prima, infatti, ne eviterebbe l'obsolescenza, sempre che quest'ultima non rientri tra i *desiderata* del licenziatario, ad esempio, per l'elaborazione di analisi "retrospettive".

Inoltre, nella definizione delle condizioni relative alle modalità di approvvigionamento dei dati, le parti dovrebbero tenere anche conto dei vincoli derivanti dalla *privacy policy*, poiché i dati personali non possono essere ceduti a terzi se ciò non è stato espressamente previsto nell'informativa accettata dagli interessati.

Di tale circostanza, sarebbe dunque necessario tenere conto nella redazione delle informative medesime per evitare rischi di strumentalizzazione da parte dei titolari dei *dataset*, che potrebbero cercare di sottrarsi all'obbligo di licenza *FRAND* semplicemente opponendo la mancanza del consenso degli interessati alla (con)cessione dei loro dati a terzi.

Allo scopo di dirimere le incertezze sin qui prospettate, sembrerebbe dunque opportuna - eventualmente - una regolamentazione a livello europeo del contenuto minimo sia delle licenze *FRAND*, sia delle informative relative al consenso sul trattamento dei dati personali, il che permetterebbe peraltro di

Secondo altri ancora, la natura non discriminatoria coinciderebbe con una sorta di principio di uguaglianza sostanziale, per cui casi simili andrebbero gestiti in modo simile. Cfr. G. COLANGELO, *op. ult. cit.*, 2017, p. 215.

risolvere anche i problemi di tutela del consumatore legati alla scarsa trasparenza delle medesime informative.

3.3. Tra il diritto della concorrenza e il diritto alla protezione dei dati personali: la portabilità dei dati

Da quanto sin qui illustrato emerge che il ricorso alla normativa *antitrust* può raramente costituire un rimedio efficace alla scarsità dell'accesso ai Big Data.

Al contrario, uno strumento più utile in tal senso potrebbe essere un istituto teoricamente estraneo al diritto della concorrenza,²⁷⁹ ossia, il diritto alla portabilità dei dati di cui all'art. 20 del Regolamento Privacy.²⁸⁰

²⁷⁹ Cfr. la base giuridica del Regolamento Privacy che rinvia all'art. 16 TFUE, il quale ha ad oggetto la protezione dei dati personali.

²⁸⁰ Si riporta, per maggiore comodità di consultazione, il testo della norma citata: «1. L'interessato ha il diritto di ricevere in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico i dati personali che lo riguardano forniti a un titolare del trattamento e ha il diritto di trasmettere tali dati a un altro titolare del trattamento senza impedimenti da parte del titolare del trattamento cui li ha forniti qualora:

a) il trattamento si basi sul consenso ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), o su un contratto ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b); e

b) il trattamento sia effettuato con mezzi automatizzati.

2. Nell'esercitare i propri diritti relativamente alla portabilità dei dati a norma del paragrafo 1, l'interessato ha il diritto di ottenere la trasmissione diretta dei dati personali da un titolare del trattamento all'altro, se tecnicamente fattibile.

3. L'esercizio del diritto di cui al paragrafo 1 del presente articolo lascia impregiudicato l'articolo 17. Tale diritto non si applica al trattamento necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento.

4. Il diritto di cui al paragrafo 1 non deve ledere i diritti e le libertà altrui».

Come già accennato in precedenza,²⁸¹ tale norma sancisce il diritto di qualunque interessato che abbia prestato il consenso al trattamento dei suoi dati con mezzi automatizzati: (i) di ottenere copia, in formato leggibile, dei «dati personali che lo riguardano forniti a un titolare del trattamento» anche per ritrasmetterli ad altro titolare e (ii) di ottenere la trasmissione diretta degli stessi dati da un titolare del trattamento all'altro «se tecnicamente fattibile», purché ciò non leda «i diritti e le libertà altrui».

La disposizione, infatti, è stata autorevolmente interpretata come una soluzione utile a ridurre l'effetto di *lock-in* connesso ai costi di transazione tipici dei mercati *data driven* e incentivare così gli utenti a valersi di più operatori contemporaneamente.²⁸²

Il diritto alla portabilità dei dati costituirebbe, dunque, una sorta di alternativa “preventiva” alla EFD, in quanto impedirebbe *ex ante* la creazione di un *dataset* unico e non replicabile grazie alla promozione di un contesto competitivo in cui ciascun utente si vale contemporaneamente dei servizi di piattaforme concorrenti, ossia, in altri termini, uno scenario di effettivo *multi-homing*.²⁸³

²⁸¹ Cfr. § 1.3.1.

²⁸² Cfr. OCSE, *Big Data: bringing competition policy into the digital era*, cit., p. 27. In dottrina, si vedano: G. PITRUZZELLA, *op. cit.*, p. 27; I. GRAEF - R. GELLERT - M. HUSOVEC, *Towards a Holistic Regulatory Approach for the European Data Economy: Why the Illusive Notion of Non-Personal Data is Counterproductive to Data Innovation*, 28 ottobre 2018, file:///C:/Users/itmasag/Downloads/SSRN-id3256189.pdf, p. 15; V. KATHURIA - J. C. LAI, *User Review Portability: Why and How?*, 27 giugno 2018, file:///C:/Users/itmasag/Downloads/SSRN-id3203344.pdf, p. 2 ss.

²⁸³ In proposito, non sembra condivisibile la tesi per cui l'attribuzione del diritto alla portabilità dei dati, poiché sotto-intenderebbe che i dati di cui si richiede la portabilità siano acquisibili da due o più imprese diverse, escluderebbe in radice l'applicabilità dell'EFD ai *dataset*, cfr. G. MUSCOLO, *op. cit.*, p. 269.

Permangono tuttavia non pochi dubbi in merito alla concreta capacità del diritto alla portabilità di aumentare le possibilità di accesso ai Big Data.

In primo luogo, si rileva che a determinare l'effetto di *lock - in* degli utenti nei mercati *data driven* non sono soltanto i costi di transazione, quanto piuttosto gli effetti di rete, su cui il diritto alla portabilità non ha tuttavia alcuna incidenza diretta.

Si potrebbe certamente obiettare che la riduzione dei costi di transazione può incentivare l'utilizzo simultaneo di diverse piattaforme al punto di superare persino il *lock-in* generato dagli effetti di rete. Una simile teoria non sembra tuttavia trovare alcun riscontro empirico, dal momento che molte piattaforme già garantivano il diritto alla portabilità prima dell'introduzione del Regolamento Privacy e ciò non ha comunque impedito la formazione a loro vantaggio di consistenti effetti di rete.²⁸⁴

Tale interpretazione non tiene conto, infatti, della diversità tra l'ambito di applicazione oggettivo dell'EFD e del diritto alla portabilità dei dati e della diversità dei soggetti tutelati.

Quanto all'ambito di applicazione oggettivo delle due fattispecie, la prima incide sul complesso delle informazioni detenute da un determinato operatore necessarie per competere in un mercato *data driven*, la seconda sui dati personali di un singolo utente, che non sono utili né per superare eventuali *network effects*, né per replicare il *dataset* di un eventuale *incumbent*.

Con riferimento invece alla diversità dei soggetti tutelati, è evidente che il diritto alla portabilità dei dati è azionabile dal solo interessato suo titolare, non anche da un terzo richiedente l'accesso ai dati medesimi, al contrario di quanto avverrebbe applicando l'EFD.

²⁸⁴ Sembrerebbe, infatti, che piattaforme digitali come Facebook già consentissero la portabilità dei dati prima dell'entrata in vigore del Regolamento Privacy, senza che ciò abbia tuttavia diminuito l'incidenza degli effetti di rete. Sul punto, cfr. P. SWIRE - Y. LAGOS, *Why the right to data portability likely reduces*

In secondo luogo, ciò che porta a dubitare che il diritto alla portabilità dei dati possa risolvere le criticità legate all'accesso ai Big Data è la limitatezza del suo ambito di applicazione oggettivo. Questo, infatti, sembra comprendere soltanto i «dati personali» «forniti [dall'interessato] a un titolare del trattamento».

Ebbene, il fatto che il perimetro della norma sia stato circoscritto ai soli dati *forniti* dagli utenti esclude dal suo ambito di applicazione sia (i) i dati che il titolare del trattamento ha autonomamente ricavato “monitorando” i comportamenti dell'utente, sia (ii) le informazioni fornite da terzi sul suo conto, che, alle volte, sono la maggioranza. Si pensi, ad esempio, a un *social network* contenente fotografie raffiguranti un determinato soggetto: in molti casi si tratterà di fotografie che lo rappresentano, ma fornite da qualcun altro e, dunque, non rientranti nell'ambito del suo diritto alla portabilità dei dati personali.

consumer welfare: antitrust and privacy critique, in *Public and Legal Theory working paper series*, 2016, nota 5, p. 337.

Si noti tuttavia che sia il *link* a cui gli Autori rimandano (<http://downloadsquad.switched.com/2010/10/07/facebook-to-allowusers-to-download-their-data/>), sia quello a cui rimanda la Policy Dati di Facebook Italia, che riconosce in effetti all'utente il diritto di «scaricare» i dati che lo riguardano, non sono attivi (cfr.: <https://www.facebook.com/about/privacy/>; <https://www.facebook.com/about/privacy/www.facebook.com/help/302796099745838>).

In ogni caso, il 38% dei 209 operatori che hanno risposto alla consultazione avviata dalla Commissione Europea nei mesi di febbraio - aprile 2017 a seguito della Comunicazione *Building a European data economy*, cit., hanno dichiarato di offrire già il servizio di portabilità dei dati ai loro clienti. Ciò sembrerebbe confermare la tesi prospettata nel testo. Si veda in proposito <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/summary-report-public-consultation-building-european-data-economy>.

Ciò a meno che la parola «forniti» utilizzata dall'art. 20 in commento non sia interpretata nel senso di *procurati*, anche indirettamente, dall'utente che esercita il suo diritto alla portabilità per il solo fatto di essere riferiti a quest'ultimo.

Una simile interpretazione sembrerebbe tuttavia preclusa dal comma 4 dello stesso articolo 20, in virtù del quale il diritto alla portabilità dei dati non è assoluto, ma incontra il limite dei «diritti» e «delle libertà altrui».

Ebbene, sembrerebbero rientrare nell'ambito di tali diritti e libertà tanto i diritti proprietari del titolare del trattamento sui dati che questo ha autonomamente ricavato,²⁸⁵ quanto quelli di terzi soggetti a non trasferire a un diverso titolare del trattamento, che potrebbe anche *privacy policy* più restrittive,²⁸⁶ i dati forniti al primo titolare, a maggior ragione qualora tali dati riguardino *anche* loro (si pensi a una foto che ritrae più persone).

Infine, si ritiene che gli effetti *pro* - competitivi del diritto alla portabilità dei dati siano invero fortemente condizionati dalle concrete modalità del loro trasferimento al nuovo titolare designato.

In proposito, come visto, il trasferimento diretto può avvenire solo se «tecnicamente possibile»: si tratta quindi di un'opzione che non sempre può essere imposta al titolare del trattamento che subisce la richiesta di portabilità. Eppure, questo presenterebbe numerosi vantaggi in un'ottica *pro* - concorrenziale, in quanto più veloce rispetto al rilascio di una copia dei dati e, soprattutto, in grado di

²⁸⁵ Cfr. *supra*, § 1.3.3.

²⁸⁶ La portabilità dei dati non offre necessariamente una maggiore garanzia della *privacy* degli utenti, che potrebbero “migrare” i propri dati verso un titolare del trattamento che non assicura lo stesso livello di protezione del primo. Cfr. R.H. WEBER, *Data Portability and Big Data Analytics: new competition policy challenges*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016, p. 68.

superare l'inerzia comportamentale dell'interessato, che potrebbe essere dissuaso dal richiedere la portabilità dei suoi dati ove ciò presupponesse una pluralità di comportamenti attivi da parte sua, tra cui doversi attivare per la richiesta di una copia al titolare.

In questa prospettiva, l'esercizio del diritto alla portabilità potrebbe essere incoraggiato attraverso l'implementazione di procedure il meno onerose possibile per gli interessati. Ad esempio, potrebbe essere il nuovo titolare a richiedere all'utente al momento della profilazione se intende o meno esercitare il diritto alla portabilità nei confronti del titolare precedente per poi provvedere all'importazione automatica dei dati. Ciò è quanto già accade, ad esempio, al momento dell'iscrizione a LinkedIn, che richiede all'utente se desidera importare la lista contatti di Facebook.

Simili soluzioni presupporrebbero tuttavia la definizione di un formato *standard* dei dati che ne renda sempre «tecnicamente possibile» il trasferimento da un titolare all'altro, imponendo alle imprese private oneri ben più pesanti di quelli imposti agli operatori pubblici dalla Direttiva PSI.²⁸⁷

L'implementazione del formato *standard* rappresenta, infatti, un costo di notevole entità per i titolari del trattamento, ragion per cui la sua imposizione potrebbe penalizzare proprio le piccole e medie imprese che si sperava potessero essere invece favorite dal diritto alla portabilità dei dati in termini di accesso ai Big Data e di conseguente crescita nei mercati *data driven*.²⁸⁸

²⁸⁷ Cfr. L. EDWARDS, *Data Protection : Enter the General Data Protection Regulation*, 21 maggio 2018, <file:///C:/Users/itmasag/Downloads/SSRN-id3182454.pdf>. Cfr. *supra*, § 1.2.4.

²⁸⁸ Cfr. L. CAROLINA – B. CARTUCHE, *Enforcing data portability in the context of EU competition law and the GDPR*, 30 agosto 2018,

Non solo. La messa a punto di un simile formato sarebbe probabilmente fortemente osteggiata anche dalle grandi imprese già attive nell'ecosistema dei Big Data.

Queste, infatti, possono essere interessate a favorire la condivisione dei dati in loro possesso solo se il loro *business* si basa sulla commercializzazione dei Big Data. Al contrario, il loro obiettivo principale è chiaramente di preservare il vantaggio competitivo acquisito in termini di dati raccolti e analizzati.

In tale contesto non è quindi da escludere che le imprese in questione potrebbero addirittura ostacolare la portabilità dei dati attraverso la creazione di barriere comportamentali di natura contrattuale o tecnica, come la limitazione dell'interoperabilità tra *dataset* al fine di rendere l'eventuale trasferimento di dati richiesto dall'interessato il meno agevole possibile. Una simile condotta sarebbe paradossalmente pienamente legittima alla luce del Regolamento Privacy, poiché questo non impone di *favorire* il trasferimento diretto dei dati degli utenti che esercitano il diritto alla portabilità, per cui resta comunque impregiudicata la possibilità di richiedere una copia degli stessi.

La stessa condotta potrebbe per di più essere immune anche dal sindacato *antitrust*, a meno che posta in essere dall'impresa in posizione dominante nel mercato *data driven* interessato ovvero nel mercato a monte della raccolta dati (*Big Data Capture*).

Il che sembrerebbe confermare, ancora una volta, che sia il diritto della concorrenza, sia il diritto alla *privacy*, sono armi spuntate nel dirimere le preoccupazioni della Commissione Europea circa le disparità esistenti nell'accesso ai dati.

Pertanto – come sempre in caso di insufficienza degli strumenti

<file:///C:/Users/itmasag/Downloads/SSRN-id3203289.pdf> .

esistenti – si impone la necessità di valutare l’opportunità di una regolazione *ex novo*.

3.4. Regolare l’accesso ai Big Data

Da un punto di vista pratico, regolare l’accesso ai Big Data vorrebbe dire intervenire sul *business* delle piattaforme così da imporre loro un obbligo di condivisione dei dati raccolti e realizzare di conseguenza una sorta di *open Big Data*.

Come è stato correttamente sintetizzato,²⁸⁹ un simile intervento potrebbe in astratto realizzarsi attraverso tre diverse tecniche: (i) un’azione normativa vera e propria da parte dei pubblici poteri (*Top-Regulation*); (ii) un processo di regolazione condiviso tra pubblici poteri e piattaforme (*Co-Regulation*) e infine (iii) l’autoregolazione delle piattaforme chiamate alla condivisione dei dati (*Self-Regulation*).

3.4.1. Top-Regulation

Per quanto riguarda la *Top-Regulation*, la prima questione da risolvere è di ordine formale, ed in specie quale sia il Legislatore a cui affidare l’intervento normativo.

La risposta, si ritiene, non richiede invero una particolare profondità di indagine. Ed, infatti, il carattere transnazionale dell’ambiente *web*, da un lato, e la necessità di uniformazione delle condizioni economiche nel mercato interno che permea le istituzioni europee, dall’altro, impongono necessariamente di individuare nella Commissione Europea l’eventuale ente regolatore dell’accesso ai Big Data.²⁹⁰

²⁸⁹ M. FINCK, *Digital Regulation*, 20 Giugno 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2990043, p. 6.

²⁹⁰ Si noti che la stessa Commissione Europea si auto-identifica quale organismo più adatto a legiferare riguardo il *business* delle piattaforme, in quanto non potrebbero esservi 28 diversi sistemi normativi all’interno del mercato unico.

A ciò si aggiunga che la Commissione Europea non è nuova a simili interventi normativi.

Il riferimento è *in primis* alla Direttiva PSI,²⁹¹ che ha imposto agli enti pubblici l'obbligo di condividere i dati di cui vengano in possesso nell'ambito dei loro compiti istituzionali.

Analogamente, nel settore privato, è stata imposta ai costruttori di veicoli la condivisione dei dati tecnici raccolti nel corso della loro attività al fine di garantire la compatibilità dei pezzi di ricambio e incrementare così il grado di concorrenza esercitato dai produttori indipendenti.²⁹² Inoltre - sia pure in ragione di esigenze di sicurezza diverse dal presidio della concorrenzialità dei mercati - è stata imposta la condivisione dei dati relativi a *test* su alcune sostanze chimiche.²⁹³

Si ritiene, tuttavia, che imporre alle piattaforme di concedere l'accesso ai dati raccolti tramite *Top-Regulation* potrebbe non essere la soluzione più efficiente.

Infatti, visto lo scarso livello di trasparenza e la continua evoluzione (anche tecnologica) che caratterizzano i mercati *data driven*, l'asimmetria informativa che normalmente contraddistingue il Legislatore rispetto agli operatori di settore²⁹⁴ risulterebbe in questo

Cfr. Commissione UE, *Communication on Online Platforms and the digital single market. Opportunities and challenges for Europe*, 2016, p. 5.

²⁹¹ Cfr. *supra*, § 1.2.4.

²⁹² Si vedano gli artt. 6-9 del Regolamento UE, 20 giugno 2007, n. 715, come emendato dal Regolamento 1° giugno 2012, n. 459.

²⁹³ Si vedano gli artt. 27 e 30 del Regolamento UE 18 dicembre 2006, n. 1907 e il relativo Regolamento di Esecuzione, 5 gennaio 2016, n. 9 che reca in modo dettagliato le modalità attraverso cui dovrebbe avvenire la condivisione dei dati.

²⁹⁴ Cfr. J. BLACK, *Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a Post Regulatory World*, in *54 Current Legal*

caso ancora più accentuata, con il rischio che qualsiasi intervento potrebbe non solo non essere efficace, ma risultare altresì distorsivo.

Proprio a tale ultimo riguardo, è necessaria una riflessione sull'opportunità di imporre alle piattaforme la condivisione dei dati raccolti nell'ambito della loro attività.

Ciò in quanto il vantaggio competitivo acquisito nel Big Data *Capture* da alcune imprese costituisce l'esito di un processo di ricerca e innovazione che ha permesso loro di alimentare continui *feedback loop* positivi. Neutralizzare tale vantaggio competitivo attraverso l'imposizione di un obbligo di concedere l'accesso ai dati raccolti potrebbe quindi far venir meno l' "appetibilità" degli investimenti nei mercati *data-driven*.

Il risultato sarebbe un freno complessivo all'innovazione nei mercati digitali.

Tanto è vero che, nella stessa Direttiva PSI, l'obbligo di concedere l'accesso ai propri *dataset* non riguardava – come non riguarda - gli enti pubblici in possesso di tali dati grazie allo svolgimento di un'attività economica.²⁹⁵

D'altra parte, si potrebbe obiettare che non sarebbe la prima volta che la Commissione Europea impone a soggetti privati la condivisione di "*facilities*" dagli stessi ottenute a seguito di consistenti investimenti.

Valga come esempio in merito il settore delle telecomunicazioni, in cui è stato stabilito che qualsiasi operatore titolare di un'infrastruttura ha l'obbligo di negoziare l'accesso a tale infrastruttura con qualsiasi potenziale concorrente nel mercato a valle della fornitura di accesso alla rete telefonica o alla rete *internet* che ne

Problems, 2001, p. 105.

²⁹⁵ Cfr. *supra*, § 1.2.5.

faccia richiesta.²⁹⁶

La *ratio* dell'intervento normativo era la stessa che sembrerebbe oggi interessare i mercati *data driven*, ossia, l'apertura del mercato delle telecomunicazioni in senso *pro-concorrenziale*.

Tale intervento ha effettivamente creato una certa pressione concorrenziale tra gli operatori di telefonia, grazie alla quale i consumatori beneficiano oggi nel mercato unico europeo di prezzi molto contenuti per l'accesso alla telefonia e alla rete *internet*. È tuttavia innegabile che l'obbligo di condivisione dell'infrastruttura abbia rallentato gli investimenti e, dunque, gli Stati Membri godano oggi di tecnologie di accesso al *web* meno evolute di altri Paesi, come ad esempio gli Stati Uniti, ove i titolari dell'infrastruttura sono rimasti liberi di rifiutare l'accesso a operatori concorrenti nella fornitura di servizi di accesso alla rete *internet*.²⁹⁷ Tale diversa scelta normativa ha comportato, come contropartita, una certa concentrazione del mercato delle telecomunicazioni tra i pochi titolari dell'infrastruttura che si sono integrati a valle, per cui i consumatori pagano attualmente un prezzo per usufruire del *web* molto più significativo rispetto ai loro omologhi europei.

In sintesi: lo sviluppo diametralmente opposto dell'intervento regolatore nell'Unione Europea e negli Stati Uniti in termini di imposizione della condivisione dell'infrastruttura al suo titolare ha

²⁹⁶ Cfr. artt. 4, 5 e 10 della Direttiva 2002/19/CE.

²⁹⁷ In particolare, nel caso *National Cable & Telecommunications assn. v. Brand x Internet Services* (04-277) 545 U.S. 967 (2005) 345 F.3d 1120, la Corte Suprema decise per la sottrazione dei *cable providers* (fornitori dell'accesso a *internet*) all'applicazione del *Telecommunication Act* del 1996, che avrebbe imposto loro l'obbligo di concedere l'accesso ai concorrenti all'infrastruttura di loro titolarità per la prestazione di servizi di connessione a *internet*.

determinato una situazione per cui un cittadino europeo paga di meno un servizio di connessione ad *internet* rispetto a un cittadino americano, che beneficia tuttavia di una velocità e qualità di connessione maggiori.

Stabilire qual è l'obiettivo da perseguire è una scelta di politica del diritto, che non può essere chiaramente risolta in questa sede, ma che si ritiene dovrebbe tenere conto di una particolare caratteristica dei mercati *data driven*: i servizi offerti dalle piattaforme sono, nella maggior parte dei casi, gratuiti per i consumatori finali.

Non è quindi detto che la maggiore concorrenzialità dei mercati *data driven* che si potrebbe acquisire creando un *level playing field* nel Big Data Capture si tradurrebbe in un vantaggio per il consumatore. Ed, anzi, la conseguente erosione dei *feedback loop* potrebbe portare le piattaforme ad offrire i servizi oggi gratuiti a pagamento, per compensare le perdite di guadagno subite.

Senza contare che non è detto che l'accesso a una mole maggiore di dati garantisca davvero di aumentare la concorrenza nei mercati *data driven*. Come visto, infatti, i dati raccolti, per produrre Valore, devono essere analizzati sulla base di algoritmi che consentano efficaci analisi predittive. In mancanza, la garanzia di accesso a un Volume significativo di dati potrebbe rivelarsi, ancora una volta, un'arma spuntata.

Sulla base delle riflessioni sin qui svolte, non si ritiene – dunque - che la *Top-Regulation* rappresenti una soluzione da percorrere al fine di aumentare la concorrenzialità nei mercati *data-driven*.

È interessante, in proposito, l'opinione di parte della dottrina per cui il paradigma della *Top-Regulation* utilizzata dalla Commissione Europea nell'ambito dell'accesso ai Big Data non richiederebbe interventi *ex novo*, ma sarebbe invece già in atto e dovrebbe in particolare riconoscersi nel diritto alla portabilità dei dati di cui all'art.

20 del Regolamento Privacy.²⁹⁸

La *ratio* dell'istituto, infatti, sarebbe – secondo l'opinione in commento – quella di responsabilizzare i consumatori, rimettendo loro la scelta dell'impresa a cui affidare i propri dati.²⁹⁹

In questo modo sarebbero gli stessi consumatori – e non il potere pubblico – a neutralizzare i vantaggi competitivi di alcune imprese in favore di altre, con ciò superando le asimmetrie informative del Legislatore.

È quanto già avverrebbe in parte nel settore bancario, in cui è espressamente previsto che le banche rendano i dati dei loro correntisti *online* disponibili ad imprese terze prestatori di servizi bancari e finanziari concorrenti.

Si ribadisce tuttavia che – come già affermato in precedenza – la portabilità dei dati ha un impatto limitato in mancanza di interoperabilità dei formati dei *dataset* delle varie piattaforme.

Inoltre, se si sposa la teoria per cui la maggior parte dei consumatori non è realmente consapevole del valore commerciale dei propri dati,³⁰⁰ vi sono ottimi motivi per ritenere che il ricorso alla portabilità dei dati personali rimarrà un fenomeno piuttosto limitato, che non sarà in grado di produrre effetti realmente tangibili nel mercato del Big Data *Capture* e nei mercati *data driven* a valle.

3.4.2. Co-Regulation e Self-Regulation

A livello sostanziale, la maggiore differenza tra i sistemi di *Top Regulation*, da un lato, e i sistemi di *Co-Regulation* e *Self Regulation*,

²⁹⁸ Cfr. M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il diritto antitrust*, Milano, 2018, p. 348 ss.

²⁹⁹ A. MANTELERO, *Competitive Value of Data Protection: the impact of data protection regulation on online behavior*, in *3 International Data Privacy Law*, 2013, p. 229.

³⁰⁰ Cfr. *supra*, § 2.2.

dall'altro, è che nei secondi la condivisione dei dati raccolti non verrebbe imposta alle piattaforme, ma verrebbe da queste autonomamente decisa in virtù della prospettiva di un utile economico, che dovrebbe compensare la parziale perdita del vantaggio competitivo acquisito nel *Big Data Capture*.

Sono sistemi di *Co-Regulation*, in particolare, quelli in cui sono stabilite una serie di regole al funzionamento dell'attività privata di concerto tra le imprese e i pubblici poteri.³⁰¹

Un esempio di *Co-Regulation* è rappresentato dal protocollo raggiunto dalla piattaforma *Airbnb* e il Comune di Milano nel novembre 2015,³⁰² per cui il Comune ha consentito ai cittadini di condividere le proprie case a titolo oneroso tramite la piattaforma e quest'ultima, come contropartita, si è impegnata a supportare il Comune in una serie di iniziative, tra cui la condivisione di alcuni dati raccolti sull'utilizzo della piattaforma.

Pertanto, la *Co-Regulation*, in quanto processo decisionale condiviso, è un modello che consente un compromesso tra gli interessi pubblici e privati, preservando comunque il controllo pubblico.

Al contrario, il potere pubblico non esercita nessuna pressione nei modelli di *Self-Regulation*, in cui sono le imprese ad adottare le norme che più ritengono opportune circa il funzionamento della loro attività e a stabilire i relativi meccanismi di *enforcement*.

È stato teorizzato che la *Self-Regulation* assume rilevanza di interesse pubblico in presenza di tre condizioni: (i) che l'attività in questione sia soggetta a fallimenti di mercato, quali esternalità

³⁰¹ Cfr. C. MARSDEN, *Internet Co-Regulation*, Cambridge, 2011, p. 46; R. BRESCIA, *Regulating the Sharing economy*, in *95 Nebraska Law Review*, 2016, p. 134.

³⁰² Cfr. <https://www.airbnbcitizen.com/moving-forwards-in-milan/>.

negative o asimmetrie informative; (ii) che correggere tali fallimenti con un intervento di natura pubblicistica sia troppo costoso o comunque inefficiente; (iii) e che la *Self-Regulation* sia al contrario il miglior modo per intervenire su tali fallimenti.³⁰³

Le prime due condizioni sembrerebbero verificate con riferimento ai mercati *data driven*, dal momento che si tratta di mercati caratterizzati da un elevato livello di asimmetria informativa e da effetti di rete significativi ove – come detto nel precedente paragrafo – una *Top-Regulation* rischia di costituire un freno all'innovazione che potrebbe non tradursi in maggiori benefici per i consumatori.

Sulla terza condizione – *i.e.* che la *Self-Regulation* sia la migliore modalità di intervento – sono stati avanzati alcuni dubbi.

È stato fatto notare che, innanzitutto, è poco probabile che le piattaforme si auto-impongano la condivisione dei dati raccolti e che, comunque, rimettere loro la scelta vorrebbe dire aumentarne ancora di più l'influenza sulle dinamiche competitive nei mercati *data driven*.³⁰⁴

Pertanto, è stato osservato come la *Co-Regulation* rappresenterebbe la soluzione migliore nell'ottica di regolare l'accesso ai dati, giacché consentirebbe di evitare meccanismi distorsivi tramite il coinvolgimento delle piattaforme assicurando allo stesso tempo il controllo del potere pubblico.³⁰⁵

Sul punto, si rileva tuttavia che - al contrario della *Self-Regulation*, che mette al centro le esigenze delle imprese - anche la

³⁰³ A. OGUS, *Rethinking Self-Regulation*, in (a cura di) R. BALDWIN – C. SCOTT e C. HOOD, *A Reader on Regulation*, Oxford, 1998, p. 374.

³⁰⁴ Cfr. O. LYNKEY, *Regulating Platform Power*, in *LSE Law Working Papers*, 2017; F. PASQUALE, *The Black Box Society*, Harvard, 2015.

³⁰⁵ M. FINCK, *op. cit.*, p. 15 ss.

Co-Regulation (come la *Top-Regulation*) potrebbe imporre alle piattaforme condizioni che potrebbero impattare sul loro *business*, producendo effetti distorsivi nei mercati *data driven*.

Pertanto, si ritiene che la *Self-Regulation* delle piattaforme dovrebbe essere incoraggiata dal Legislatore, sia pure orientandone gli obiettivi.

Si potrebbero ad esempio invogliare le piattaforme nella definizione di *standards* di licenza che garantiscano l'accesso ai loro *dataset* attraverso incentivi fiscali, come la deduzione dal reddito imponibile delle *royalties* percepite.

A tal fine, si potrebbe fare ricorso all'agevolazione già esistente in diversi Paesi Europei nota come *Patent Box*,³⁰⁶ per cui sono deducibili dal reddito imponibile i ricavi diretti e indiretti (licenze) generati da taluni *IP goods* oggetto di attività di ricerca e sviluppo. Sarebbe in caso sufficiente, ai fini dell'inclusione dei *dataset* delle piattaforme nel perimetro dell'agevolazione, lavorare per estendere l'applicazione del *Patent Box* alle banche dati.³⁰⁷

³⁰⁶ L'agevolazione è stata introdotta in Gran Bretagna, Paesi Bassi, Portogallo, Belgio, Lussemburgo, Spagna, Francia e Italia, dalla l. 23 dicembre 2014, n. 190.

³⁰⁷ Nonostante le incertezze sulla possibilità di applicare la tutela *sui generis* (vedi *supra*, § 1.3.2.2.), non vi è dubbio che le banche dati rappresentino l'istituto industrialistico più idoneo a "recepire" i *dataset* utilizzati dalle piattaforme. Le banche dati non sono tuttavia ricomprese nei *Patent Box* Europei, maggiormente focalizzati su *IP Goods* di natura tecnica, quali *software* e brevetti. Per evitare un allargamento eccessivo dell'esenzione, si potrebbe pertanto pensare di inserire le banche dati limitatamente a quelle "suscettibili di immediata applicazione industriale", con ciò escludendo quelle meramente ricognitive quali ad esempio enciclopedie e dizionari.

CONCLUSIONI

Come messo in evidenza nel primo capitolo, le piattaforme sono ad oggi le indiscusse protagoniste nell'ecosistema dei Big Data.

Ciò grazie a modelli di *business* innovativi (*zero priced markets*) che prevedono l'erogazione di servizi gratuiti "in cambio" dei dati degli utenti, poi utilizzati – ad esempio - per affinare i servizi prestati a pagamento agli inserzionisti pubblicitari. Sono questi i c.d. *feedback loop*, che a loro volta generano effetti di rete (*network effects*).³⁰⁸

Come spiegato analiticamente nel secondo capitolo, gli effetti di rete creano una fidelizzazione degli utenti a determinate piattaforme che può a certi livelli neutralizzare il *multi-homing*: i consumatori, pur in presenza di alternative, tendono ad utilizzare una sola piattaforma nell'ambito di un determinato mercato *data driven* e – di conseguenza – a non rilasciare dati ai suoi concorrenti.³⁰⁹

Da qui, la preoccupazione espressa dalle istituzioni europee che la disparità nell'accesso ai dati possano determinare un'eccessiva concentrazione nei mercati *data driven* e la loro mancata apertura in senso *pro* concorrenziale.³¹⁰

Vista, dunque, la natura prettamente (anti)competitiva di tale dinamica, la tentazione di affidarne l'analisi e la soluzione al diritto *antitrust* appare, comprensibilmente, elevata.

Senonché gli strumenti tipici del diritto *antitrust* sembrerebbero non funzionare nei mercati *data driven*.

Non funziona il controllo preventivo sulle concentrazioni,

³⁰⁸ Cfr. *supra*, § 1.2.1.

³⁰⁹ Cfr. *supra*, § 2.4.

³¹⁰ Cfr. Comm. Eu., *Building a European Data Economy*, cit., nonché OCSE, *Big Data: bringing competition policy into the digital era*, cit.

perché imporre dei correttivi presupporrebbe l'accertamento della creazione o del rafforzamento di posizioni dominanti nel mercato del Big Data *Capture*. Accertamento che resta tuttavia precluso dalla difficoltà di definire tale mercato, la cui esistenza è negata da ampia parte della dottrina sulla base del fatto che i dati degli utenti non sarebbero oggetto di commercializzazione, ma una sorta di moneta di scambio per i servizi erogati gratuitamente dalle piattaforme *online*.³¹¹

Sebbene tale teoria non sia condivisa da chi scrive, è un fatto che l'esistenza di un mercato del Big Data *Capture* non è stata fino ad ora riconosciuta nella prassi della Commissione Europea.³¹²

Allo stesso modo, non funziona il controllo *ex post* sugli abusi di posizione dominante.

Ed, infatti, sempre ammesso che sia possibile accertare una posizione dominante nel mercato *data driven* di interesse, “colpire” la raccolta onnivora di dati da parte delle piattaforme pare estremamente difficile tanto come abuso di sfruttamento, quanto come abuso escludente.

Nel primo caso, infatti, visto che il modello di *business* delle piattaforme impone la raccolta di una mole di dati quanto più possibile voluminosa e eterogenea, resta preclusa la possibilità di accertare l'iniquità in senso *antitrust*, intesa quale mancanza di nesso funzionale, della quantità di dati raccolti rispetto allo scopo del contratto.³¹³

Nell'ambito degli abusi escludenti, invece, dal momento che i dati non vengono di norma commercializzati dalle piattaforme, non può applicarsi lo schema del rifiuto a contrarre.

³¹¹ Cfr. *supra*, § 2.2.

³¹² Cfr. *supra*, § 2.3.

³¹³ Cfr. *supra*, § 2.5.

La sola soluzione all'*impasse* sarebbe, dunque, quella di considerare i dati quale *essential facility*, così da imporre alle piattaforme l'obbligo di consentire l'accesso ai loro dati tramite concessione di una licenza, secondo il tipico paradigma dell'EFD.

Anche quest'ultima sembrerebbe tuttavia inapplicabile nell'ambito dei mercati *data driven*, visto che difficilmente un determinato *dataset* potrà definirsi "unico" in un sistema *multi-homing*, in cui piattaforme concorrenti hanno accesso ad omologhi dati e costruiscono ciascuna i propri *dataset*. Ciò salvo che si riesca a dimostrare che, nel caso concreto, esistono effetti di rete talmente intensi da rendere un determinato *dataset* "unico" di fatto pur in presenza di *dataset* alternativi. Un'eventualità che sembrerebbe, in mancanza di casistica in merito, più teorica che pratica.³¹⁴

Sembrerebbe pertanto che la sola via per garantire un più ampio accesso ai Big Data sia quella di imporre alle piattaforme la loro condivisione tramite lo strumento regolatorio.

Fino ad ora, il Legislatore europeo sembrerebbe aver utilizzato uno strumento tipico del diritto alla *privacy* – il diritto alla portabilità dei dati – per contrastare gli effetti di rete generati dalle piattaforme.

Sull'idoneità dell'istituto a contrastare le disparità nell'accesso ai dati si nutrono tuttavia forti dubbi. In primo luogo, si ritiene che il diritto alla portabilità sia suscettibile di incidere positivamente sui costi di transazione, ma non anche altrettanto efficacemente sugli effetti di rete. In secondo luogo, il suo ambito di applicazione quanto ai dati potenzialmente oggetto di portabilità sembra piuttosto limitato. In terzo luogo, in mancanza di interoperabilità tra i *dataset* delle varie piattaforme, il diritto alla portabilità in questione potrebbe comunque rivelarsi un'arma spuntata, senza contare che – visto lo scarso valore

³¹⁴ Cfr. *supra*, § 3.2.3.

che i consumatori attribuiscono ai loro dati – non è affatto detto che vi faranno ampio ricorso.³¹⁵

Ciò detto, più in generale, si nutrono seri e fondati dubbi sull’opportunità di imporre alle piattaforme l’obbligo di condividere i dati raccolti in via regolatoria.

Il rischio, infatti, è di azzerare i vantaggi competitivi da queste acquisiti, così frenando la spinta ad investire e ad innovare nei mercati *data driven*, il cui progresso è basato proprio sulla ricerca di nuove soluzioni.

Diverso sarebbe creare degli incentivi alla condivisione dei dati cercando di “pilotare” la *Self-Regulation* delle piattaforme, spronandole ad implementare licenze *standard* per la condivisione dei dati attraverso, ad esempio, l’introduzione di sgravi fiscali sulle *royalties* percepite.³¹⁶

Questa “spinta gentile” del Legislatore potrebbe avere, infatti, il pregio di contribuire ad una maggiore apertura concorrenziale dei mercati *data driven*, compensando - allo stesso tempo - il rischio di diminuire la redditività – e dunque lo sviluppo – di tali mercati.

³¹⁵ Cfr. *supra*, § 3.3. e § 3.4.1.

³¹⁶ Cfr. *supra*, § 3.4.2.

BIBLIOGRAFIA

- A. ACQUISTI – J. GROSSKLAGS, *What can behavioural economics teach us about privacy?*, in *18 Digital Privacy*, 2008.
- C. ARGENTON – J. PRUFER, *Search Engines Competition with Network Externalities*, in *J. Competition L. & Econom.*, 2012.
- P. AKMAN, *A preliminary assessment of the European Commission's Google Search decision*, in *Antitrust Chronicle*, 2017.
- P. AKMAN, *The concept of abuse in EU Competition Law*, London 2012.
- P. AREEDA, *Antitrust Law*, Cambridge, 1990.
- P. AREEDA - H. HOVENKAMP, *Antitrust Law. An analysis of antitrust principles and their application*, Boston, 2007.
- M. ARMSTRONG, *Competition in two sided markets*, in *Rand Journal of Economics*, 2006.
- P. AUTERI - G. FLORIDIA - V. MANGINI - G. OLIVIERI - M. RICOLFI - P. SPADA (a cura di), *Diritto Industriale, Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, Torino, 2012.
- V. BAGNOLI, *The Big Data Relevant Market*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016.
- V. BAGNOLI, *The Definition of the Relevant Market, Verticalization and Abuse of Dominant Position in the Era of Big Data*, 2017, www.ssrn.com
- K. BAGWELL, *The economic analysis of advertising*, in (a cura di) M. ARMSTRON – R. PORTER, *Handbook of Industrial Organization*, 2007.
- D.A. BALTO - M.C. LANE, *Monopolizing water in a Tsunami*, 2016, www.ssrn.com.
- G.A.M. BELLOMO, *Politica Europea per i Big Data: prospettive di maggiore concorrenza?*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016.
- G.A.M. BELLOMO, *There ain't no such things as a free lunch*, in

- Concorrenza e Mercato*, 2016.
- K.A. BAMBERGER – O. LOBEL, *Platform Market Power*, 2017, www.ssrn.com.
- M. BERTANI - V. MELI - D. SARTI, *Proprietà intellettuale, interessi protetti e diritto antitrust*, in *Riv. dir. ind.*, 2002.
- J. BERTI - A. BIANCARDI, *Essential Facility e disciplina della concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, 1996.
- S. BISHOP - M. WALKER, *The economics of EC competition law*, Londra, 2010.
- J. BLACK, *Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a Post Regulatory World*, in *54 Current Legal Problems*, 2001.
- F. BORGESIU, *Behavioural sciences and the regulation of privacy in the internet*, in (a cura di) A. ALEMANNI - A.L. SIBONY, *Nudge and the Law*, Oxford, 2015.
- S. BRADSHAW - C. MILLARD - I. WALDEN, *Contracts for clouds: comparison and analysis of the terms and conditions of cloud computing services*, in *International Journal of law and information technology*, 2011.
- R. BRESCIA, *Regulating the Sharing economy*, in *95 Nebraska Law Review*, 2016.
- X. BOUTIN – G. CLEMENS, *Defining 'Big Data' in Antitrust*, 2017, www.ssrn.com.
- M. BUREAU - A. DE STREEL - I. GRAEF, *Big Data and competition policy: market power, personalized prices and advertising*, 2017, www.ssrn.com.
- S. CARBONNEAU - P. MCAFEE - S. MIALON, *Price discrimination and market power*, Oxford, 2004.
- L. CAROLINA – B. CARTUCHE, *Enforcing data portability in the context of EU competition law and the GDPR*, 2018, www.ssrn.com.

- F.H. CATE – V. MAYER SCHONBERGER, *Notice and consent in a world of Big Data*, in *3 International Data Privacy Law*, 2012.
- G. COLANGELO – R. PARDOLESI, *Intellectual property, standards, and antitrust: a new life for the essential facilities doctrine?*, 2016, www.ssrn.com.
- G. COLANGELO, *Accesso ai data e condizioni di licenza F/Rand*, in (a cura di) V. FALCE - G. GHIDINI - G. OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra innovazione e mercato*, 2017.
- G. COLANGELO, *Big data, digital platforms and antitrust*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2016.
- G. COLANGELO, *Il mercato dell'innovazione: brevetti, standards e antitrust*, Milano, 2016.
- G. COLANGELO – M. MAGGIOLINO, *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition?*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2017.
- G. COLANGELO – M. MAGGIOLINO *Data Accumulation and the Privacy-Antitrust Interface: Insights from the Facebook Case for the EU and the U.S.*, 2018, www.ssrn.com.
- A. COLAPS, *Big Data: Is EU Competition Law Ripe Enough to Meet the Challenge?*, 2017, www.ssrn.com.
- R. COMEFORD, *Antitrust and regulating Big Data*, in *23 Geo. Mason Law Review*, 2016.
- J.C. COOPER, *Privacy and antitrust: underpants gnomes, the first amendment and subjectivity*, in *Mason Law Review*, Vol. 20, 2013.
- T. F. COTTER, *The Essential Facilities Doctrine Forthcoming in: Antitrust Law and Economics*, 2008, www.ssrn.com.
- J. COX, *Can differential pricing be fair?*, in *Journal of product and Brand Management*, 2001.
- K. CUKIER, *Data, Data Everywhere*, in *The Economist*, 25 febbraio 2010.

- A. DE MAURO - M. GRECO - M. GRIMALDI, *A formal definition of Big Data based in its essential features*, in *Library Review*, Vol. 65, 2016.
- G. DE MINICO, *Towards an Internet Bill of Rights*, in *Loy. L.A. Intel&Comp. Law Review*, 2015.
- F. DI PORTO, *La rivoluzione dei Big Data, un'introduzione*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016.
- A. DELVIN, *Standard Settings and the failure of price competition*, in *Nvu. Ann. Surv. Am. Law*, Vol. 65, 2009.
- L. DETERMANN, *No One Owns Data*, 14 Febbraio 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3123957.
- O'DONOGHUE – J.PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2013, London.
- J. DREXL, *Designing competitive markets for industrial data - between proprietisation and access*, in *Max Plank Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16 - 13*, 2016.
- J. DREXL, *Data ownership and access to data, Position Statement of the Max Plank Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the Current Eu Debate*, 2016, www.ssrn.com.
- A. S. EDLIN – R. G. HARRIS, *The role of switching costs in antitrust analysis*, in *15 Yale J. & Tech.*, 2013.
- L. EDWARDS, *Data Protection : Enter the General Data Protection Regulation*, 2018, www.ssrn.com.
- T.R. EISENMANN, *Managing networked business: course and overview for educators*, in *Harvard Business School Course Overview*, 2006.
- N. ELKIN-KOREN – M. GAL, *The Chilling Effect of Governance-by-Data on Data Markets*, 2018, www.ssrn.com.
- D. EVANS, *The Antitrust Economics of free*, in *7 Competition Pol'y Int'l*, 2011.
- D.S. EVANS, *Multisided Platforms, Dynamics, Competition and the assessment of market power for internet based law firms*, 2016,

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2746095.

A. EZRACHI, *EU Competition Law Goals and the Digital Economy*, 6
Giugno 2018,

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3191766.

V. FALCE, *Big Data, dataset e diritti esclusivi. Liasons dangereuses tra innovazione e mercato*, in (a cura di) V. FALCE - G. GHIDINI - G. OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra innovazione e mercato*, 2017.

V. FALCE, *La modernizzazione del diritto d'autore*, Milano, 2012.

J. FARRELL, *Can privacy be just another good?*, in *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, 2012.

J. FAULL - A. NIKPAY, *The EU law of competition*, Oxford, 2014.

L. FILISTRUCCHI - L. D. GERADIN - E.V. DAMME - P. AFFELDT, *Market definition in two sided markets: theory and practice*, in *Journal of Competition, Law & Economics*, vol. 10, 2014.

M. FINK, *Digital Co-Regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy*, 2017, www.ssrn.com.

M. FURSE, *The 'Essential Facilities' doctrine*, in *European Competition Law Review*, Vol. 16, 1995.

M.S. GAL – D. RUBINFELD, *The hidden costs of free goods: implications for antitrust enforcement*, in *80 Antitrust Law Journal*, 2016.

C. GALLI - M. BOGNI, *I requisiti per la tutela dei big data*, in (a cura di) V. FALCE - G. GHIDINI - G. OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra innovazione e mercato*, 2017.

M. GAMBARO, *Big Data, mercato e mercati rilevanti*, in (a cura di) V. FALCE - G. GHIDINI - G. OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra innovazione e mercato*, 2017.

T.P. GEHRIG - R. STENBACKA, *Price discrimination, competition and antitrust*, in *SWEDISH COMPETITION AUTHORITY* (a cura di) *The Pros and Cons of Price Discrimination*, 2005.

- D. GERADIN, *What Should EU Competition Policy do to Address the Concerns Raised by the Digital Platforms' Market Power?*, 2018, www.ssrn.com.
- D. GERADIN - M.KUSCHEWSKY, *Competition Law and personal data: preliminary thoughts on a complex issue*, 2013, www.ssrn.com.
- F. GHEZZI - G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, Torino, 2013.
- I. GRAEF - R. GELLERT – M. HUSOVEC, *Towards a Holistic Regulatory Approach for the European Data Economy: Why the Illusive Notion of Non-Personal Data is Counterproductive to Data Innovation*, 2018, www.ssrn.com.
- I. GRAEF, *Assessing data access issues in online platforms*, in *Telecommunications policy*, 2015.
- I. GRAEF, *Eu competition law, data protection and online platforms*, Alphen aan de Rijn, 2016.
- I. GRAEF, *Market definition and market power in data: the case of online platforms*, in 38 *World Competition*, 2015.
- A. P. GRUNES, *Another look at privacy*, in 20 *Geo. Mason Law Review*, 2013.
- A.P. GRUNES - M.E. STUCKE, *No Mistake About It: the Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, 2015, www.ssrn.com.
- A. GOLDFARB – C. TUCKER, *Shifts in privacy concerns*, in 102 *Am. Econ. Rev.*, 2012.
- G. GUGLIELMETTI, “*Essential Facilities*”, *rifiuto di accesso e abuso di posizione dominante*, in *Concorrenza e mercato*, 1996.
- G. GUGLIELMETTI, *La tutela delle banche dati con diritto sui generis nella direttiva 96/09/CE*, in *Contratto e impresa Europa*, 1997.
- A. HAGIU – S. ROTHMAN, *Network effects aren't enough*, in *Har. Bus. Rev.*, 2016.
- I. HANN, *Online information privacy*, in *Int'l. Conf. On Info. Systems*, 2002.

- J. HARBOUR – T.I. KOSLOV, *Section 2 in a Web 2.0 World: an expanded vision of relevant product markets*, in 76 *Antitrust L.J.*, 2010.
- J. HORTON - R. ZECKHAUSER, *Owning using and renting: some simple economics of the sharing economy*, 2016, <https://ideas.repec.org/p/nbr/nberwo/22029.html>.
- M. HOY, *Categorizing Risks in the Insurance Industry*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1982.
- I. HERRERA ANCHUSTEGUI - J. NOWAG, *Buyer power in the Big Data and internet driven world: the Uber & Lyft example*, in *Antitrust Chronicle*, 2017.
- V. KATHURIA – J. C. LAI, *User Review Portability: Why and How?*, 2018, www.ssrn.com.
- L. KIMMEL – J. KESTENBAUM, *What' up with WhatsApp?*, in 29 *Antitrust Magazine*, 2014.
- T. KORBER, *Common errors regarding search engine regulation – and how to avoid them*, in 36 *European Competition Law review*, 2015.
- P. KOTLER, *Prosumers: a new type of consumer*, in *The futurist*, 1986.
- A. LAMBRECHT – C. TUCKER, *Can Big Data Protect a Firm from Competition?*, 2015, www.ssrn.com.
- A. LERNER, *The Role of Big Data in Online Platform Competition*, 2016, www.ssrn.com.
- M. LIBERTINI, *Diritto della Concorrenza dell'Unione Europea*, Milano, 2014.
- M. LIEBERMAN - R. HALL, *Principi di economia*, Milano, 2006.
- A.B. LIPSKY - J.G. SIDAK, *Essential Facilities*, in *Stanford Law Review*, Vol. 51, 1999.
- B. LUNDQVIST, *Big Data, Open Data, Privacy Regulations, Intellectual Property and Competition Law in an Internet of Things World*, 2016, www.ssrn.com.

- B. LUNDQVIST, *Regulating Competition and Property in the Digital Economy – The Interface Between Data, Privacy, Intellectual Property, Fairness and Competition Law*, 2018, www.ssrn.com.
- O. LYNSKEY, *Regulating Platform Power*, in *LSE Law Working Papers*, 2017.
- MAGGIO - D. MULA, *Big Data e strumenti negoziali*, in (a cura di) V. FALCE - G. GHIDINI - G. OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra innovazione e mercato*, 2017.
- M. MAGGIOLINO, *Big Data e prezzi personalizzati*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016.
- M. MAGGIOLINO, *I Big Data, tra Stati Uniti e Unione Europea*, in (a cura di) V. FALCE - G. GHIDINI - G. OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra innovazione e mercato*, 2017.
- M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il diritto antitrust*, Milano, 2018.
- G. MALGIERI, *Property and (intellectual) ownership of consumers' information; a new taxonomy of personal data*, 2016, www.ssrn.com.
- G.A. MANNE - R.B. SPERRY, *The problems and perils of bootstrapping privacy and data into an antitrust framework*, in *Antitrust Chronicle*, 2015.
- G.A. MANNE – J.D. WRIGHT, *Google and the limits of antitrust*, in *34 Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2011.
- A. MANTELERO, *Competitive value of data protection*, in *3 International Data Privacy Journal*, 2013.
- C. MARSDEN, *Internet Co-Regulation*, Cambridge, 2011.
- H. MARRIENOS - M. TONIN - M. VLASSOPOULOS - M. SCHRAEFEL, *Now that you mention it. A survey experiment in information, inattention and online privacy*, in *Journal of Behaviour & Organization*, 2017.
- V. MAYER - SCHONBERGER - K. CUKIER, *Big Data, una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere*, Milano, 2013.
- V. MELI, *Le “utilizzazioni libere” nella direttiva 96/09/CE sulla*

protezione giuridica delle banche dati, in *AIDA*, 1997.

L. MEYER, *Digital Platforms: definition & strategic value*, in *Communications & Strategies*, n. 38, 2000.

A.A. MILLER, *What do we worry about when we worry about price discrimination?*, in *19 Journal of Technology Law and Policy*, 2014.

M. L. MONTAGNANI - M. CAVALLO, *Big Data, cloud e responsabilità dei service providers*, in (a cura di) V. FALCE - G. GHIDINI - G. OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra innovazione e mercato*, 2017.

M. MOTTA, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, 2004.

D. MULA, *Il contratto di fornitura di servizi cloud in Internet e diritto civile*, in *Atti del convegno tenutosi a Camerino il 25 e il 26 settembre 2014*, Napoli, 2014.

G. MUSCOLO, *Big Data e concorrenza, quale rapporto?*, in (a cura di) V. FALCE - G. GHIDINI - G. OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra innovazione e mercato*, 2017.

G. MUSCOLO – G. PITRUZZELLA, *Unfair prices: a few remarks on competition policy and antitrust analysis*, in *Concurrences* 1, 2018.

R. NAZZINI, *The Italian Big Data enquiry, a question of method*, in *Antitrust Chronicle*, 2017.

J. M. NEWMAN, *Antitrust in Zero-price markets: foundations*, in *164 University of Pennsylvania Law Review*, 2015.

N. NEWMAN, *The costs of lost of privacy, consumer harm and rising economic inequality in the age of Google*, in *Mitchell Law Review*, Vol. 40, 2013..

M.K. OHLHAUSEN - A.P. OKULIAR, *Competition, consumer protection and the right [approach] to privacy*, in *Antitrust Law Journal*, Vol. 80, 2015.

A. OGUS, *Rethinking Self-Regulation*, in (a cura di) R. BALDWIN – C. SCOTT e C. HOOD, *A Reader on Regulation*, Oxford, 1998.

- A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Milano, 2007.
- F. PASQUALE, *Privacy, antitrust and power*, in *20 Geo. Mason Law Review*, 2013.
- F. PASQUALE, *The Black Box Society*, Harvard, 2015.
- M. PEITZ, *Industrial organization. Market and strategies*, Cambridge, 2015.
- N. PETIT, *Technology Giants*, 2016
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2856502.
- G. PITRUZZELLA, *Big Data, Competition and Privacy*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016.
- D. PORRINI, *Asimmetrie informative e concorrenzialità nel mercato assicurativo: che cosa cambia con i Big Data?*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016.
- C. PRINS, *Property and Privacy*, L'Aia, 2006.
- J. PRUFER, *Competing with Big Data*, 2017, www.ssrn.com.
- A. RENDA, *Searching for Harm or Harming Search?*, 2015, www.ceps.eu.
- T.J. RICHARDS - J. LIAUKONYTE - N.A. STRELETSKAYA, *Personalized pricing and price fairness*, 2016,
https://ageconsearch.umn.edu/bitstream/235809/2/Richards_Price_Fairness_AAEA_Paper.pdf.
- J.C. ROCHET - J. TIROLE, *Platform competition in two sided markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 2003.
- S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995.
- M.A. ROSSI, *Il ruolo delle piattaforme nell'economia dei Big Data*, in (a cura di) V. FALCE - G. GHIDINI - G. OLIVIERI, *Informazione e Big Data tra innovazione e mercato*, 2017.
- D.I. RUBINFELD - M. S. GAL, *Access Barriers to Big Data*, in *Arizona Law Review*, 2017.

M.A. SALINGER – R.J. LEVINSON, *Economics and the FTC's Google investigation*, in *46 Rev. Industrial Org.*, 2015.

P. SAMUELSON, *Privacy as intellectual property*, in *Stanford Law Review*, 1999. H.A. SHELANSKI, *Information, Innovation and Competition Policy for the internet*, in *161 U. Pa. L. Rev.*, 2013.

N.P. SCHEPP - A. WAMBACH, *On Big Data and its relevance for market power assessment*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016.

B.W. SCHERMER, *The limits of privacy in automated profiling and data mining*, in *Computer law and security review*, 2011.

P. SIMON, *How to get over your inaction on Big Data*, in *Harv. Bus. Rev.*, 2014, <https://hbr.org/2014/02/how-to-get-over-your-inaction-on-Big-Data-2>.

H. SIMON - D. ZATTA - M. FASSNACHT, *Price Management*, Milano, 2013.

D. SOKOL - R. COMEFORD, *Does antitrust have a role to play in regulating big data?*, in *Cambridge University Press*, 2016.

D.J. SOLOVE, *Introduction: privacy self - management and the consent dilemma*, in *Harvard Law Review*, 2013.

J.E. STIGLITZ, *The contribution of the Economics of Information to twentieth century economics*, Oxford, 2000.

M. E. STUCKE – A. EZRACHI, *When Competition fails to optimise quality: a look at search engines*, in *18 Yale Journal and Technology*, 2016.

M. STUCKE - A. EZRACHI, *Artificial intelligence & collusion: when computers inhibit competition*, in *Oxford Legal Studies Research Paper*, 2015.

M.E. STUCKE - A.P. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, 2016.

M.E. STUCKE - A.P. GRUNES, *Debunking the myths over Big Data and*

Antitrust, in *CPI Antitrust Chronicle*, University of Tennessee Legal Studies, 2015, www.ssrn.com.

M.E. STUCKE - A.P. GRUNES, *No mistake about it: the important role of antitrust in the era of big data*, in *University of Tennessee Research Paper*, 2015.

U. SCHWALBE – D. ZIMMER, *Law and economics in European merger control*, Oxford, 2009, p. 122;

P.M. SCHWARTZ, *Property, Privacy and Personal Data*, in 117 *Harvard Law Review*, 2004.

K.V. SINGH, *Applying “Essential Facility Doctrine” – What’s the Right Approach?*, 2017, www.ssrn.com.

D.D. SOKOL – R. COMEFORD, *Antitrust and Regulating Big Data*, in 23 *Geo. Mason L. Rev.*, 2016.

M. SWIFT, *Privacy protection can’t ignore market power*, in *Mlex*, 28 marzo 2018.

P. SWIRE, *Protecting Consumers: privacy matters in antitrust analysis*, *Centre for American Progress*, 2007.

P. SWIRE - Y. LAGOS, *Why the right to data portability likely reduces consumer welfare: antitrust and privacy critique*, in *Public and Legal Theory working paper series*, 2016.

O. TENE – J. POLONETSKY, *Big Data for All: Privacy and user control in the age of analytics*, in 11 *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 2013.

F. THÉPOT, *Market Power in Online Search and social networking: a matter of two sided markets*, in *World Competition*, 2013.

C. TUCKER, *The Implications of improved attributions and measurability for antitrust and privacy in online advertising markets*, in 20 *Geo. Mason Law Review*, 2013.

D.S. TUCKER – H.B. WELLFORD, *Big Mistakes regarding Big Data*, in *Antitrust Source*, 2014. H. VARIAN, *Markets for information goods*,

- 1998, www.people.ischool.berkeley.edu/~hal/Papers/japan/.
- H.L. VARIAN, *Price Discrimination*, in R. SCHMALENSSEE - R.D. WILLING (a cura di), *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 1, 1989.
- M. VESTAGER, *Refining the EU merger control system*, in *Speech at the Studienvereinigung Kartellrecht*, Brussels, 2016, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/20142019/vestager/announcements/refining-eu-merger-control-system_en.
- S.W. WALLER, *Antitrust and social networking*, in *90 North Carolina Law Rev.*, 2011-2012.
- R. WALKER, *From Big Data to Big Profits: success with data and analytics*, Oxford, 2015.
- S. D. WARREN - L. D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, vol. 5, 1890.
- R.H. WEBER, *Data Portability and Big Data Analytics: new competition policy challenges*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016.
- A.F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, New York, 1967.
- G. WEYL, *A price theory of multi sided platforms*, in *American Economic Review*, 2010.
- S. WACHTER – B. MITTELSTADT, *A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI*, 13 September 2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3248829.
- J. WHITTINGTON - C.J. HOOFNAGLE, *Social networks and the law*, in *90 N.C.L. Law Review*, 2012.