



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CORSO DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
XXXV ciclo

Settore scientifico disciplinare: Diritto privato comparato IUS/02

L'ANTITRUST CHE VERRÀ

UNA RICOGNIZIONE, TRA LE DUE SPONDE DELL'ATLANTICO,
DELLE PROBLEMATICHE CONCORRENZIALI SUSCITATE DA SERVIZI DI
INTERMEDIAZIONE ONLINE E SOCIAL MEDIA

Candidata:

Blerina Nazeraj

Supervisore:

Prof. Alessandro Palmieri

Anno accademico 2022/2023

INDICE

Introduzione	1
---------------------	----------

CAPITOLO PRIMO PIATTAFORME DIGITALI E DIRITTO DELLA CONCORRENZA

1.1. Nozione di piattaforma online, principali caratteristiche e tipologie	11
1.1.1 Chi ha paura delle piattaforme online?	11
1.1.2. Di cosa parliamo quando facciamo riferimento a una piattaforma online	14
1.1.3. Le diverse epifanie delle piattaforme online. Cenni	20
1.2. La disciplina europea delle piattaforme digitali	21
1.2.1. Dalle definizioni accademiche a quelle autoritative	21
1.2.2. Il regolamento (UE) 2019/1150 sull'equità e trasparenza dei rapporti tra piattaforme e utenti commerciali	22
1.2.3. Il regolamento (UE) 2022/720 sulle intese verticali	27
1.2.4. La regolamentazione <i>ad hoc</i> delle piattaforme online di grandi dimensioni nel Digital Markets Act	37
1.2.5. Cenni al Digital Services Act	47
1.2.6. Qualcosa si muove anche negli Stati Uniti?	48
1.3. Criticità del <i>business model</i> di Amazon	51
1.3.1. L'indagine della Commissione europea su Amazon, tra uso dei dati non pubblici dei venditori terzi e <i>self-preferencing</i> come nuova ipotesi di abuso di posizione dominante	51
1.3.2. Le sanzioni inflitte dall'Autorità antitrust italiana	60
1.3.3. Uno sguardo a ritroso al caso <i>Google Search (Shopping)</i>	63

CAPITOLO SECONDO

LA SAGA FACEBOOK/META: LA VERSIONE EUROPEA

2.1. Facebook e l'abuso di posizione dominante al vaglio dell'autorità antitrust tedesca	68
2.2. La <i>querelle</i> tra l'Oberlandesgericht di Düsseldorf e il Bundesgerichtshof e la rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione europea	72
2.3. Le conclusioni dell'Avvocato generale nel caso <i>Meta Platforms e a. (Conditions générales d'utilisation d'un réseau social)</i>	76
2.4. Le reazioni della dottrina alle traversie di Facebook in Germania	78

CAPITOLO TERZO

LA SAGA FACEBOOK/META: LA VERSIONE NORDAMERICANA

3.1. Facebook nel mirino della Federal Trade Commission, tra violazione dei dati degli utenti e abuso di posizione dominante	88
3.1.1. Le prime schermaglie	88
3.1.2. Gli sviluppi sulla scia dello scandalo Cambridge Analytica	90
3.1.3. L'azione intrapresa dinanzi alla corte distrettuale per il District of Columbia	92
3.2. Le strategie dell'antitrust alle prese con i mercati digitali. Spunti di riflessione a partire dall'attivismo della FTC	100
Riferimenti bibliografici	110
Ringraziamenti	123

Introduzione

A cosa serve il diritto della concorrenza? La ricerca della risposta a questo interrogativo implica una profonda riflessione che giustifica e guida la redazione del presente lavoro. La questione relativa agli obiettivi perseguiti dalle norme sulla concorrenza, lungi dall'essere nuova, è ritornata al centro del dibattito dottrinale e dell'attenzione delle autorità antitrust a seguito della crescente concentrazione dei mercati, legata all'emergere di un piccolo gruppo di imprese tecnologiche di grandi dimensioni, un tempo note con l'acronimo GAFAM (che sta per Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft) e ora con quello MAGMA (Microsoft, Apple, Google, Meta, Amazon). I modelli di business adottati da tali giganti digitali si basano sulla raccolta e l'uso commerciale di *big data*, comprensivi di dati personali dei consumatori. Si teme che lo sfruttamento di grandi quantità di informazioni possa avere effetti anticoncorrenziali, nella misura in cui potrebbe innalzare le barriere all'ingresso del mercato, conferendo un potere di mercato o rafforzando posizioni egemoni. Di qui, la richiesta di un intervento antitrust che neutralizzi rischi legati alla privacy¹.

In particolare, negli Stati Uniti, dopo un lungo periodo di lasciar fare all'insegna della scuola di pensiero di Chicago, la corrente di pensiero cd. neo-brandeisiana² (in quanto riconosce come nune tutelare il giudice Brandeis, figura chiave nell'antitrust a cavallo tra il XIX e il XX secolo), ha iniziato a mettere in discussione l'idea che un'economia di libero mercato possa portare a un'equa distribuzione del benessere, con conseguente limitazione dell'intervento antitrust ai soli casi in cui si dimostri l'esistenza di un pregiudizio ai consumatori in termini di un peggioramento della qualità o di

¹ G. Colangelo, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2016, 425.

² A. Fiebig, D. Gerber, *The Causes and Consequences of the Neo-Brandeisian Antitrust Movement in the United States*, in *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 2021, 460.

un aumento dei prezzi. Secondo i neo-brandesiani, il potere economico e politico delle Big Tech costituisce una minaccia non solo per i mercati, ma anche per la democrazia, rendendo il parametro del benessere del consumatore inadeguato a combattere la disuguaglianza e la concentrazione economica. Di conseguenza, si auspica un ampliamento degli obiettivi del diritto della concorrenza, in modo tale che gli strumenti dell'antitrust possano essere impiegati anche quando il potere di mercato venga utilizzato per alterare il processo democratico o per violare la privacy dei consumatori³.

L'UE non è esente da discussioni di questo genere. L'approccio economico adottato dalla Commissione europea a partire dagli anni Novanta è stato messo a dura prova dai nuovi modelli imprenditoriali. Da più parti, infatti, si evidenzia la necessità di rivedere l'efficacia dei rimedi e lo scopo delle regole di concorrenza nell'economia digitale.

Al fine di comprendere meglio il funzionamento degli ecosistemi digitali, il primo capitolo si dedicherà alla descrizione delle principali caratteristiche delle piattaforme online e alla loro definizione. Si avrà modo di constatare che, ad oggi, manca una nozione univoca di piattaforma, sia nella letteratura giuridica che in ambito normativo. Tuttavia, sarà possibile identificare la piattaforma con una infrastruttura digitale che agevola la conclusione di contratti tra almeno due gruppi distinti, ma interdipendenti di utenti, riducendo i costi transattivi e di ricerca.

Al legislatore europeo va riconosciuto lo sforzo di aver cercato di offrire una definizione di piattaforma nei vari interventi normativi, finalizzati a dare una risposta a specifiche problematiche che tendono a presentarsi, in particolar modo, nei mercati online in cui si svolge il commercio elettronico.

A tal proposito, l'analisi del Regolamento (UE) 2019/1150 metterà in evidenza la posizione di dipendenza economica e contrattuale delle imprese

³ K. Stylianou, M.C. Iacovides, *The goals of EU competition law: A comprehensive empirical investigation*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3735795>.

che offrono i propri beni e servizi ai consumatori tramite una piattaforma online rispetto al gestore del *marketplace*. L'antidoto proposto dal legislatore è quello della trasparenza, imponendo al fornitore dei servizi di intermediazione online una serie di obblighi di trasparenza, appunto, a cui conformarsi in sede di predisposizione unilaterale e di esecuzione dei contratti con gli utenti commerciali.

Il settore digitale conosce anche piattaforme ibride o verticalmente integrate, che, oltre a offrire un servizio di intermediazione, sono anche imprese concorrenti sul mercato per la vendita di beni o servizi oggetto di intermediazione. A tal riguardo, sarà oggetto di approfondimento il Regolamento (UE) 2022/720, che prevede un'esenzione dal divieto di cui all'art. 101, comma 1, TFUE per gli accordi verticali che soddisfano determinate condizioni e si fa carico di introdurre, per la prima volta, un regime delle vendite su Internet, disciplinando anche gli accordi verticali nell'economia delle piattaforme online. Il rischio di conflitti di interesse, pur controbilanciato da vantaggi in termini di efficienza, fa sì che l'esenzione per categoria non si applichi agli accordi relativi alla prestazione di servizi di intermediazione online, qualora il fornitore di tali servizi svolga una funzione ibrida, con conseguente valutazione individuale della liceità dei medesimi accordi.

Giunti a questo punto, l'indagine non può prescindere dall'esame, in chiave comparata, della disciplina specifica delle piattaforme digitali di grandi dimensioni nell'Unione europea (Digital Markets Act) e negli Stati Uniti (American Choice and Innovation online Act). Verrà rilevato come a differenza del versante europeo, gli interventi oltreoceano, pur simili, sono fermi nella fase di proposta. Ma ciò che più rileva è che tale studio evidenzierà come a fondamento della necessità di introdurre una regolazione applicabile ex ante vi sia la percezione generale che il diritto della concorrenza, vuoi per le tempistiche molto lunghe, vuoi per i rimedi inefficaci, non sia in grado di affrontare le sfide che si presentano nei mercati digitali. L'intento di fondo è

quello di mantenere tali mercati aperti alle piccole e medie imprese, imponendo una serie di obblighi specifici ai *gatekeepers*, ossia alle grandi piattaforme online che ne controllano l'accesso, volti a contenere il loro potere economico. Gli interventi normativi in parola mostrano, dunque, una preferenza verso la concorrenza per il mercato, ponendo l'accento sulla tutela dei piccoli operatori da comportamenti monopolistici.

Una volta scandagliata la disciplina legislativa in materia di piattaforme digitali, al fine di valutare l'adeguatezza o meno delle regole di concorrenza a catturare i presunti abusi di posizione dominante nella *platform economy*, si prenderanno in considerazione alcuni recenti casi antitrust, che hanno ispirato la predisposizione di alcune disposizioni contenute nella regolazione ex ante.

La parte conclusiva del primo capitolo sarà dedicata alle indagini avviate dalla Commissione europea sulle pratiche poste in essere da Amazon, che grazie alla duplice veste di gestore del *marketplace* e di venditore sul medesimo, è in grado di utilizzare i dati relativi alle attività di vendita dei venditori terzi per migliorare i suoi prodotti o per lanciarne di nuovi senza incorrere nei normali rischi d'impresa, impedendo così una concorrenza effettiva sulla piattaforma. Il colosso del commercio elettronico è nel mirino dell'antitrust europeo anche per aver trattato in modo più favorevole le proprie attività di vendita al dettaglio e i venditori che utilizzano il suo servizio di logistica, a scapito degli altri venditori terzi e dei servizi logistici concorrenti.

La seconda condotta abusiva, però relativamente al mercato italiano, è costata ad Amazon una multa di oltre 1 miliardo di euro, irrogata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana. La vicenda di Amazon offre l'occasione per valutare l'ammissibilità del *self-preferencing* come una nuova forma di abuso di posizione dominante, alla luce anche del precedente *Google Search (Shopping)*. Ripercorrere le coordinate essenziali del dibattito sul tema ci consentirà di concludere che occorre molta cautela nel qualificare come abusiva la strategia con cui un'impresa dominante sfrutta la propria egemonia

in un mercato per favorire le proprie attività nel mercato collegato, sia perché ciò non è necessariamente anticoncorrenziale, sia perché il rischio di rimanere impigliati in categorie di abuso già note è molto alto.

La complessa interazione tra piattaforme digitali, privacy e antitrust emerge prepotentemente con riferimento alle pratiche poste in essere dal più grande social network dei nostri tempi, soggetto a indagini in Germania e negli Stati Uniti.

Il procedimento dell'autorità antitrust tedesca nei confronti di Facebook (oggi Meta) sarà affrontato nel secondo capitolo. Il Bundeskartellamt ha vietato a Facebook l'acquisizione e la combinazione dei dati degli utenti provenienti da fonti diverse senza il loro consenso esplicito, qualificando tale condotta come abuso di posizione dominante nella forma di sfruttamento degli utenti attraverso l'imposizione di condizioni contrattuali inique, alla luce della disciplina tedesca sulla concorrenza. Ad avviso dell'autorità tedesca, subordinare l'utilizzo del social network all'accettazione di termini d'uso che prevedono un trattamento dei dati eccessivamente ampio equivale a rendere invalido il consenso espresso dagli utenti, con conseguente violazione della normativa sulla protezione dei dati personali.

Le divergenze di opinioni tra corti interne, causate dalla singolare teoria di danno applicata dal Bundeskartellamt, sono culminate in un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea avente ad oggetto proprio l'interpretazione di alcune disposizioni del GDPR. La successiva analisi delle reazioni che l'utilizzo della privacy degli utenti come parametro per lo scrutinio antitrust ha suscitato fra i commentatori porterà alla luce varie criticità che, seppur superabili nel contesto normativo tedesco, riformato per essere all'altezza delle nuove sfide, mal si giustificano a livello europeo, in cui non si è giunti a tutelare i dati personali attraverso strumenti dell'antitrust, sebbene si sia riconosciuto alla privacy la natura di parametro per la qualità dei servizi digitali. L'approccio del Bundeskartellamt è apparso a molti una scelta di comodo, volta a evitare un esame controfattuale a dimostrazione degli

effetti anticoncorrenziali della condotta. Per non parlare dell'inadeguatezza di tale uso strategico dell'illecito antitrust a salvaguardare la privacy degli utenti, la cui violazione non è una conseguenza del potere di mercato dell'impresa, bensì dei fallimenti del mercato, quali l'asimmetria informativa e il comportamento irrazionale dei consumatori, che il ripristino del contesto competitivo lascerebbe irrisolti.

Infine, il terzo capitolo avrà ad oggetto le vicende di Facebook nella sua terra natale, in cui la società ha goduto per un lungo periodo di un trattamento più mite da parte degli *enforcers*. A conferma di ciò, si ripercorreranno le tappe delle indagini della Federal Trade Commission sulle presunte violazioni della privacy degli utenti del social network, che si sono concluse con la stipula dell'accordo del 2012 tra Facebook e la FTC. A seguito dello scandalo Cambridge Analytica, una volta riaperte le indagini e constatata la violazione dell'accordo da parte di Facebook, si è optato di nuovo per la soluzione negoziale, ma stavolta ottenendo dalla società una sanzione di ben cinque miliardi di dollari.

Il presente elaborato si focalizzerà poi sulle recenti iniziative giudiziarie della FTC contro il colosso digitale, le quali si inseriscono a pieno titolo nell'ondata del "big is bad" che ha investito il contesto nord-americano negli ultimi tempi. Il riferimento è alla causa promossa dalla FTC contro Facebook, accusato di aver rafforzato la sua posizione dominante nel mercato statunitense dei social network grazie a una condotta abusiva consistente essenzialmente nell'acquisizione dei concorrenti reali (Instagram) o potenziali (WhatsApp). Il caso ha riaperto i riflettori sull'importanza che riveste la valutazione delle operazioni di concentrazione nei mercati moderni, la quale non dovrebbe limitarsi alla quota di mercato dell'impresa risultante a seguito dell'acquisizione, ma estendersi ad altri parametri suscettibili di incidere negativamente sulla concorrenza.

La richiesta di separazione da Facebook di Instagram e WhatsApp da parte della FTC, ci consentirà di soffermarci sul rapporto tra rimedi strutturali

e comportamentali (quali quello dell'interoperabilità tra piattaforme e della condivisione dei dati con i concorrenti), per poi concludere che entrambi presentano aspetti problematici, a conferma del fatto che la creazione di rimedi efficaci contro l'abuso di posizione dominante rappresenta una delle maggiori sfide del moderno diritto antitrust.

La prassi tumultuosa e le iniziative legislative che saranno analizzate ci restituiscono uno scenario caratterizzato da venti di tempesta. Evidentemente, prima di lasciarsi a valutazioni di più ampio respiro bisogna attendere l'impatto che le nuove misure avranno in concreto. Tuttavia, è possibile giungere a conclusioni interlocutorie grazie all'individuazione di alcuni punti fermi nel contesto che si esaminerà.

La centralità del dato nell'economia digitale rende inevitabile l'interazione tra privacy, antitrust e diritto dei consumatori, ma è preferibile mantenere i tre ambiti separati, in quanto una commistione complicherebbe, invece di agevolare il perseguimento di pratiche anticoncorrenziali. D'altronde, l'interfaccia privacy/antitrust sottintenderebbe una certa inefficienza o inerzia delle autorità preposte alla tutela dei dati personali che non sembra giustificata, perché le stesse hanno dimostrato di saper farsi valere, nei limiti delle loro capacità d'azione, contro la creatura di Zuckerberg anche quando appartengono a piccoli Paesi come San Marino⁴. Peraltro, ampliare le finalità del diritto della concorrenza a tal punto da includervi l'obiettivo politico dell'eguaglianza economica si rivelerebbe controproducente. Le dimensioni dell'impresa non possono giustificare l'intervento antitrust, che dovrebbe essere limitato agli abusi di potere dominante che determinano l'esclusione dei concorrenti, incidendo negativamente sull'assetto concorrenziale e sul benessere dei consumatori.

⁴ V. provvedimento n. 19 del 6 luglio 2021, confermato in sede di vaglio giurisdizionale, con il quale l'Autorità garante per la protezione dei dati personali di San Marino ha inflitto a Facebook una sanzione di quattro milioni di euro per non aver impedito la sottrazione e la diffusione indebita dei dati personali dei cittadini sammarinesi.

Dalla ricognizione che faremo nelle pagine che seguono si noterà come un tratto caratteristico – e per certi versi unificante – delle diverse epifanie dell’antitrust alle prese con i mercati digitali, al di qua e al di là dell’Atlantico, sia il notevole attivismo dei *public enforcers*. Il bilancio (parziale) di questo insieme di iniziative non ci sembra tuttavia particolarmente esaltante. Anche dove si è registrato il pagamento di ammende cospicue da parte della Big Tech *company* di turno, non sembra che a tali esborsi sia correlata una carica di deterrenza degna di questo nome. Anzi, di là dai toni trionfalistici utilizzati da alcuni commentatori, pare proprio che le pratiche delle piattaforme dedite all’intermediazione tra la domanda e l’offerta di beni e servizi, come (a maggior ragione, vista la presenza di un terzo incomodo ingombrante, quale la *data protection*) quelle dei social network, sembrano acuire le usuali criticità del *public enforcement*⁵.

Se così stanno le cose, sarebbe auspicabile che venissero attivati, assieme ai meccanismi di cui si è parlato, quelli di *private enforcement*⁶. E, in questo ambito, non ci si dovrebbe limitare a quelli – pur importanti – che possono essere innescati (e di fatto si sono materializzati anche in Europa) da soggetti pubblici che si rivolgono ai giudici per chiedere misure che potrebbero essere parimenti invocate dai danneggiati e dalle associazioni dedite alla tutela dei loro diritti e interessi, esercitando prerogative non

⁵ A. Palmieri, *La tutela collettiva dei consumatori. Profili soggettivi*, Torino, Giappichelli, 2011, 26-29; A. Giannaccari, *In tema di private enforcement: sulla rotta giusta?*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2017, 143.

⁶ Sulla rilevanza degli strumenti di *private enforcement* da varie prospettive si vedano J. Mouton, *The challenges for private competition law enforcement concerning anticompetitive conducts in digital markets*, in *Yearbook of antitrust and regulatory studies*, 2022, 10; R. Podszun, *Private Enforcement and Gatekeeper Regulation: Strengthening the Rights of Private Parties in the Digital Markets Act*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, 254; A.P. Komninos, *The Digital Markets Act and Private Enforcement: Proposals for an Optimal System of Enforcement*, disponibile in SSRN, all’indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3914932>; P.G. Picht, *Private Enforcement for the DSA/DGA/DMA Package*, in H. Richter *et al.* (eds.), *To Break Up or Regulate Big Tech? Avenues to Constrain Private Power in the DSA/DMA Package*, disponibile in SSRN, all’indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3932809>.

dissimili da quelle degli attori privati⁷. Sarebbe bensì opportuno che, in tutti i quadranti geografici, fossero disponibili per i danneggiati strumenti processuali che (quando la violazione è ormai perpetrata) garantiscano un'efficace tutela risarcitoria. Va da sé che, al momento, tali strumenti sono disponibili negli Stati Uniti, dove si intrecciano non di rado con la procedura della *multidistrict litigation*. Emblematico al riguardo è il caso *Facebook, Inc., Consumer Privacy User Profile Litigation* pendente dinanzi alla corte distrettuale per il Northern District della California - San Francisco Division, nel quale sono state accorpate, per svolgere unitariamente la fase di trattazione e istruttoria, numerose *class actions* intentate in vari distretti⁸. Che queste iniziative possano approdare a risultati tangibili per le vittime di condotte 'vessatorie' lo dimostra la circostanza che nel caso in esame si è raggiunto un accordo per chiudere in via transattiva la vertenza mediante l'impegno di Meta a sborsare la cifra record di ben 725 milioni di dollari, come si evince dall'istanza presentata il 22 dicembre 2022, onde ottenere dalla corte il via libera, previa verifica della sussistenza dei requisiti previsti dalla Rule 23 delle Federal Rules of Civil Procedure⁹.

Siamo consapevoli che c'è ancora tanto da fare e da migliorare in questa direzione, ma la situazione attuale è sicuramente preferibile rispetto a una fase iniziale, caratterizzata dall'assenza di qualsivoglia disciplina dedicata al

⁷ V. Corte giust., 16 luglio 2020, causa C-73/2019, *Movic*, in *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Unione europea*, n. 939, che ha fatto rientrare nella nozione di «materia civile e commerciale», un'azione giudiziaria con cui le autorità di uno Stato membro si contrappongono a professionisti stabiliti in un altro Stato membro, chiedendo, a titolo principale, che sia accertata la sussistenza di violazioni configuranti pratiche commerciali sleali asseritamente illecite e che ne sia ordinata la cessazione, nonché, a titolo accessorio, che siano disposte misure di pubblicità e l'irrogazione di una penalità; secondo i giudici di Lussemburgo si trattava di misure che potevano essere invocate anche dai consumatori interessati e dalle associazioni consumeristiche, senza che l'autorità pubblica godesse di prerogative diverse e più incisive rispetto a un attore privato.

⁸ *In re Facebook, Inc. Consumer Privacy User Profile Litigation*, case No. 18-MD-2843-VC.

⁹ A. Palmieri, *Social network, lesione della privacy degli utenti e class action: verso un accordo transattivo con elargizione di una cifra record?*, disponibile in *ForoNews*, all'indirizzo <https://www.foroitaliano.it/news/1969/social-network-lesione-della-privacy-degli-utenti-e-class-action-verso-un-accordo-transattivo-con-elargizione-di-una-cifra-record/>.

settore digitale. Pertanto, non ci resta che aspettare ulteriori sviluppi sul tema, con la consapevolezza che spetta agli interpreti l'arduo compito di adeguare le regole generali del diritto antitrust alle esigenze del tempo, nel rispetto dei principi di coerenza e proporzionalità, cercando di non farsi eccessivamente condizionare dalle ideologie del periodo storico di riferimento.

CAPITOLO I

PIATTAFORME DIGITALI E DIRITTO DELLA CONCORRENZA

1.1. Nozione di piattaforma online, principali caratteristiche e tipologie

1.1.1. Chi ha paura delle piattaforme online?

Dall'inizio del nuovo secolo, la vita economica e sociale globale continua a subire profondi e repentini cambiamenti grazie al progresso tecnologico. La diffusione delle piattaforme online e l'uso di servizi digitali hanno stravolto i modelli imprenditoriali tradizionali e il modo di concepire i rapporti economici. Il successo dei colossi tecnologici, gestori di piattaforme online (quali Apple, Facebook, poi diventato Meta, Google, Amazon, Microsoft), non è determinato dalla gratuità dei servizi offerti, come vogliono farci credere, bensì dall'aver intuito il valore del dato, vero motore dell'economia digitale. Invero, i dati e l'attenzione degli utenti rappresentano il corrispettivo che gli stessi pagano per potersi servire delle piattaforme. Si tratta di un modello di business in cui le informazioni relative alle nostre scelte di consumo costituiscono al contempo l'input e l'output dell'attività economica, posto che le piattaforme non si limitano a facilitare l'accesso ai prodotti o servizi offerti sulle stesse, ma acquisiscono i dati che vengono generati durante le relative operazioni. Il fenomeno dei big data attiene non solo all'aspetto quantitativo, ma anche alla varietà dei dati provenienti da fonti diverse. A differenza degli operatori tradizionali, grazie alle nuove tecnologie le imprese sono in grado di analizzare le informazioni raccolte per poi utilizzarle al fine di attirare potenziali clienti, offrendo loro servizi o prodotti personalizzati, oppure cederle dietro corrispettivo a terze parti per fini commerciali.

Se inizialmente si è assistito inermi e affascinati all'ascesa delle Big Tech, negli ultimi anni, la percezione generale è cambiata. Sono sempre più le autorità che ne denunciano le pratiche commerciali e le iniziative volte a regolare il settore digitale, al fine di individuare nuovi ed efficaci rimedi ai

problemi sui fronti della concorrenza e della privacy che, inevitabilmente, sorgono nei mercati interessati. Focalizzando l'attenzione sull'esperienza europea, il 14 settembre 2022 è stato firmato il regolamento sui mercati digitali (*Digital Markets Act, DMA*)¹⁰, che insieme a quello sui servizi digitali (*Digital Services Act, DSA*)¹¹, si inserisce nel più ampio progetto europeo del mercato unico digitale, “in cui è garantita la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali e in cui, quale che sia la loro cittadinanza o nazionalità o il luogo di residenza, persone e imprese non incontrano ostacoli all'accesso e all'esercizio delle attività online in condizioni di concorrenza leale e potendo contare su un livello elevato di protezione dei consumatori e dei dati personali”¹².

L'obiettivo è quello di gestire al meglio la transizione tecnologica che caratterizza l'attuale fase storica attraverso l'attuazione di tre pilastri: migliorare l'accesso online ai beni e servizi in tutta Europa per i consumatori e le imprese, attraverso l'introduzione di norme aggiornate, semplificate e uniformi sul commercio elettronico transfrontaliero; creare un contesto favorevole affinché possano svilupparsi reti e servizi digitali ad alta velocità efficienti, affidabili ed economicamente accessibili che tutelino il consumatore nei diritti fondamentali di rispetto della vita privata e di protezione dei dati personali; massimizzare i vantaggi che possono derivare dall'economia digitale, attraverso investimenti nelle infrastrutture e tecnologie (cloud

¹⁰ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali), in *G.U.U.E* L 265 del 12 ottobre 2022.

¹¹ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali), in *G.U.U.E* L 277 del 27.10.2022.

¹² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, 6 maggio 2015, COM(2015) 192 final; v. anche la successiva Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sulla revisione intermedia dell'attuazione della strategia per il mercato unico digitale, *Un mercato unico digitale connesso per tutti*, COM(2017) 228 final, disponibili sul sito www.eur-lex.europa.eu.

computing e big data)¹³. Nel febbraio del 2020, la Commissione europea ha delineato i valori che devono guidare la trasformazione digitale europea: tecnologia al servizio delle persone; economia equa e competitiva; società aperta, democratica e sostenibile¹⁴.

Sempre nell'ambito della strategia per l'Europa digitale è stata anticipata una valutazione sul ruolo delle piattaforme online, che sono le chiavi di accesso al mercato digitale e presentano potenzialità senz'altro notevoli; ciò che suscita allarme è il forte potere che alcune di esse esercitano sul mercato, relativamente all'uso delle informazioni che acquisiscono e allo squilibrio contrattuale nei rapporti con gli utenti¹⁵. Nel 2016, a seguito di un'ampia consultazione pubblica, la Commissione ha ribadito l'esigenza di un quadro normativo armonizzato a livello UE in materia di piattaforme online, in modo tale da garantire condizioni concorrenziali, maggiore trasparenza nella raccolta e trattamento dei dati, un regime di responsabilità adeguato, la correttezza nei rapporti contrattuali e il mantenimento dei mercati aperti¹⁶.

Per meglio affrontare gli interrogativi e le sfide normative che emergono nel contesto in esame è utile chiarire cosa sia una piattaforma online. Compito non facile, visti i numerosi tentativi di definizione che ancora oggi faticano a trovare un pieno consenso. La mancanza di una nozione univoca è legata anche al fatto che le piattaforme online coprono una pluralità di ambiti, tra cui pubblicità online, mercati, motori di ricerca, social media,

¹³ Commissione europea, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, COM(2015) 192 cit., 3 ss.

¹⁴ Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, 19 febbraio 2020, COM(2020) 67 final, disponibile sul sito www.eur-lex.europa.eu.

¹⁵ *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, cit., 12.

¹⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale-Opportunità e sfide per l'Europa*, COM(2016) 288 final, disponibile sul sito www.eur-lex.europa.eu.

condivisone di video, distribuzione di applicazioni, servizi di comunicazione, sistemi di pagamento e la cd. economia collaborativa¹⁷.

1.1.2. Di cosa parliamo quando facciamo riferimento a una piattaforma online?

L'OCSE ha definito la piattaforma online nei termini che seguono: “a digital service that facilitates interactions between two or more distinct but interdependent sets of users (whether firms or individuals) who interact through the service via the Internet¹⁸. Dal punto di vista della teoria economica, le piattaforme operano in contesti in cui esistono esternalità ed elevati costi di transazione, mettendo a disposizione una tecnologia in grado di sfruttare le prime in modo da facilitare l'instaurarsi di relazioni¹⁹. La summenzionata Comunicazione della Commissione europea sulle piattaforme online del 2016 non contiene alcuna definizione esplicita, ma si limita ad elencare le principali caratteristiche delle piattaforme digitali, quali: la creazione di nuovi mercati o nuove forme di attività economiche basate sulla raccolta e sul trattamento di grandi quantità di dati; la gestione delle interazioni tra gruppi di utenti che frequentano i mercati multilaterali in cui le stesse piattaforme si trovano ad operare; l'utilizzo delle tecnologie

¹⁷ B. Bloodstein, *Amazon and Platform Antitrust*, in *Fordham Law Review*, 2019, 187; OECD, *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, disponibile all'indirizzo <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>, in cui si osserva che, in assenza di una nozione univoca di piattaforma online, “Software engineers, for example, may think of a platform as a common set of technologies or interfaces that are available to a broad base of users who build things with it and on it. To them, a platform includes operating systems for computers or mobile phones, for example. Merchants, on the other hand, may think of a platform simply as a convenient forum in which products and services are bought and sold. To them, online platforms could include all of e-commerce”; G. Alpa, *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, in *Contratto e impr.*, 2022, 721.

¹⁸ OECD, *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, cit., 21.

¹⁹ D.S. Evans, R. Schmalensee, *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, in D.S. Evans (ed.) *Platform economics: essays on multi-sided businesses*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=1974020>.

dell'informazione e della comunicazione per raggiungere contemporaneamente e con più facilità i propri utenti²⁰.

Una definizione di piattaforma la si rinviene nell'ambito dell'economia collaborativa, che comprende “modelli imprenditoriali in cui le attività sono facilitate da piattaforme di collaborazione che creano un mercato aperto per l'uso temporaneo di beni o servizi spesso forniti da privati”²¹. In questo caso, la Commissione ha focalizzato l'attenzione su una particolare forma di piattaforma, quella di collaborazione, la quale mette in comunicazione i prestatori di servizi privati o professionisti e i relativi utenti. Tale nozione di piattaforma è parziale, in quanto è circoscritta alle sole transazioni che non prevedono un trasferimento di proprietà e che possono perseguire o meno uno scopo di lucro; tuttavia, anch'essa evidenzia il ruolo di intermediario delle piattaforme online. Con l'occasione, si è precisato, altresì, che le piattaforme forniscono un servizio della società dell'informazione, nella misura in cui solitamente è prestato dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale²².

Si tratta, dunque, di infrastrutture digitali (siti web o app) che facilitano la conclusione di contratti tra almeno due gruppi distinti, ma interdipendenti di utenti che altrimenti non sarebbero possibili. Tali gruppi rappresentano i molteplici versanti di cui si compone una piattaforma, spesso identificata con il sinonimo di mercato multilaterale, che agevola lo scambio di beni, servizi o informazioni, riducendo i costi transattivi e minimizzando le asimmetrie informative. In particolare, la ricerca di potenziali partner commerciali è resa più efficace, aiutando le imprese a mettere in evidenza le caratteristiche dei

²⁰ Commissione europea, *Le piattaforme online e il mercato unico digitale - Opportunità e sfide per l'Europa*, COM(2016) 288, cit., 2 ss.

²¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, *Un'agenda europea per l'economia collaborativa*, COM(2016) 356 final, disponibile sul sito www.eur-lex.europa.eu.

²²*Un'agenda europea*, cit., 6. Il riferimento è all'art. 2, lett. a), della direttiva 2000/31/CE ("direttiva sul commercio elettronico"), e all'art. 1, par. 1, lett. b), della direttiva (UE) 2015/1535.

prodotti rilevanti per i consumatori, sviluppando strumenti di ricerca capaci di setacciare gli annunci e, infine, semplificando il procedimento di pagamento²³. In aggiunta, contrariamente a quanto accade nei mercati *offline*, gli utenti consumatori hanno la possibilità di scegliere all'interno di una varietà molto più ampia di prodotti e servizi, grazie alla diversificazione dell'offerta globale.

Una caratteristica importante dei modelli imprenditoriali in esame sono gli effetti di rete, conseguenza della multilateralità, in virtù dei quali il valore di una piattaforma aumenta con l'aumentare del numero degli utenti che la utilizzano. Tali effetti possono essere diretti o indiretti. Quelli diretti si registrano sullo stesso lato della piattaforma e si possono osservare, ad esempio, nelle applicazioni di social network e di messaggistica istantanea, che sarebbero inutili per il singolo utente se fosse l'unico a utilizzarle, con la conseguenza che l'incremento del numero dei partecipanti ne attira altri. Gli effetti di rete indiretti si verificano quando gli utenti di un versante della piattaforma (venditori) traggono maggiori benefici all'accrescere del numero di utenti nell'altro versante (acquirenti). Ad esempio, un app store, che funge da intermediario tra sviluppatori di applicazioni e relativi utenti, non avrebbe nessun valore per i primi se non ci fossero potenziali utenti. Lo stesso vale per i social network, che presentano almeno due lati: il primo è costituito dagli individui che vogliono collegarsi gli uni con gli altri; il secondo è rappresentato dagli inserzionisti che pagano un corrispettivo alla piattaforma per poter mostrare annunci pubblicitari agli utenti; alcuni social network hanno anche un terzo versante formato dagli sviluppatori di app. È evidente che per gli inserzionisti la piattaforma sarà tanto più attraente quanto maggiore è il numero degli utenti che prestano attenzione agli annunci pubblicitari.

²³ FTC staff Report, *The "Sharing" Economy: Issues Facing Platforms, Participants & Regulators*, disponibile sul sito www.ftc.gov.

Tale interdipendenza tra i due versanti di una piattaforma online, comporta per la medesima uno sforzo di coordinamento non indifferente, volto a garantire un adeguato equilibrio dei livelli di partecipazione, affinché entrambi i gruppi di utenti possano trarre vantaggio dal servizio offerto. Si tratta del cd. “problema dell’uovo e della gallina”, che ogni impresa adottante il modello piattaforma si trova a dover risolvere e consiste nel cercare di raggiungere un numero sufficiente di utenti su entrambi i lati, in modo tale che si creino collegamenti economicamente utili²⁴. La presenza di effetti di rete influisce sulle strategie di prezzo adottate dalle piattaforme, le quali potrebbero non applicare alcun prezzo su un versante al fine di attirare gli utenti la cui presenza è indispensabile per la partecipazione nell’altro versante, in cui viene applicato un prezzo più alto, in modo da coprire le perdite subite nel lato gratuito. Tra le piattaforme che adottano tale strategia vi sono i motori di ricerca e i social media, in cui i ricavi pubblicitari consentono di offrire servizi gratuiti agli utenti che si trovano dall’altro lato della barricata²⁵.

Un altro modo per far ‘salire a bordo’ della piattaforma gli utenti consiste nello sfruttare le informazioni a disposizione dei relativi gestori. Invero, più sono i clienti che utilizzano il servizio offerto e più sono i dati che entrano nella disponibilità della piattaforma, la quale può sfruttare la conoscenza delle loro preferenze per migliorare il servizio. Un servizio che soddisfa i gusti e le esigenze dei consumatori, oltre a fare rimanere sulla

²⁴ D.S. Evans, *How Catalysts Ignite: The Economics of Platform-Based Start-Ups*, in D. S. Evans (ed.), *Platform economics: essays on multi-sided businesses*, disponibile in SSRN, all’indirizzo <https://ssrn.com/abstract=1974020>, secondo cui “The problem, however, is not just getting members of the two groups of economic agents to show up at the same time to create value. There have to be enough members of group A to make it valuable to members of group B to incur the costs of participating in the platform and to return to it in subsequent periods; and vice versa. [...] There have to be enough members to make it likely that economic agents will find valuable matches”; E. Hovenkamp, *Platform antitrust*, in *Journal of Corporation Law*, 2019, 713.

²⁵ OECD, *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, cit., 23.

piattaforma quelli che già la utilizzano, ne attrae di nuovi, i quali potranno fornire ulteriori dati e così via²⁶.

Grazie alla sofisticazione tecnologica le piattaforme online affrontano costi inferiori rispetto alle imprese tradizionali. Il riferimento è alle economie di scala e di scopo adottate dai nuovi mercati, che sono in grado di crescere rapidamente ed estendere la propria attività a nuovi utenti, grazie a costi variabili estremamente bassi o nulli. Invero, una volta sostenuti i costi fissi per elementi come l'hardware e lo sviluppo iniziale del software, quelli per l'elaborazione, l'archiviazione e la trasmissione dei dati risultano relativamente bassi, consentendo alle piattaforme online di rivolgersi a una vasta platea di clienti in tutto il mondo senza dover investire nuovamente in beni materiali²⁷. A tal proposito, vi è chi parla di economie di scopo *data-driven* per evidenziare come il *machine learning* e l'intelligenza artificiale abbiano incrementato il valore dei dati per le imprese, che attraverso l'elaborazione degli stessi possono espandere la loro attività in nuovi settori. Ciò ha dato vita a delle 'super piattaforme', come Amazon e Google, che da mercato online e fornitore di sistemi operativi, sono riuscite a estendere le proprie attività nei mercati adiacenti per la produzione di film (Amazon Prime Video) e di smartphone²⁸.

Un ulteriore aspetto che rileva in materia di piattaforme è quello concernente il fenomeno cd. *multi* e *single-homing*. Si assiste al *multi-homing* quando un utente si serve di più piattaforme concorrenti e al *single-homing* se l'utente ne utilizza una sola. Ad esempio, i conducenti e i passeggeri possono utilizzare alternativamente sia Uber che Lyft, mentre chi ha uno smartphone può usufruire di un solo sistema operativo, scegliendo tra iOS e Android. Il

²⁶ A. Stemler, J. E. Perry, T. Haugh, *The Code of the Platform*, in *Georgia Law Review*, 2020, 605, identificano il fenomeno con l'espressione "data network effects", in aggiunta agli "standard network effects".

²⁷ OECD, *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, cit., 23.

²⁸ G. Parker, G. Petropoulos, M. W. Van Alstyne, *Digital platforms and antitrust*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3608397>.

multi-homing si registra all'interno di un versante della piattaforma qualora gli utenti considerino le piattaforme sostituibili e a condizione che non ci siano costi di passaggio (switching costs) significativi²⁹. Generalmente, infatti, se un utente si serve di una sola piattaforma nonostante la ritenga sostituibile con altre, significa che ritiene il cambiamento costoso, in termini di difficoltà nel trasferimento degli investimenti effettuati da una piattaforma all'altra. Nell'ambito dei social network tali investimenti comprendono la creazione e la personalizzazione di un account, il caricamento di contenuti video, foto e la creazione di una comunità di amici o *followers*, con la conseguenza che, se non sono trasferibili sulla nuova piattaforma, l'utente sarà costretto a rimanere dove si trova anche a seguito di un aumento dei prezzi o diminuzione della qualità (effetto *lock-in*)³⁰. Ne deriva che in presenza di *multi-homing* su entrambi i lati si ha una maggiore concorrenza tra piattaforme, che porta a un abbassamento dei prezzi; di contro, in caso di *single-homing* su un versante e *multi-homing* sull'altro, le piattaforme tenderanno a competere per accaparrarsi il cliente meno incline a spostarsi³¹.

Secondo alcuni autori, le suddette caratteristiche interagiscono tra loro con il risultato di ridurre la concorrenza, posto che effetti di rete intensi in combinazione con economie di scala e di scopo potrebbero solidificare la posizione del primo arrivato, impedendo di fatto l'ingresso di nuovi concorrenti nel mercato. Questi ultimi, infatti, potrebbero incontrare non poche difficoltà nel raggiungere una certa base di utenti, dato che non dispongono dello stesso patrimonio informativo dell'impresa di grandi dimensioni³². Tuttavia, la dinamicità dei mercati nei quali chi vince prende tutto o quasi non consente di stare tranquilli, nella misura in cui (grazie agli

²⁹ B. Bloodstein, *Amazon and Platform Antitrust*, in *Fordham Law Review*, cit., 197; E. Hovenkamp, *Platform antitrust*, in *Journal of Corporation Law*, cit., 726 ss.

³⁰ OECD, *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, cit., 24

³¹ B. Bloodstein, *Amazon and Platform Antitrust*, cit., 197 s.

³² G. Parker, G. Petropoulos, M. W. Van Alstyne, *Digital platforms and antitrust*, cit., 6.

effetti di rete e alla natura non competitiva del dato) i nuovi operatori che offrono un servizio più innovativo ben potrebbero spazzare via quelli già consolidati³³.

1.1.3. Le diverse epifanie delle piattaforme online. Cenni

Come già accennato, le piattaforme digitali abbracciano ogni aspetto della vita quotidiana e, a seconda del servizio offerto, si possono suddividere in tre macrocategorie: piattaforme di transazione, supportate dalla pubblicità e relative ai software. Le prime creano mercato, inteso come luogo di incontro virtuale, favorendo le transazioni tra soggetti che altrimenti avrebbero qualche difficoltà a trovarsi per effettuare operazioni economiche. Vi rientrano Amazon Marketplace, Alibaba, eBay, sistemi di pagamento, ecc. Le piattaforme di transazione concorrenti sono considerate sostituibili da entrambi i gruppi di utenti. Inoltre, questo tipo di piattaforma non ha di per sé valore, ma lo acquisisce grazie alle interazioni che riesce a creare tra i due versanti.

Il modello di business delle piattaforme come Google Search, la versione gratuita di Spotify, YouTube, Facebook (Meta), ecc., si basa sulla pubblicità, dato che collegano consumatori e inserzionisti, offrendo contenuti (notizie, video, musica, foto, ecc.) ai primi e servizi pubblicitari alle imprese. A differenza delle piattaforme di transazione, queste hanno un valore intrinseco per i consumatori, i quali sono, invece, indifferenti agli inserzionisti. In tal caso, le piattaforme considerate concorrenti dagli inserzionisti differiscono da quelle ritenute tali dai consumatori, nel senso che quest'ultimi valuteranno la sostituibilità in base al tipo di contenuti presenti sulla piattaforma, mentre gli inserzionisti si concentreranno sul tipo di mercato a cui si rivolgono e sulle modalità di trasmissione degli annunci. Inoltre, si prescinde da un effettivo

³³ OECD, *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, cit., 24 s.

accordo tra il consumatore e l'inserzionista che avviene, eventualmente al di fuori della piattaforma.

Le piattaforme software o di innovazione (sistemi operativi iOS, Linux, Android, Windows, console per videogiochi Xbox e PlayStation) rappresentano dei forum tecnologici che mettono in comunicazione sviluppatori di applicazioni e relativi utenti, i quali possono utilizzare le applicazioni solo se dispongono della stessa piattaforma software impiegata per crearle. Per quanto attiene ai sistemi operativi, le piattaforme traggono i ricavi dall'acquisto del dispositivo sul quale il software è installato, mentre per gli sviluppatori il servizio è generalmente gratuito³⁴.

1.2. La disciplina europea delle piattaforme digitali

1.2.1. Dalle definizioni accademiche a quelle autoritative

La nozione di piattaforma sopra esaminata è puramente accademica, ma occorre tenere presente che, negli ultimi anni, il panorama europeo si è arricchito di una serie di definizioni autoritative proposte nell'ambito di specifici interventi normativi. In particolar modo, l'attenzione del legislatore europeo si è focalizzata sulle piattaforme mercato (*marketplace*), emerse con la diffusione dell'*e-commerce*, che ha avuto un impatto significativo sulle strategie delle imprese e sul comportamento dei consumatori. La direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico³⁵ è stata adottata quando ancora le piattaforme online non avevano la rilevanza economica e sociale che rivestono oggi. In quell'occasione, si è optato per un approccio cauto, temendo che

³⁴ B. Bloodstein, *Amazon and Platform Antitrust*, cit., 198 ss.; OECD, *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, cit., 59 ss.; D.S. Evans, R. Schmalensee, *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, cit., 5 ss.

³⁵ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), in *G.U.U.E* L 178 del 17 luglio 2000.

un'eccessiva regolamentazione potesse disincentivare l'innovazione e lo sviluppo di nuove forme di mercato. Da allora ne è passata di acqua sotto i ponti; perciò, si è reso necessario intervenire di nuovo, al fine di garantire l'adequatezza dell'assetto normativo esistente.

1.2.2. Il regolamento (UE) 2019/1150 sull'equità e trasparenza dei rapporti tra piattaforme e utenti commerciali

Il Regolamento (UE) 2019/1150, volto a promuovere l'equità e la trasparenza a tutela degli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online³⁶, ha ad oggetto, oltre ai negozi di applicazioni software e social media, proprio i servizi di intermediazione consistenti in mercati online in cui si svolge il commercio elettronico³⁷, i quali presentano tutte le caratteristiche dei servizi della società dell'informazione, così come definiti nella già menzionata direttiva (UE) 2015/1535. La disciplina in esame si applica alle piattaforme digitali che intermediano nelle relazioni *business to consumer*, con esclusione di quelle *business to business* e *consumer to consumer*, a prescindere dal fatto che le transazioni avvengano online (sul portale del fornitore del servizio di intermediazione o su quello dell'utente commerciale), in modalità offline, o non avvengano proprio. Una piattaforma mercato presenta una struttura trilaterale, che comprende un contratto di servizi tra il gestore della piattaforma e le imprese che utilizzano la piattaforma per offrire beni o servizi, un secondo contratto tra il gestore della piattaforma e gli utenti che utilizzano la piattaforma per acquistare i prodotti e, infine, un contratto di vendita a distanza (o di servizi) tra il venditore e l'acquirente finale. Il legislatore europeo ha scelto di disciplinare unicamente il rapporto contrattuale tra le

³⁶ Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, pubblicato in *G.U.U.E* L186 dell'11 luglio 2019. Per un'analisi a prima lettura del Regolamento, si veda A. Palmieri, *Profili giuridici delle piattaforme digitali. La tutela degli utenti commerciali e dei titolari di siti web aziendali*, Torino, Giappichelli, 2019.

³⁷ V. considerando n.11 del Regolamento (UE) 2019/1150.

piattaforme di intermediazione e gli utenti commerciali (P2B), dovendosi intendere per tali quei privati che agiscono nell'ambito delle loro attività commerciali o professionali o le persone giuridiche che offrono beni o servizi ai consumatori tramite, appunto, servizi di intermediazione online per fini legati alla loro attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale (art. 2 del regolamento).

La scelta di intervenire a tutela degli utenti professionali, sebbene possa risultare singolare, nella misura in cui siamo abituati a un quadro normativo europeo improntato alla protezione del consumatore quale contraente debole, è legata alla dipendenza economica e contrattuale degli utenti commerciali rispetto ai fornitori di servizi di intermediazione online, che si registra principalmente nell'ambito di piattaforme che collegano imprese e consumatori³⁸. Si assiste a un ripensamento delle categorie da proteggere, causata dalla riduzione della distanza tra gli utenti che si servono della piattaforma per fini professionali e gli utenti che la utilizzano per ragioni di consumo: entrambi deboli rispetto alla controparte piattaforma, che fa da regolatore privato dell'accesso alla stessa e delle modalità di interazione fra gli utenti. Ed invero, la crescita delle operazioni economiche tramite piattaforme online, insieme a forti effetti di rete indiretti alimentati dai dati, ha comportato un incremento del potere contrattuale degli intermediari online. Il Regolamento si propone di impedire che detto squilibrio si traduca in una imposizione agli utenti commerciali di condizioni contrattuali inique, suscettibili di danneggiare indirettamente anche i consumatori. Tra le varie pratiche potenzialmente sleali prese in considerazione dalla disciplina in esame, rileva la modifica ingiustificata e senza previa comunicazione dei termini e delle condizioni d'uso del servizio reso agli utenti commerciali; l'eliminazione dei beni e servizi offerti dagli utenti commerciali sulla piattaforma online e la sospensione dell'account degli stessi senza una chiara

³⁸ V. i considerando nn. 2, 3 e 12 del Regolamento (UE) 2019/1150.

motivazione; la mancanza di trasparenza riguardo al posizionamento dei beni e servizi offerti dalle imprese sulla piattaforma, nonché all'accesso ai dati raccolti dai gestori delle piattaforme, ecc.

Analogamente, gli utenti che si servono di siti web aziendali per offrire i propri prodotti o servizi ai consumatori possono essere destinatari di condotte pregiudizievoli da parte dei fornitori di motori di ricerca online, pur in assenza di un rapporto contrattuale tra loro. La classificazione dei siti web da parte dei fornitori di motori di ricerca online, infatti, ha un impatto notevole sulle scelte dei consumatori, determinando il successo commerciale dei professionisti che utilizzano tali siti web per raggiungere la clientela.

Dunque, al fine di garantire “un ecosistema online competitivo, equo e trasparente, in cui le imprese agiscono in modo responsabile”³⁹, sono state introdotte una serie di obblighi di trasparenza a cui il fornitore di servizi di intermediazione online deve conformarsi in sede di predisposizione unilaterale delle clausole disciplinanti il rapporto con gli utenti commerciali. Senza pretesa di esaustività, ai sensi dell'art. 3 del regolamento, i termini e le condizioni d'uso delle piattaforme online devono essere redatti con un linguaggio semplice e comprensibile, oltre a dover essere facilmente reperibili dagli utenti commerciali in qualsiasi fase del rapporto contrattuale, a pena di nullità. È prescritta, peraltro, la comunicazione su supporto durevole delle modifiche agli stessi, che non sono applicabili prima del decorso di un termine di preavviso di minimo 15 giorni dalla notifica agli utenti commerciali, fatto salvo il diritto di quest'ultimi di risolvere il contratto. Eventuali decisioni di sospendere, limitare o cessare l'erogazione del servizio devono essere motivate e comunicate sempre su un supporto durevole, in modo da dare la possibilità agli utenti commerciali, ove possibile, di rimediare (art. 4).

³⁹ Considerando n. 3 del Regolamento (UE) 2019/1150.

Tenuto conto dell'importanza che riveste per gli utenti commerciali e i titolari di siti web aziendali la classificazione dei prodotti, servizi e siti web risultante all'esito di una ricerca su motori di ricerca, l'art. 5 impone agli intermediari online e ai fornitori di motori di ricerca di divulgare i principali parametri che determinano il posizionamento e la rilevanza di un parametro rispetto ad altri, anche qualora tale parametro consista nel corrispettivo versato da un utente commerciale o da un utente titolare di un sito web aziendale.

A seconda di come è impostata la piattaforma, possono coesistere nella medesima l'attività di intermediazione e quella di vendita di beni e servizi propri direttamente ai clienti. In questi casi si parla di piattaforme ibride o verticalmente integrate, che non si limitano ad agevolare l'acquisto dei prodotti dei venditori terzi, ma diventano parte del contratto di vendita online con gli utenti acquirenti. Come si può facilmente intuire, ciò potrebbe essere foriero di una concorrenza sleale da parte del fornitore di servizi di intermediazione online, il quale potrebbe riservare alle proprie offerte vantaggi economici o tecnici negati agli utenti commerciali concorrenti, che si servono della sua piattaforma di intermediazione. Lo stesso può dirsi dei fornitori di motori di ricerca, in relazione ai beni o servizi offerti ai consumatori in concorrenza con gli utenti titolari di siti web. In tali casi e qualora il gestore della piattaforma limiti la possibilità per gli utenti commerciali di offrire i propri prodotti a condizioni più favorevoli su un'altra piattaforma o sul proprio sito web, è previsto l'obbligo di indicare nel regolamento contrattuale le ragioni di ordine economico o giuridico alla base di tale limitazione e dell'eventuale trattamento differenziato riservato ai propri beni e servizi rispetto a quelli offerti dagli utenti commerciali concorrenti (artt. 7 e 10).

Infine, per quanto qui di interesse, l'art. 9 disciplina gli obblighi informativi relativi all'accesso ai dati, stabilendo che gli utenti commerciali devono essere portati a conoscenza della condivisione con terze parti dei dati

forniti dagli stessi durante l'utilizzo del servizio di intermediazione online, soprattutto quando tale condivisione non è necessaria per il corretto funzionamento dei servizi di intermediazione; della portata, natura e condizioni dell'accesso da parte del fornitore dei servizi di intermediazione e/o degli utenti commerciali ai dati personali o ad altri dati generati durante la fornitura del servizio di intermediazione; della possibilità di cedere i dati a soggetti terzi e della finalità di tale cessione. Il tutto, si ammette, nell'ottica di favorire lo sviluppo di sistemi aperti, caratterizzati dalla condivisione dei dati, sempre nel rispetto della normativa sul trattamento dei dati personali delle persone fisiche⁴⁰.

L'intervento normativo in commento rappresenta senz'altro un apprezzabile primo passo verso la creazione del mercato unico digitale, ma resta ancora molto da fare in tale direzione. In letteratura, c'è chi ritiene il rimedio della trasparenza uno strumento idoneo a contribuire allo sviluppo dell'economia delle piattaforme digitali, messo a rischio dalla mancanza di fiducia degli utenti professionali⁴¹. Tuttavia, non mancano le critiche, alcune delle quali investono l'estensione del controllo di contenuto delle clausole standard ai rapporti B2B (nella variante P2B), mediante una mera imitazione di regole pensate per la tutela consumeristica, fondata su presupposti diversi⁴². Addirittura, si osserva che, in realtà, le misure di trasparenza imposte dal legislatore europeo anziché risolvere lo squilibrio di potere nelle relazioni tra il gestore della piattaforma e gli utenti commerciali, finiscono per legittimarlo a tutto vantaggio delle grandi piattaforme verticalmente integrate, giacché gli stessi gestori dei *marketplace* che predispongono le condizioni d'uso del servizio sono ammessi a offrire direttamente beni e servizi agli utenti acquirenti, con conseguente concentrazione sugli stessi di entrambi i ruoli di

⁴⁰ V. considerando n. 35 del Regolamento (UE) 2019/1150.

⁴¹ C. Cavaceppi, *La tutela dei consumatori delle piattaforme digitali*, in A. Contaldo (a cura di), *Le piattaforme digitali. Profili giuridici e tecnologici nel nuovo ecosistema*, Pisa, Pacini Giuridica, 2021, 157-180.

⁴² R. Pardolesi, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, in *Diritto pubblico*, 2021, 941.

arbitro e giocatore. A ciò si aggiunge la circostanza che l'unico strumento a disposizione degli utenti commerciali per opporsi alle decisioni adottate unilateralmente dagli intermediari online è il diritto di risolvere il contratto, con tutto quel che ne consegue in termini di emarginazione dal mercato, nonché la mancata indicazione degli standard per l'interoperabilità delle piattaforme, che impedisce la portabilità dei dati e, conseguentemente, l'utilizzo di altre piattaforme da parte degli utenti⁴³.

1.2.3. Il regolamento (UE) 2022/720 sulle intese verticali

Alcuni dei suddetti punti di debolezza trovano in parte un correttivo nel Regolamento (UE) 2022/720 relativo all'applicazione dell'art. 101, comma 3, del TFUE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate (conosciuto anche con l'acronimo inglese VBER, Vertical Block Exemption Regulation)⁴⁴. Il nuovo regolamento di esenzione per categoria, accompagnato dagli Orientamenti sulle restrizioni verticali⁴⁵, offre una disciplina aggiornata delineando finalmente il regime delle vendite su internet, del tutto assente nella precedente normativa⁴⁶.

⁴³ G. D'Agostino, *Le piattaforme digitali come nuove forme di mercato. Alcune considerazioni in merito ai profili economico-giuridici alla luce del processo normativo in UE*, in L. Ammannati et al. (a cura di), *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali. La regolamentazione dei mercati in trasformazione*, Torino, Giappichelli, 2021, 82-136. Secondo E. Battelli, *Questioni aperte in materia di contrattazione nelle piattaforme online*, in *Contratti*, 2022, 563, la disparità di potere tra la piattaforma digitale e gli utenti commerciali permane se si pensa "al diritto di modificare unilateralmente il contratto, al quale si accompagna, usualmente, una presunzione di accettazione derivante dall'uso continuativo della piattaforma". Inoltre, l'inefficacia del rimedio della trasparenza emerge anche dal fatto che, nonostante la semplicità del linguaggio utilizzato e la facilità con cui il regolamento contrattuale è reperibile dall'utente commerciale, quest'ultimo è costretto ad approvarlo senza neanche leggerlo per esigenze di celerità, rendendo inutile il consenso inteso come strumento di tutela.

⁴⁴ Regolamento (UE) 2022/720 della Commissione, del 10 maggio 2022, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, pubblicato in *G.U.U.E* L134 dell'11 maggio 2022.

⁴⁵ Commissione europea, *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, (2022/C 248/01), in *G.U.U.E* C 248 del 30 giugno 2022.

⁴⁶ Regolamento (UE) 330/2010 della Commissione del 20 aprile 2010, relativo all'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in *G.U.U.E* L 102 del 23 aprile 2010. La Commissione

Le intese verticali, in sintonia con la tradizione dell'antitrust europeo, sono definite come accordi tra due o più imprese operanti a livelli diversi della catena di produzione o di distribuzione, che riguardano le condizioni alle quali le parti possono acquistare, vendere o rivendere determinati beni o servizi (art.1, comma 1, lett. *a*) del regolamento).

Com'è noto, l'art. 101, comma 1, TFUE vieta gli accordi tra imprese che limitano la concorrenza. Tale divieto, tuttavia, non si applica agli accordi che soddisfano le condizioni dell'articolo 101, comma 3, del Trattato, ossia laddove l'accordo fornisca vantaggi sufficienti per compensare i suoi effetti anticoncorrenziali. Il VBER prevede un'esenzione dal divieto di cui all'art. 101, comma 1, TFUE per gli accordi verticali che soddisfano determinate condizioni, creando in tal modo una zona di sicurezza per gli stessi. Tale trattamento di favore è legato al fatto che le intese verticali sono ritenute meno pregiudizievoli rispetto a quelle orizzontali tra imprese concorrenti. Ciò è dovuto alla natura complementare delle attività delle parti di un accordo verticale, che normalmente implica che le azioni favorevoli alla concorrenza di una delle parti dell'accordo avvantaggino anche la controparte e, in definitiva, i consumatori. Peraltro, una forte concorrenza tra marchi (ossia la concorrenza tra i distributori di beni o servizi di fornitori diversi) è in grado di neutralizzare gli effetti negativi per i consumatori conseguenti a una riduzione della concorrenza all'interno del marchio (ossia la concorrenza tra i distributori di beni o servizi dello stesso fornitore)⁴⁷.

Tuttavia, le restrizioni contenute negli accordi verticali sono suscettibili di produrre effetti anticoncorrenziali se realizzate da imprese aventi potere di mercato. Pertanto, un accordo verticale potrà beneficiare dell'esenzione di cui all'art. 2, comma 1 del VBER, soltanto qualora le rispettive quote di mercato

si era occupata delle vendite online soltanto negli *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, in *G.U.U.E.* C 130 del 19 maggio 2010.

⁴⁷ Commissione europea, *Orientamenti sulle restrizioni verticali*, (2022/C 248/01), cit., punti 10 e 21.

del fornitore e dell'acquirente non superino la soglia della quota di mercato del 30 % di cui all'art. 3 e a condizione che il detto accordo non includa né restrizioni fondamentali ai sensi dell'art. 4, né restrizioni escluse ai sensi dell'art. 5 che non possano essere separate dal resto dell'accordo. Laddove dovessero mancare tali condizioni sarà necessario procedere alla valutazione, caso per caso, della liceità dell'intesa, non operando alcun automatismo⁴⁸. Fanno eccezione le restrizioni fondamentali, per le quali vale la presunzione d'incompatibilità con l'art. 101, comma 1, TFUE, fatta salva la possibilità per le imprese interessate di dimostrare l'esistenza di effetti favorevoli alla concorrenza ai sensi dell'articolo 101, comma 3, del Trattato⁴⁹.

Come sopra accennato, il nuovo VBER regola anche gli accordi verticali nell'economia delle piattaforme online, cioè quelli relativi alla fornitura di servizi di intermediazione online alle imprese che offrono beni o servizi ad altre imprese o ai consumatori finali. Più nel dettaglio, sono escluse dall'ambito di applicazione della zona di sicurezza alcune ipotesi di doppia distribuzione, una situazione in cui un fornitore vende i suoi beni o servizi tramite distributori indipendenti ma anche direttamente ai clienti finali. Ai sensi dell'art. 2, comma 6, del regolamento, infatti, l'esenzione per categoria non si applica agli accordi relativi alla prestazione di servizi di intermediazione online se il fornitore dei servizi è un'impresa concorrente sul mercato rilevante per la vendita di beni o servizi oggetto di intermediazione (piattaforme con funzione ibrida), con conseguente valutazione individuale degli stessi ai sensi dell'art. 101 del TFUE. Si è avuto modo di chiarire come ciò sia dovuto al fatto che tali fornitori possono avere interesse a favorire le proprie vendite, influenzando l'esito della concorrenza tra le imprese che si avvalgono delle loro piattaforme di intermediazione⁵⁰.

⁴⁸ Orientamenti, (2022/C 248/01), cit., punto 48.

⁴⁹ Orientamenti, (2022/C 248/01), cit., punti 179-181.

⁵⁰ Orientamenti, (2022/C 248/01), cit., punto 105.

Non godono dell'esenzione per categoria neppure gli obblighi di parità nella vendita al dettaglio tra piattaforme imposti dall'impresa che fornisce i servizi di intermediazione online (mercati online o servizi di confronto dei prezzi) agli acquirenti di tali servizi (art. 5, comma 1, lett. *d*). Tali obblighi impongono ai venditori di beni o servizi agli utenti finali tramite piattaforma di intermediazione di applicare alla medesima condizioni uguali o migliori rispetto a quelle offerte su altre piattaforme. Tali condizioni possono riferirsi a prezzi, scorte, disponibilità o altro. L'esclusione dall'esenzione per categoria opera a prescindere dal superamento delle soglie della quota di mercato ed è limitata all'obbligo specifico, purché sia separabile dal resto dall'accordo verticale, che continua a beneficiare dell'esenzione⁵¹.

Questa tipologia di obblighi di parità è maggiormente suscettibile di produrre effetti anticoncorrenziali rispetto a quelli relativi ai canali di vendita diretta del venditore, come il suo sito web. Infatti, oltre a facilitare la collusione tra i fornitori di servizi di intermediazione online, qualora il fornitore che impone l'obbligo goda di una posizione dominante, i venditori che ne utilizzano la piattaforma potrebbero essere costretti a offrire al suo interno condizioni almeno altrettanto buone quanto quelle offerte sulle piattaforme concorrenti, a prescindere dall'aumento del prezzo o dalla diminuzione della qualità dei servizi del fornitore. Per non parlare degli effetti di esclusione dal mercato dei nuovi o piccoli fornitori di servizi di intermediazione online, che non possono differenziarsi, offrendo prezzi e servizi alternativi agli acquirenti e agli utenti finali. Non a caso, tra gli elementi di cui si dovrà tenere conto ai fini della valutazione degli effetti sulla concorrenza dello specifico obbligo di parità preso in considerazione vi è la posizione di mercato del fornitore di servizi di intermediazione online che impone l'obbligo e dei suoi concorrenti; il numero delle piattaforme di intermediazione concorrenti utilizzato dai venditori e dagli utenti finali; l'esistenza di barriere all'ingresso sul mercato

⁵¹ Orientamenti, (2022/C 248/01), cit., punto 246.

rilevante per la fornitura di servizi di intermediazione online; la rilevanza dei canali di vendita diretta delle imprese che si servono di servizi di intermediazione online ai fini della possibilità di rimuovere i loro prodotti dalle piattaforme che impongono obblighi di parità senza grossi conseguenze⁵².

A seguito di un lungo e complesso processo evolutivo a livello della giurisprudenza europea, innescato dallo sviluppo del commercio online, le restrizioni imposte dall'impresa che fornisce i servizi di intermediazione online agli acquirenti di tali servizi relativamente al prezzo, ai territori o ai clienti ai quali o nei quali i beni o servizi oggetto dell'intermediazione possono essere venduti, ivi comprese restrizioni relative alla pubblicità e alla vendita online, sono considerate restrizioni fondamentali ai sensi dell'art. 4 del regolamento. Per quanto concerne il prezzo, sono esclusi dal beneficio dell'esenzione per categoria gli accordi verticali con cui il fornitore di servizi di intermediazione online impone un prezzo di vendita fisso o minimo per una transazione da esso agevolata (art. 4, lett. *a*) del regolamento), mentre è ammesso l'uso di prezzi di rivendita raccomandati o massimi purché la quota di mercato di ciascuna delle parti dell'accordo non superi la soglia del 30 %.

Il commercio elettronico, se da un lato è foriero di notevoli vantaggi (tra cui l'incremento della trasparenza e conseguente riduzione dei prezzi, l'aumento della varietà di prodotti a disposizione del consumatore, l'ampliamento dei mercati geografici), dall'altro può favorire condotte di parassitismo (*free-riding*), quali l'utilizzo da parte dei consumatori dei servizi di prevendita dei negozi fisici prima di acquistare il prodotto online, oppure la ricerca di informazioni sui prodotti online prima di acquistarli offline. È stato rilevato che un aumento della concorrenza sui prezzi incide negativamente su quella relativa a fattori diversi, come la qualità, il marchio, l'innovazione. Tutto ciò ha portato a un maggiore controllo sulle reti di distribuzione da parte dei

⁵² Orientamenti, (2022/C 248/01), cit., punto 360 e 361.

produttori, i quali, al fine di garantire adeguati livelli di qualità, sono ricorsi ad accordi contenenti restrizioni della concorrenza⁵³. Nel silenzio del legislatore europeo, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha dovuto fare i conti con restrizioni relative alle vendite online e all'uso dei mercati online concordate nei sistemi di distribuzione selettiva.

Com'è noto, un produttore può organizzare la distribuzione dei suoi beni o servizi ricorrendo, ad esempio, a sistemi di distribuzione esclusiva, selettiva o libera. La distribuzione selettiva consente al fornitore un rigido controllo sui propri distributori, sia con riferimento ai soggetti cui affidare la distribuzione, che alle modalità di presentazione del prodotto sul mercato. In un sistema di distribuzione selettiva, come definito nell'art. 1, par. 1, lett. *g*), del regolamento, il fornitore vende i beni o servizi oggetto del contratto solo a distributori selezionati sulla base di criteri specificati, i quali si impegnano a non vendere tali beni o servizi a distributori non autorizzati. La distribuzione selettiva puramente qualitativa non ricade nel divieto di cui all'art. 101, n. 1, TFUE, qualora siano soddisfatte determinate condizioni stabilite dalla giurisprudenza europea nelle sentenze *Metro* (i cd. criteri *Metro*)⁵⁴: la scelta dei rivenditori deve avvenire secondo criteri oggettivi d'indole qualitativa, stabiliti indistintamente per tutti i rivenditori potenziali e applicati in modo non discriminatorio; le caratteristiche del prodotto di cui trattasi devono richiedere, al fine di conservarne la qualità e garantirne l'uso corretto, una rete di distribuzione selettiva; i criteri definiti non devono andare oltre il necessario. A prescindere dal fatto che soddisfino i criteri *Metro*, gli accordi di distribuzione selettiva possono beneficiare dell'esenzione per categoria, a condizione che le quote di mercato del fornitore e dell'acquirente non superino il 30 % e che l'accordo non contenga restrizioni fondamentali.

⁵³ Commissione europea, *Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, COM(2017) 229 final, disponibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf.

⁵⁴ Corte giust. 25 ottobre 1977, causa C-26/76; 22 ottobre 1986, causa C-75/84.

Tornando alla giurisprudenza europea che ha ispirato la nuova disciplina sulle esenzioni per categoria delle intese verticali, nel caso *Pierre Fabre*⁵⁵ la Corte di giustizia ebbe a statuire che il divieto imposto ai partecipanti ad un sistema di distribuzione selettiva di vendere su internet i prodotti oggetto del contratto (nel caso di specie, prodotti cosmetici e di igiene personale) costituisce, in assenza di un'oggettiva giustificazione, una restrizione della concorrenza per oggetto ai sensi dell'articolo 101, comma 1 del TFUE. Nello specifico, si è ritenuto che l'obbligo della presenza fisica e permanente nel punto vendita di una persona specificamente qualificata, imposto ai distributori autorizzati si risolve di fatto nel divieto di vendere i prodotti online, restrittivo della concorrenza, in quanto elimina una modalità di commercializzazione che non richiede lo spostamento fisico del cliente e limita le possibilità per il distributore di vendere i prodotti contrattuali al di fuori del territorio a lui assegnato in contratto. Inoltre, la corte ha escluso che la necessità di fornire una consulenza personalizzata alla clientela e l'esigenza di preservare l'immagine di prestigio dei prodotti potessero rappresentare degli obiettivi legittimi.

Ad avviso dei giudici di Lussemburgo, un simile accordo di distribuzione selettiva non può nemmeno beneficiare dell'esenzione per categoria di cui al previgente Regolamento 2790/1999⁵⁶. L'attenzione della corte si è focalizzata, sull'art. 4 lett. c) del suddetto regolamento, il quale escludeva dall'esenzione per categoria gli accordi di distribuzione selettiva che hanno ad oggetto la restrizione delle vendite attive e passive agli utenti finali da parte dei distributori autorizzati operanti nel commercio al dettaglio, salva

⁵⁵ Corte giust. 13 ottobre 2011, causa C-439/09, *Foro it.*, 2012, IV, 414 con nota di M. Casoria, *Distribuzione selettiva e vendite via Internet: l'imprimatur della Corte di Giustizia (con qualche cautela)*; V.C. Romano, *Vendite online nei networks di distribuzione selettiva: il caso «pierre fabre»*

in *Mercato, concorrenza, regole*, 2012, 143.

⁵⁶ Regolamento (CE) n. 2790/1999 della Commissione, del 22 dicembre 1999, relativo all'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in *G.U.U.E* n. L 336 del 29 dicembre 1999.

la possibilità di proibire a tale distributore lo svolgimento della sua attività in un luogo di stabilimento non autorizzato. Sebbene il divieto di vendita online rientri tra le restrizioni delle vendite passive agli utenti finali, l'eccezione è stata ritenuta inapplicabile, in quanto l'espressione "luogo di stabilimento" si riferisce ai soli punti vendita nei quali si praticano vendite dirette e non comprende i servizi forniti via Internet.

Senonché, la pronuncia *Pierre Fabre* rischiava di aprire la via ad una possibile illiceità antitrust di una rete selettiva focalizzata esclusivamente sull'immagine e il prestigio del prodotto. Le incertezze in materia erano destinate ad aumentare se si pensa che, da un lato, i produttori non potevano optare per un divieto assoluto delle vendite online e dall'altro, i rivenditori autorizzati dovevano rispettare determinati criteri qualitativi richiesti dal produttore. Qualche anno più tardi la Corte di giustizia, nel caso *Coty Germany*⁵⁷, ha elaborato una soluzione intermedia, consentendo ai rivenditori autorizzati di effettuare vendite tramite internet attraverso i propri negozi online e rispettare così i criteri qualitativi definiti dal produttore e, allo stesso tempo, fissando un divieto di utilizzo di piattaforme di terzi riconoscibili dai consumatori.

Alla base della controversia tra Coty Germany, principale fornitore di prodotti cosmetici di lusso in Germania e Parfümerie Akzente, rivenditore autorizzato di tali prodotti, c'era il rifiuto del distributore di accettare una modifica delle condizioni contrattuali che vietava di servirsi di imprese terze (come amazon.de) per la vendita online. Innanzitutto, la corte approfitta per sgombrare il campo dall'equivoco sorto a seguito della vicenda *Pierre Fabre*, ribadendo che un sistema di distribuzione selettiva di prodotti di lusso

⁵⁷ Corte giust. 6 dicembre 2017, causa C-230/16, *Foro it.*, 2018, IV, 1, con nota di R. Pardolesi, *Distribuzione selettiva e commercio in Internet*; v. altresì G. Colangelo, V. Torti, *Selective Distribution and Online Marketplace Restrictions under Eu Competitive Rules after Coty Prestige*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3119129>; M. Casoria, R. Pardolesi, *La Corte di Giustizia e il (re)wind della distribuzione selettiva nella rete. Il caso Coty Germany*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2018, 75; M. A. Andreoletti, F. La Rocca, *Considerazioni generali in tema di distribuzione selettiva*, in *Riv. dir. ind.*, 2018, 314.

finalizzato a salvaguardarne l'immagine di lusso è conforme all'art.101, comma 1, TFUE, purché siano rispettati i criteri *Metro*. Nella fattispecie, tali condizioni sono risultate soddisfatte, posto che il divieto imposto ai distributori autorizzati di servirsi in maniera riconoscibile di piattaforme terze per la vendita online di prodotti di lusso serve a conservarne la qualità e l'immagine di lusso, garantendo allo stesso tempo che i prodotti siano esclusivamente associati ai distributori autorizzati. In tal modo, peraltro, il fornitore ha la possibilità di controllare le condizioni (qualitative) di vendita dei suoi prodotti. Infine, il divieto risulta proporzionato allo scopo, nella misura in cui non si tratta di un divieto assoluto di vendere su internet i prodotti oggetto del contratto, ma soltanto tramite piattaforme terze che operano in modo riconoscibile nei confronti dei consumatori. Di conseguenza, i distributori autorizzati restano liberi di vendere i beni online sia mediante propri siti internet, sia tramite piattaforme terze non autorizzate il cui intervento non sia riconoscibile dal consumatore.

La Corte ha poi stabilito che il divieto di vendere online tramite piattaforme terze, imposto ai membri di un sistema di distribuzione selettiva di beni di lusso, non costituisce una restrizione della clientela ai sensi dell'articolo 4, lettera *b)* del Regolamento 330/2010, né una restrizione delle vendite passive agli utenti finali ai sensi dell'articolo 4, lettera *c)* del medesimo regolamento, qualora ai distributori autorizzati sia consentito di fare pubblicità online su piattaforme terze e di utilizzare motori di ricerca online, in modo tale che i clienti siano in grado di trovare la loro offerta online.

L'insieme dei principi giurisprudenziali elaborati in materia di distribuzione selettiva è confluito, in particolar modo, nell'art. 4 lett. *e)* del nuovo VBER, che esclude espressamente dall'esenzione per categoria le restrizioni delle vendite online e della pubblicità online. In virtù di tale norma, rappresenta una restrizione *hardcore* l'accordo verticale che, direttamente o indirettamente, mira a impedire all'acquirente o ai suoi clienti di utilizzare efficacemente internet al fine di vendere i beni o servizi oggetto del contratto

in territori o a clienti particolari. Stando alle indicazioni che la Commissione offre sulla valutazione della disposizione in esame, l'uso efficace di internet non sussiste qualora l'acquirente non sia libero di utilizzare il proprio negozio online o uno o più interi canali pubblicitari online, quali motori di ricerca o servizi di comparazione dei prezzi⁵⁸.

A differenza dei mercati online, i servizi di confronto dei prezzi di solito non offrono funzionalità di vendita e di acquisto, ma si limitano a reindirizzare i clienti al negozio online del dettagliante, consentendo l'avvio di una transazione diretta tra gli stessi al di fuori del servizio di confronto dei prezzi. I fornitori possono limitare l'uso di tali servizi per proteggere l'immagine del marchio o ridurre i fenomeni di contraffazione, ma non a tal punto da impedire all'acquirente di utilizzare un intero canale pubblicitario online. In altre parole, il divieto di utilizzare particolari canali di vendita online (quali le piattaforme online), nonché quello di avvalersi di determinati servizi di confronto dei prezzi o motori di ricerca possono, in linea di principio, beneficiare dell'esenzione per categoria, se il rivenditore continua a disporre di altri canali di vendita e pubblicità online per far conoscere la sua offerta su internet⁵⁹.

Un ulteriore aspetto inedito consiste nella rimozione dalle restrizioni fondamentali della doppia tariffazione, ossia dell'obbligo per il distributore di pagare un prezzo all'ingrosso diverso per i prodotti venduti online rispetto a quelli venduti offline, purché la differenza di prezzo sia dovuta ai diversi costi sostenuti per la vendita in ciascun canale e non si risolva in un divieto di vendita online⁶⁰.

Ferma restando la sua portata innovativa, non ci resta che attendere l'attuazione della disciplina di nuovo conio per comprenderne l'effettivo impatto in un contesto in continua evoluzione.

⁵⁸ Commissione europea, Orientamenti sulle restrizioni verticali, (2022/C 248/01), cit., par. 203.

⁵⁹ Orientamenti, (2022/C 248/01), cit., punti 344-347.

⁶⁰ Orientamenti, (2022/C 248/01), cit., punto 209.

1.2.4. La regolamentazione *ad hoc* delle piattaforme online di grandi dimensioni nel Digital Markets Act

Nel caso in cui i suddetti interventi dovessero risultare alquanto timidi rispetto all'obiettivo di contenimento del potere economico e contrattuale concentrato nelle mani di poche imprese di grandi dimensioni, con i già menzionati regolamenti sui mercati e servizi digitali il legislatore europeo ha provveduto a introdurre una disciplina più incisiva a completamento della strategia del mercato unico digitale.

Con particolare riferimento alla disciplina sui mercati digitali, è convinzione prevalente che il diritto della concorrenza, improntato a una tutela *ex post*, non sia in grado di stare al passo con la dinamicità dei mercati digitali, spesso giungendo troppo tardi o con rimedi insufficienti⁶¹. L'analisi antitrust è per sua natura lunga e complessa, in quanto richiede l'accertamento di una posizione dominante e di un danno concorrenziale, a seguito della definizione del mercato rilevante. I confini dei mercati online non sono chiari, nella misura in cui occorre tener conto della pluralità dei loro versanti, e qualora i servizi siano offerti gratuitamente, i consueti test per misurare il potere di mercato non funzionano. È evidente, infatti, che un'eventuale modifica del prezzo non può più fungere da parametro per misurare il benessere del consumatore, semplicemente perché non si verifica alcuna variazione del prezzo che rimane pari a zero⁶². Peraltro, in presenza di imprese che forniscono servizi digitali, la posizione dominante potrebbe non sussistere

⁶¹ Per una posizione critica sull'asserita inadeguatezza della disciplina della concorrenza v. C. Osti, *Il digital markets act: tra regolazione e concorrenza*, in G. Caggiano *et al.*, (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, Cacucci editore, 2021, 123-142, secondo il quale, se da una parte, nulla impedisce di rendere il diritto della concorrenza più efficace, dall'altra, anche la regolazione *ex ante* non è esente da lacune.

⁶² G. Parker, G. Petropoulos, M.W. Van Alstyne, *Digital platforms and antitrust*, cit., 4; OECD, *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, cit., 36 ss. Per approfondimenti sul ruolo della definizione di mercato rilevante negli ecosistemi digitali si veda V. H. S. E Robertson, *Competition Law's Innovation Factor: The Relevant Market in Dynamic Contexts in the EU and the US*, Hart Publishing, 2020.

in termini tradizionali, con la conseguenza che le condotte abusive nella *digital economy* potrebbero sfuggire alle maglie del controllo antitrust⁶³.

Tali problematiche insieme all'esigenza di armonizzazione legislativa hanno indotto il legislatore europeo a dettare un regime specifico applicabile *ex ante* per i cd. *gatekeepers* (ossia quelle piattaforme online di grandi dimensioni che controllano l'accesso nei mercati digitali) con l'introduzione del Digital Markets Act (regolamento n. 1925/2022). Le nozioni di contendibilità ed equità dei mercati digitali non sono espressamente definite nell'art. 2 del regolamento, lasciando non poche ambiguità nella interpretazione delle regole applicabili alle piattaforme *gatekeepers*. Stando ai chiarimenti contenuti nella parte introduttiva del regolamento, la contendibilità attiene alle barriere all'ingresso o all'uscita del mercato, che effetti di rete, forti economie di scala e vantaggi derivanti dai dati non fanno altro che innalzare, rendendo impossibile per gli operatori più piccoli e nuovi contestare la posizione dei *gatekeepers*. L'equità è riferita al superiore potere contrattuale che consente alle grandi piattaforme di adottare pratiche sleali e condizioni inique a discapito sia degli utenti commerciali che di quelli finali⁶⁴. In realtà, un'analisi più attenta del regolamento consente di ritenere che l'accento è posto sull'equità nei rapporti con gli utenti commerciali. Nell'ambito dei negozi di applicazioni software, ad esempio, si afferma che "Le condizioni tariffarie o altre condizioni generali di accesso dovrebbero essere considerate inique se determinano uno squilibrio dei diritti e degli obblighi imposti agli utenti commerciali o se conferiscono un vantaggio al *gatekeeper* che risulta sproporzionato rispetto al servizio fornito dal *gatekeeper* agli utenti commerciali o se determinano uno svantaggio per gli utenti commerciali nella fornitura degli stessi servizi o di servizi analoghi a quelli del *gatekeeper*"⁶⁵.

⁶³ Considerando n. 5 del regolamento sui mercati digitali.

⁶⁴ Considerando nn. 3, 4, 32 e 33 del regolamento sui mercati digitali.

⁶⁵ Considerando n. 62 del regolamento sui mercati digitali.

A molti commentatori sfugge la dichiarata diversità degli obiettivi perseguiti dal regolamento rispetto al diritto della concorrenza⁶⁶, nella misura in cui affermare che le pratiche sleali e la mancanza di contendibilità determinano conseguenze negative in termini di prezzi più bassi, qualità inferiore, minore scelta e innovazione nel settore digitale, non è cosa diversa dal ritenere di essere in presenza di una concorrenza falsata ex artt. 101 e 102 del TFUE⁶⁷. Una conferma dell'esistenza di obiettivi comuni proviene dalla circostanza che le regole di condotta che compongono il regolamento sui mercati digitali sono ricollegabili a recenti casi antitrust condotti dalla Commissione europea o dalle autorità nazionali, alcuni dei quali sono ancora in corso e verranno esaminati nelle pagine seguenti⁶⁸.

Ai sensi dell'art. 2 del regolamento in esame, è definito *gatekeeper* un'impresa che fornisce almeno uno dei seguenti servizi di piattaforma di base: servizi di intermediazione online; motori di ricerca online; servizi di social network online; servizi di piattaforma per la condivisione di video; servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero; sistemi operativi; browser web; assistenti virtuali; servizi di cloud computing; servizi pubblicitari online erogati da un fornitore di uno degli altri servizi elencati. Si tratta di un elenco aperto, che insieme a quello dei *gatekeepers*, dovrà essere aggiornato periodicamente dalla Commissione alla luce degli sviluppi tecnologici (art. 4, comma 3).

Per essere designata *gatekeeper*, occorre altresì che l'impresa soddisfi tre criteri qualitativi generali: 1) abbia un impatto significativo sul mercato

⁶⁶ Considerando 11 del regolamento sui mercati digitali.

⁶⁷ Considerando 4 del regolamento sui mercati digitali.

⁶⁸ A. Manganelli, *Il regolamento EU per i mercati digitali: ratio, criticità e prospettive di evoluzione*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2021, 473; M. Eifert, A. Metzger, H. Schweitzer, G. Wagner, *Taming the giants: The DMA/DSA package*, in *Common Market Law Review*, 2021, 987; M. W. Monterossi, *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contratto e impresa*, 2021, 920; A. Renda, *Can the EU Digital Markets Act achieve its goals?*, in *The Digital Revolution and the New Social Contract series*, Center for the Governance of Change, IE University, 2022, 1; P. Bergkamp, *The Proposed EU Digital Markets Act: A New Era for the Digital Economy in Europe*, in *European Company Law Journal*, 2021, 152.

interno; 2) fornisca un servizio di piattaforma di base che rappresenta un punto di accesso importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; 3) goda di una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o è prevedibile che godrà presto di una tale posizione (art. 3). Dopodiché entrano in gioco alcune presunzioni, in base alle quali la prima condizione è soddisfatta se l'impresa interessata raggiunge un fatturato annuo nell'Unione pari o superiore a 7,5 miliardi di euro in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari, o se la sua capitalizzazione di mercato media o il suo valore equo di mercato equivalente è risultato almeno pari a 75 miliardi di euro nell'ultimo esercizio finanziario, nonché se essa fornisce il servizio di piattaforma di base in almeno tre Stati membri. Il secondo requisito si presume sussistente qualora l'impresa fornisca un servizio di piattaforma di base che, nell'ultimo esercizio finanziario, presenta almeno 45 milioni di utenti finali attivi su base mensile, stabiliti o situati nell'Unione, e almeno 10 mila utenti commerciali attivi su base annua stabiliti nell'Unione. Infine, si è in presenza di una posizione radicata e durevole se le dette soglie di utenti finali e commerciali sono state raggiunte in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari (art.3, comma 2).

La qualifica di *gatekeeper* è attribuita dalla Commissione a seguito di notifica da parte del fornitore di servizi di piattaforma di base che ritiene di aver raggiunto tutte le soglie quantitative, oppure d'ufficio sulla base delle informazioni a sua disposizione (art.3, comma 3). In questo procedimento automatizzato uno spiraglio di flessibilità è individuabile nella parte in cui si riconosce all'impresa la possibilità di dimostrare, in sede di notifica, che nonostante il possesso dei requisiti quantitativi essa non soddisfa i criteri qualitativi. In tal caso, la Commissione, a seguito di un'indagine di mercato che rivela l'infondatezza delle argomentazioni addotte dall'impresa, provvede a designarla come *gatekeeper* ai sensi dell'art. 17, comma 3. In alternativa, la Commissione può identificare come *gatekeeper* un'impresa che soddisfa i parametri qualitativi, ma non quelli quantitativi (art. 3, comma 8).

A seguito della designazione e nel termine successivo di sei mesi il *gatekeeper* è tenuto all'adempimento di una serie di obblighi, volti ad assicurare un mercato aperto anche alle imprese dotate di dimensioni e potere di mercato ridotto. Tali obblighi e divieti si suddividono in due liste, contenute rispettivamente negli articoli 5 e 6, a seconda che siano direttamente applicabili o che richiedano per la loro attuazione ulteriori precisazioni mediante un dialogo con la Commissione. Al riguardo, l'art 8, comma 2 prevede che qualora le iniziative adottate dal *gatekeeper* non dovessero garantire l'effettiva osservanza degli obblighi di cui all'art. 6, la Commissione può specificare le misure che devono essere attuate. Un altro elemento di flessibilità è rappresentato dalla possibilità per la Commissione di aggiornare gli obblighi regolamentari attraverso analisi di mercato, inserendo nuove pratiche abusive o rimuovendo quelle obsolete, (art. 19).

Il legislatore europeo riconosce il ruolo centrale dei dati nella formazione di una posizione dominante, tant'è che l'art. 5 vieta la combinazione dei dati personali generati sul servizio di piattaforma di base con quelli provenienti da qualsiasi altro servizio offerto dal *gatekeeper* o da terzi, nonché il trattamento per fini pubblicitari dei dati personali degli utenti finali che utilizzano servizi di terzi che si avvalgono della piattaforma del *gatekeeper*, a meno che sia stata presentata all'utente finale la scelta specifica e quest'ultimo abbia prestato il proprio consenso ai sensi del GDPR. Tale approccio non è esente da critiche, che si concentrano perlopiù sull'inadeguatezza del consenso come fondamento della legittima combinazione dei dati degli utenti provenienti da fonti diverse. Si ritiene che l'effettività del rimedio venga meno se si fa dipendere dalle scelte del singolo utente e poi lo scopo del regolamento sui mercati digitali va oltre la tutela dei dati personali degli individui, già oggetto del GDPR. Una condizione più idonea a cui subordinare la combinazione dei dati potrebbe essere l'art. 6, comma 1, lett. b) del GDPR, in virtù del quale il trattamento dei dati personali è lecito quando si rende necessario per l'esecuzione di un contratto di cui l'utente

finale è parte e l'utilizzo dei dati al solo fine di profilare gli utenti e personalizzare il servizio reso non rientrerebbe nel concetto di adempimento della prestazione contrattuale⁶⁹.

La disposizione prosegue con il divieto per i *gatekeepers* di utilizzare clausole di parità cd. ampie, con conseguente libertà degli utenti commerciali di offrire gli stessi prodotti o servizi agli utenti finali attraverso servizi di intermediazione online di terzi o attraverso il proprio canale di vendita diretta online a prezzi o condizioni diversi da quelli offerti attraverso i servizi di intermediazione online del *gatekeeper* (art.5, comma 3).

Un'ampia serie di obblighi mira a prevenire pratiche leganti che potrebbero essere attuate dalle grandi imprese digitali, come l'obbligo di consentire agli utenti commerciali di promuovere offerte agli utenti finali acquisiti attraverso il servizio di piattaforma di base e di stipulare contratti con tali utenti finali, a prescindere dal fatto che a tal fine essi si avvalgano o meno dei servizi di piattaforma di base del *gatekeeper* (art. 5, comma 4); ancora, il *gatekeeper* deve astenersi dal subordinare l'utilizzo da parte degli utenti commerciali o finali di uno dei suoi servizi di piattaforma di base elencato nella decisione di designazione o che raggiunge le soglie di cui all'art. 3, comma 2, lett. b) all'abbonamento o all'iscrizione a qualsiasi altro servizio di piattaforma di base (art.5, comma 8). Infine, pur non essendo la trasparenza obiettivo principale del regolamento, i *gatekeepers* sono tenuti a rispettare alcuni obblighi di trasparenza sui prezzi dei servizi pubblicitari nei confronti di inserzionisti e editori, al fine di rendere competitivi anche i mercati della pubblicità online (art. 5, comma 9 e 10).

Veniamo ora agli obblighi di cui all'art. 6 del regolamento, riconducibili essenzialmente alle piattaforme online che svolgono un duplice ruolo di impresa che fornisce servizi di piattaforma di base agli utenti commerciali e al

⁶⁹ I. Graef, *Why End-User Consent Cannot Keep Markets Contestable*, in H. Richter et al. (eds.), *To Break Up or Regulate Big Tech? Avenues to Constrain Private Power in the DSA/DMA Package*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3932809>.

contempo loro concorrente nella fornitura di servizi o prodotti analoghi agli utenti finali. In tali circostanze, il *gatekeeper* può trarre vantaggio dalla sua funzione ibrida e migliorare la propria offerta di servizi o prodotti, usando i dati generati o forniti dagli utenti commerciali e dai loro utenti finali nello svolgimento delle proprie attività attraverso i servizi di piattaforma del *gatekeeper* (come il numero di vendite effettuate attraverso la piattaforma, i ricavi generati dagli utenti commerciali, i dati relative ai servizi di consegna e spedizione, ecc.). Per impedire ciò è vietato ai *gatekeepers* di utilizzare dati aggregati o no, che potrebbero includere dati anonimizzati e personali non accessibili al pubblico, per offrire servizi analoghi a quelli dei loro utenti commerciali (art. 6, comma 2).

Sono oggetto di divieto anche le pratiche di *self-preferencing*, attuate dai *gatekeepers* integrati verticalmente, i quali devono astenersi dal riservare un trattamento più favorevole in termini di posizionamento, indicizzazione (memorizzazione e organizzazione dei contenuti) e *crawling* (processo di scoperta di contenuti nuovi e aggiornati) ai propri servizi e prodotti rispetto a quelli analoghi di terzi. Affinché tale obbligo sia efficace, le condizioni applicate al posizionamento devono essere eque e trasparenti (art. 6, comma 5). L'art. 2 offre una nozione ampia di posizionamento che contempla tutte le forme di rilevanza relativa attribuita ai beni o ai servizi offerti mediante i servizi di intermediazione online, compresi visualizzazione, valutazione, collegamenti o risultati vocali. Per assicurare l'efficacia e l'ineludibilità dell'obbligo in questione è opportuno applicarlo a qualsiasi misura che abbia un effetto equivalente al trattamento differenziato o preferenziale ai fini del posizionamento (art. 13, comma 6). L'attuazione di tutto ciò è agevolata anche dalle prescrizioni contenute nell'art. 5 del regolamento (UE) 2019/1150.

In questo insieme eterogeneo di obblighi non mancano disposizioni dirette a garantire l'effettiva interoperabilità con lo stesso sistema operativo e le stesse componenti hardware o software utilizzati dal *gatekeeper* per la fornitura dei servizi di piattaforma di base (art. 6, comma 7). Prescrizioni più

precise sono dettate per quanto riguarda l'interoperabilità dei servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero (quali WhatsApp, Skype, Gmail) offerti dal *gatekeeper* con quelli forniti da altri (art. 7). La contendibilità della posizione di mercato delle grandi piattaforme digitali passa necessariamente dall'effettiva portabilità dei dati generati dall'utente commerciale e finale nel contesto dell'utilizzo del servizio di piattaforma di base, che il *gatekeeper* deve assicurare e agevolare, fornendo un accesso gratuito, continuo e in tempo reale a tali dati. Quanto ai dati personali, il *gatekeeper* ne fornisce l'accesso a condizione che si tratti di dati generati dall'utente finale in relazione ai prodotti o servizi offerti dall'utente commerciale che ne fa richiesta e sussista il consenso dell'utente finale (art. 6, comma 9 e 10). Tuttavia, se da una parte l'obbligo di portabilità dei dati e il divieto di utilizzo dei dati non accessibili al pubblico in concorrenza con gli utenti commerciali determinano un contesto di informazione comune, dall'altra, il mancato allineamento con il regolamento n. 2019/1150 potrebbe portare al risultato indesiderato di rendere maggiormente attraenti le grandi piattaforme, percepite come più sicure delle altre, in quanto soggette a numerosi doveri e vincoli normativi⁷⁰.

Per i negozi di applicazioni software, motori di ricerca online e servizi di social network online elencati nella decisione di designazione, i *gatekeeper* devono pubblicare e applicare condizioni generali di accesso eque, ragionevoli e non discriminatorie, la cui verifica spetta alla Commissione (art. 6, comma 12). Sparsi per il regolamento ci si imbatte in ulteriori obblighi, come quello di comunicare alla Commissione qualsiasi progetto di concentrazione che coinvolge un *gatekeeper* a prescindere dal fatto che l'operazione sia notificabile ai sensi del regolamento (CE) n. 139/2004 o delle norme nazionali sulle concentrazioni; entro sei mesi dalla sua designazione come *gatekeeper*

⁷⁰ G. D'Agostino, *Le piattaforme digitali come nuove forme di mercato. Alcune considerazioni in merito ai profili economico-giuridici alla luce del processo normativo*, cit., 131 s.

l'impresa è tenuta a presentare alla Commissione una descrizione sottoposta a audit indipendente delle tecniche di profilazione dei consumatori applicate ai suoi servizi di piattaforma di base, la quale viene poi trasmessa al comitato europeo per la protezione dei dati (art. 15).

In caso di violazione dei suddetti obblighi e divieti sono previste sanzioni fino al 10% del fatturato totale realizzato a livello mondiale nel corso del precedente esercizio finanziario o al 20% in caso di recidiva (art. 30). Per le inosservanze sistematiche è disposto addirittura il rimedio strutturale del divieto, per un periodo limitato, di avviare una concentrazione riguardante i servizi di piattaforma di base o gli altri servizi forniti nel settore digitale, purché tale rimedio sia proporzionato e necessario al fine di mantenere o ripristinare l'equità e la contendibilità (art. 18).

Da più parti si evidenzia che l'aver scelto come obiettivo quello della contendibilità presuppone una sorta di presa d'atto della tendenza alla concentrazione dei mercati digitali. Per comprendere meglio, si osserva che la concorrenza nel mercato tra piattaforme concorrenti è destinata a durare poco a causa di forti effetti di rete ed economie di scala, nel senso che si giunge inevitabilmente alla prevalenza di pochissime imprese o di una sola che controlla l'intero mercato. In questo caso, la concorrenza si trasforma in competizione per il mercato, in cui l'unico scopo è quello di prendere il posto dell'operatore dominante. Il legislatore europeo sembra aver rinunciato alla concorrenza all'interno del mercato per promuovere quella per il mercato, stimolando la partecipazione e la crescita di nuovi operatori, che non essendo soggetti agli obblighi previsti per i *gatekeepers*, possono rafforzare la loro posizione nel mercato⁷¹.

Tuttavia, promuovere la concorrenza per il mercato attraverso una regolamentazione *ex ante*, può risultare molto difficile e costoso per i

⁷¹ M. Polo, A. Sassano, *Dma: Digital Markets Act o Digital Markets Armistice?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2021, 501.

consumatori. Innanzitutto, per riuscire nel suo intento la regolazione richiede sforzi di attuazione non indifferenti, dato che i nuovi concorrenti sono per definizione piccoli e le tendenze tecnologiche sono imprevedibili. Inoltre, è difficile prevedere il momento esatto in cui si verificherà lo shock tecnologico o della domanda che porta alla sconfitta dell'*incumbent*. Anche qualora si superino tali ostacoli, è probabile che i consumatori sopportino costi di passaggio significativi a ogni sconfitta di monopolisti⁷². Per questi motivi è preferibile che qualsiasi regolamentazione dei mercati digitali si concentri sul rafforzamento della competizione all'interno del mercato.

Tralasciando le perplessità che la disciplina sui mercati digitali fa sorgere relativamente alla concentrazione dell'*enforcement* in capo alla Commissione europea, l'unica preposta alla sua attuazione ex art. 38, nonché al complesso e poco chiaro rapporto della medesima con le norme in materia di concorrenza⁷³, c'è il rischio che un approccio così rigido, finalizzato ad assicurare la tempestività dell'intervento nel mercato attuale, si riveli incapace di adattarsi ai suoi mutamenti, esigendo continui adeguamenti. Ciò che non convince è questa sorta di modello unico, applicabile a tutte le grandi piattaforme senza tener conto della diversità dei loro modelli di business. A poco rileva il coordinamento tra la Commissione e i *gatekeepers*, previsto in merito agli obblighi che richiedono ulteriori specificazioni, visto che non sono chiare le modalità con cui esso avrà luogo⁷⁴.

⁷² J. Crémer, G. S. Crawford, D. Dinielli, A. Fletcher, P. Heidhues, M. Schnitzer, F. M. Scott Morton, K. Seim, *Fairness and contestability in the Digital Markets Act*, disponibile all'indirizzo, <https://som.yale.edu/centers/thurman-arnold-project-at-yale/digital-platforms-and-antitrust>.

⁷³ Per un approfondimento di tali aspetti si rinvia a V. Falce, N. M. F. Faraone, *Mercati digitali e DMA: note minime in tema di enforcement*, in *Il diritto industriale*, 2022, 5; G. Contaldi, *Diritto antitrust e mercati digitali*, in M. Proto *et al.*, (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persone, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, Giuffrè, 2022, 393-413; V. Falce e N. Faraone, *Digital Markets Act: profili istituzionali* e C. Schepisi, *Digital Markets Act e private enforcement*, entrambi in G. Caggiano *et al.*, (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, cit., 143-167.

⁷⁴ M. Polo, A. Sassano, *Dma: Digital Markets Act o Digital Markets Armistice?*, cit., 513 s.; A. Manganelli, *Il regolamento EU per i mercati digitali: ratio, criticità e prospettive di evoluzione*, cit., 486 ss.

1.2.5. Cenni al Digital Services Act

Il regolamento sui servizi digitali si propone di disciplinare ulteriori aspetti legati all'attività delle piattaforme online, a tal fine definite come servizi di memorizzazione di informazioni (cd. *hosting*) che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizzano e diffondono informazioni al pubblico (art. 3). La normativa sui servizi digitali persegue il diverso scopo di garantire un ambiente online sicuro, in cui siano rispettati i diritti fondamentali degli utenti contro la diffusione di contenuti illegali (vendita di merci contraffatte o pericolose, discorsi d'odio, materiali pedopornografici ecc.) e la disinformazione⁷⁵. In tale occasione, il legislatore europeo, pur conservando il principio dell'esonero da responsabilità dei fornitori di servizi digitali di cui alla direttiva sul commercio elettronico, introduce una serie di nuovi obblighi di rimozione e moderazione dei contenuti online, ma con la particolarità che l'intensità di detti doveri di diligenza è graduata in base alle dimensioni economiche del prestatore di servizi intermediari. Di conseguenza, risultano più restrittivi e penetranti gli obblighi imposti alle piattaforme e ai motori di ricerca online di grandi dimensioni, ovvero quelli che hanno in media 45 milioni di utenti attivi al mese nell'Unione e che sono stati designati come tali dalla Commissione (art. 33). In questo sistema di obblighi asimmetrici su misura, spicca il dovere delle piattaforme e i motori di ricerca di grandi dimensioni di prevenire qualsiasi abuso dei loro sistemi adottando interventi basati sul rischio e sottoponendo le proprie attività di gestione del rischio ad audit indipendenti (artt. 35 e 37)⁷⁶.

⁷⁵ Considerando n. 9 del regolamento sui servizi digitali.

⁷⁶ Già nella fase di proposta l'intervento normativo in materia di servizi digitali ha suscitato un grande dibattito nella letteratura giuridica. Per un'analisi più dettagliata del regolamento si possono consultare fra i tanti C. Cauffman, C. Goanta, *A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2021, 758; A. Savin, *The EU Digital Services Act: Toward a More Responsible Internet*, in *Journal of Internet Law*, 2021, 14; H. Richter, et al. (eds.), *To Break Up or Regulate Big Tech? Avenues to Constrain Private Power in the DSA/DMA Package*, cit., 10-69 e 97-110; M. Eifert, A. Metzger, H. Schweitzer, G. Wagner, *Taming the giants: The DMA/DSA package*, cit., 987 ss.; S. Marchiafava, *La disciplina europea del settore digitale in itinere: le proposte*, in A. Contaldo (a cura di), *Le piattaforme digitali*.

Ciò che rileva ai nostri fini è che la definizione di piattaforme di grandi dimensioni ai sensi del regolamento sui servizi digitali è molto più ampia di quella del regolamento sui mercati digitali e potrebbe comprendere anche soggetti non qualificabili come *gatekeepers*. Di conseguenza, si registra una frizione tra le due normative che potrebbe vanificare l'obiettivo di mantenimento dei mercati digitali aperti, attribuito al regolamento sui mercati digitali, ma non anche a quello sui servizi digitali. È probabile, infatti, che le nuove imprese raggiungano prima le soglie di cui alla disciplina sui servizi digitali e siano sottoposte a una serie di vincoli ivi previsti che ne rallenterebbero la crescita, a beneficio degli operatori dominanti⁷⁷.

1.2.6. Qualcosa si muove anche negli Stati Uniti?

Volgendo lo sguardo oltreoceano si può notare che qualcosa comincia a muoversi anche negli Stati Uniti. A partire dal 2019, il Congresso ha avviato un'indagine a tutto campo sulle pratiche dei giganti dell'era digitale, che si è conclusa 16 mesi dopo con la redazione di un corposo rapporto⁷⁸, seguito da un pacchetto bipartisan di ben 5 proposte di legge volte a rallentare la corsa delle grandi piattaforme online, regolamentandone l'attività in chiave antitrust⁷⁹. Il disegno di legge più simile al regolamento europeo sui mercati digitali è quello volto a adottare l'*American Choice and Innovation Online Act*, che del primo condivide l'impostazione e l'intento di fondo, consistente nel

Profili giuridici e tecnologici nel nuovo ecosistema, cit., 240-271; G. Caggiano *et al.*, (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, cit., 3-96.

⁷⁷ O. Andriychuk, *Shaping the New Modality of the Digital Markets: The Impact of the DSA/DMA Proposals on Inter-Platform Competition*, in *World Competition*, 2021, 261.

⁷⁸ V. Comunicato stampa della House Committee on the Judiciary del 6 ottobre 2020, *Judiciary Antitrust Subcommittee Investigation Reveals Digital Economy Highly Concentrated, Impacted By Monopoly Power*, disponibile all'indirizzo <https://judiciary.house.gov/news/documentsingle.aspx?DocumentID=3429>.

⁷⁹ Si tratta dell'*American Choice and Innovation Online Act* (H.R.3816); *Ending Platform Monopolies Act* (H.R.3825); *Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act or the ACCESS Act* (H.R.3849); *Platform Competition and Opportunity Act* (H.R.3826); *Merger Filing Fee Modernization Act* (H.R.3843). Il testo delle proposte è consultabile sul sito del Congresso americano www.congress.gov.

limitare la capacità delle piattaforme dominanti di restringere la concorrenza, estendendo il loro potere in nuovi mercati e impedendo ad altre imprese più piccole di entrare o competere in modo equo, a scapito degli utenti commerciali e consumatori finali. Anche la proposta di legge statunitense ambisce a costruire un regime certo e facile da attuare, fissando criteri quantitativi per la designazione delle imprese soggette a una pluralità di obblighi chiari e corredati di sanzioni severe in caso di violazione.

La vigilanza sulla corretta applicazione della normativa spetta alla Federal Trade Commission o al Department of Justice, che designano come “covered platform” l’impresa che raggiunge almeno 50 milioni di utenti attivi al mese negli Stati Uniti, oppure almeno 100 mila utenti commerciali attivi al mese con sede negli Stati Uniti; con vendite annue nette o una capitalizzazione di mercato superiore a 600 miliardi di dollari al momento della designazione da parte della FTC o del DOJ, o in uno qualsiasi dei due anni precedenti, oppure in qualsiasi momento nei 2 anni precedenti la presentazione di un ricorso per presunta violazione della presente legge; è un partner commerciale fondamentale per la vendita o la fornitura di qualsiasi prodotto o servizio offerto sulla piattaforma online o ad essa direttamente collegato.

Tra i comportamenti vietati troviamo quello di privilegiare i propri prodotti sulla piattaforma, escludere o discriminare i prodotti concorrenti o utenti con caratteristiche simili. Una piattaforma online non può nemmeno limitare o impedire la capacità di un utente commerciale concorrente di interoperare con il suo sistema operativo (con le funzionalità hardware o software). È vietato, altresì, l’uso da parte della piattaforma di dati non pubblici ottenuti o generati sulla medesima, nonché la limitazione dell’accesso ai dati della piattaforma generati dall’attività di un utente commerciale concorrente. Infine, sono previste ulteriori restrizioni relative all’installazione o alla disinstallazione di software, alle funzionalità di ricerca o di classificazione.

A differenziare i due interventi è, innanzitutto, il maggior ruolo riconosciuto alle corti nel sistema statunitense, le uniche a decidere se applicare o meno sanzioni alle piattaforme online citate in giudizio dalla FTC o il DOJ. Inoltre, il disegno di legge americano contempla la possibilità per l'impresa di allegare giustificazioni di efficienza alla propria condotta, quali l'assenza di danno alla concorrenza, il necessario rispetto di una legge federale o statale, la protezione della privacy degli utenti o altri dati non pubblici. In caso di mancato rispetto dei suddetti obblighi sono previste non solo sanzioni pecuniarie molto elevate (il 15% del totale dei ricavi nell'anno solare precedente, oppure il 30% delle entrate nei settori di attività interessati dalla condotta illecita durante il periodo in cui è posta in essere), ma anche rimedi strutturali, la cui attivazione non richiede necessariamente un'inosservanza sistematica, ma semplicemente un "conflict of interest", che si ha quando la piattaforma svolge una finzione ibrida e conserva un trattamento migliore ai propri prodotti e servizi rispetto a quelli di un'impresa concorrente attuale o potenziale⁸⁰. L'*Ending Platform Monopolies Act* dispone, persino, che qualora un'impresa sia designata come *covered platform*, non potrà più utilizzare la propria piattaforma per offrire beni e servizi, né subordinare l'accesso alla piattaforma all'acquisto dei suoi prodotti o servizi da parte degli utenti commerciali come condizione per ottenere uno status privilegiato o il posizionamento di un prodotto o di un servizio dell'utente commerciale sulla piattaforma. Ad esempio, ad Amazon potrebbe essere proibito di mettere in vendita sulla relativa piattaforma prodotti o servizi a marchio privato (ad esempio, Amazon Essentials, Amazon Basics, ecc.), qualora venisse designata come piattaforma online di grandi dimensioni.

⁸⁰ M. Schnitzer, J. Crémer, D. Dinielli, A. Fletcher, P. Heidhues, F. M. Scott Morton, K. Seim, *International Coherence in Digital Platform Regulation: An Economic Perspective on the US and EU Proposals*, disponibile all'indirizzo <https://som.yale.edu/centers/thurman-arnold-project-at-yale/digital-platforms-and-antitrust>.

Obblighi specifici in tema di portabilità dei dati e di interoperabilità sono contenuti nell'*Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching Act* (ACCESS Act), il quale impone alle grandi piattaforme online di facilitare il passaggio da una piattaforma all'altra dei consumatori e delle imprese. In particolare, le piattaforme devono mantenere una serie di interfacce trasparenti e accessibili a terzi (comprese le interfacce di programmazione delle applicazioni) al fine di consentire il trasferimento dei dati a un utente finale o, con il consenso di questo, a un utente commerciale in modo sicuro. Dal canto suo, il ricevente deve adottare misure idonee a evitare rischi per la sicurezza dei dati o per i sistemi informativi della *covered platform*. Una volta designata la piattaforma, la FTC ha il compito di emanare standard di interoperabilità specifici per la medesima, facendosi assistere da un comitato tecnico appositamente istituito.

1.3. Criticità del *business model* di Amazon

1.3.1. L'indagine della Commissione europea su Amazon, tra uso dei dati non pubblici dei venditori terzi e *self-preferencing* come nuova ipotesi di abuso di posizione dominante

Negli anni precedenti l'adozione della legge sui mercati digitali, la condotta di *self-preferencing*, consistente nella strategia con cui un'impresa dominante fa leva sulla propria egemonia in un mercato per favorire i propri prodotti nel mercato collegato⁸¹, ha fatto capolino nel contesto delle piattaforme di *e-commerce*, dei motori di ricerca e dei negozi di applicazioni mobili. Un divieto di *self-preferencing* sembra essere stato introdotto per la prima volta dalla Commissione nel caso *Google Search (Shopping)*⁸², sulla cui

⁸¹ Tale definizione si trova in OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, disponibile all'indirizzo www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf.

⁸² Commissione europea, decisione del 27 giugno 2017, caso AT.39740.

scia sono state contestate ad Amazon pratiche volte a favorire le proprie attività di vendita al dettaglio, garantendo loro l'accesso a informazioni che altri concorrenti non hanno e attribuendo ai propri prodotti maggiore visibilità. Invero, ricoprire il duplice ruolo di gestore della piattaforma mercato e di venditore sulla medesima consente al colosso dell'*e-commerce* di accedere ai dati raccolti sulle attività di vendita dei venditori indipendenti, ivi compresi i dati aziendali non pubblici, ponendoli in una situazione di svantaggio competitivo.

Al fine di stabilire se tale pratica potesse configurare una violazione della disciplina della concorrenza, il 17 luglio 2019, la Commissione europea ha avviato un'indagine formale nei confronti di Amazon, cui faceva seguito, il 10 novembre 2020, una comunicazione di addebiti da cui si evince che la società statunitense non dovrebbe basare le proprie strategie di vendita al dettaglio sui dati commerciali riferibili ai venditori terzi, poiché ciò pregiudicherebbe la concorrenza leale sulla piattaforma e ostacolerebbe una concorrenza effettiva⁸³. Più precisamente, l'abuso di posizione dominante deriverebbe dal fatto che l'utilizzo dei dati non pubblici dei venditori della piattaforma consente ad Amazon di evitare i normali rischi inerenti agli investimenti e al lancio di nuovi prodotti e di rafforzare la sua egemonia nel mercato dei servizi di *marketplace* in Francia e Germania, i maggiori mercati di Amazon nell'UE.

Parallelamente, la Commissione ha avviato una seconda indagine antitrust sulla funzione *Buy Box* di Amazon, che mostra in evidenza l'offerta di un singolo venditore, consentendo di acquistare rapidamente i prodotti

⁸³ Commissione europea, 17 luglio 2019, caso AT.40462. V. altresì i Comunicati stampa della Commissione europea del 17 luglio 2019, *Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon*, disponibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291 e del 10 novembre 2020, *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices*, disponibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077.

clickando sul pulsante di acquisto, e sul programma *Prime*, che permette ai venditori terzi di vendere ai clienti che vi aderiscono a determinate condizioni⁸⁴. È evidente che vincere il *Buy Box*, cioè essere scelti come offerta che compare in primo piano, così come raggiungere i consumatori nell'ambito del programma di fidelizzazione *Prime* è fondamentale per il successo commerciale dei venditori del *marketplace*, in quanto il numero degli utenti *Prime*, che generano più vendite su Amazon rispetto agli utenti che non aderiscono a tale programma di fidelizzazione, è in continua crescita. In particolare, la Commissione ha rilevato che i criteri stabiliti da Amazon ai fini della selezione dell'aggiudicatario della *Buy Box* e dell'ammissibilità dei venditori al programma *Prime* comportano un trattamento preferenziale per le proprie attività di vendita al dettaglio o per i venditori che utilizzano i servizi logistici e di consegna della medesima società (Logistica di Amazon o *Fulfillment by Amazon*), a scapito degli altri venditori del mercato, dei vettori indipendenti e dei consumatori che potrebbero non visualizzare le offerte migliori.

In data 14 luglio 2022, Amazon ha avanzato una proposta di accordo ai sensi dell'art. 9 del Regolamento n. 1/2003, comprensiva di una serie di impegni che la società si obbliga a rispettare al fine di risolvere le criticità riscontrate dalla Commissione⁸⁵. Per quanto riguarda i dati dei venditori terzi, Amazon si impegna a non utilizzare dati non pubblici relativi alle attività dei venditori indipendenti sulla propria piattaforma per le proprie attività di vendita al dettaglio in concorrenza con tali venditori. L'impegno copre sia i dati individuali che quelli aggregati, come le condizioni di vendita, i ricavi, le spedizioni, le informazioni relative all'inventario, i dati sulle visite dei consumatori o le prestazioni del venditore sulla piattaforma. Tali dati sono

⁸⁴ Commissione europea, 10 novembre 2020, caso AT.40703.

⁸⁵ La proposta di accordo di Amazon è disponibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202229/AT_40703_8414012_1177_3.pdf.

inutilizzabili sia attraverso sistemi automatizzati di Amazon che tramite i suoi dipendenti e non solo in caso di vendita di beni recanti il proprio marchio commerciale, ma anche di prodotti di altri marchi.

In relazione a *Buy Box* e *Prime*, Amazon si impegna ad applicare condizioni e criteri non discriminatori al fine di selezionare l'offerta mostrata nella *Buy Box*; mostrare almeno un'altra offerta concorrente a fianco dell'offerta evidenziata, qualora essa sia disponibile e diversa dalla prima in termini di prezzo e/o tempi di consegna. Tali offerte dovranno presentare le stesse informazioni descrittive, in modo da consentire al consumatore di acquistare in condizioni di assoluta parità; stabilire condizioni e criteri non discriminatori per l'ammissibilità al programma *Prime* dei venditori terzi e delle loro offerte; consentire ai venditori *Prime* di scegliere liberamente i vettori e di negoziare con essi il prezzo e le altre condizioni contrattuali; non utilizzare alcun dato relativo alle condizioni o alle prestazioni di vettori terzi per finalità legate alle operazioni logistiche proprie di Amazon.

I comunicati stampa e le decisioni della Commissione non lasciano trapelare molti dettagli che possano aiutare a individuare quale teoria di danno sarà adottata, se ne sarà adottata una, posto che, a seguito della conclusione della fase delle consultazioni, avviata al fine di consentire alle parti interessate di presentare le proprie osservazioni in merito agli impegni proposti da Amazon⁸⁶, l'autorità europea potrebbe rendere vincolanti i detti impegni senza continuare le indagini. Questo non ha impedito agli studiosi di ipotizzare i possibili test giuridici applicabili alle pratiche poste in essere da Amazon, al fine di dimostrarne l'abusività ai sensi dell'art. 102 del TFUE.

Se per le pratiche relative alla funzione *Buy Box* e *Prime* gli effetti anticoncorrenziali sono più facilmente intuibili, per quanto attiene l'uso dei

⁸⁶ V. Comunicato stampa della Commissione europea del 14 luglio 2022, *Antitrust: Commission seeks feedback on commitments offered by Amazon concerning marketplace seller data and access to Buy Box and Prime*, disponibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_4522.

dati non pubblici dei venditori terzi, la Commissione dovrà esaminare in che modo Amazon sfrutta il suo vantaggio in termini di dati derivante dalla sua posizione dominante nel mercato a monte (Amazon Marketplace) per espandersi nel mercato a valle della vendita al dettaglio. In dottrina si osserva che la pratica in questione è idonea a escludere i concorrenti dal mercato, in quanto, grazie all'accesso alle informazioni dei venditori indipendenti, Amazon può conoscere le tendenze del mercato, il numero delle vendite, le caratteristiche dei prodotti, le recensioni dei consumatori per poi imitare i prodotti più popolari, offrendoli con il proprio marchio e a un prezzo più basso. Il tutto è agevolato dall'adozione di un modello di business basato sull'economia di scala e sull'integrazione verticale. A ciò si aggiunge il fatto che Amazon è in grado di riservare ai propri prodotti maggiore visibilità sulla piattaforma, indispensabile per attirare i potenziali acquirenti⁸⁷.

Passare a un'altra piattaforma non è una valida alternativa per i venditori concorrenti, perché la reputazione che essi si sono costruiti attraverso le recensioni dei loro clienti non può essere trasferita sulla nuova piattaforma e si sa che i consumatori sono meno disposti ad acquistare beni privi di *feedback* altrui. La dipendenza economica dei venditori terzi impedisce loro di abbandonare la piattaforma, fondamentale per raggiungere un maggior numero di consumatori e incrementare i ricavi. Di conseguenza, bloccati nell'ecosistema della piattaforma, i venditori sono costretti ad abbassare i prezzi per poter rimanere sul mercato, andando incontro a una perdita dei profitti o, nel peggiore dei casi, alla fuoriuscita dal mercato⁸⁸.

Sebbene a prima vista la strategia di Amazon possa rivelarsi vantaggiosa per i consumatori, in termini di prezzi più bassi, nel medio e lungo

⁸⁷ I. Malobecka-Szwast, *Using Competitors' Data – a Role for Competition Law? Some Thoughts on the Amazon Marketplace Case*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2021, 7.

⁸⁸ V. M. K. Reverdin, *Abuse of Dominance in Digital Markets: Can Amazon's Collection and Use of Third-Party Sellers' Data Constitute an Abuse of a Dominant Position Under the Legal Standards Developed by the European Courts for Article 102 TFEU?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, 181.

periodo la stessa potrebbe incidere negativamente sull'innovazione, nonché sul benessere dei consumatori che si vedrebbero ridurre drasticamente le opzioni di scelta. Inoltre, i consumatori verrebbero privati di un'autentica possibilità di scelta tra ciò che è realmente meglio per loro e ciò che Amazon mostra loro come opzione migliore⁸⁹. La Commissione potrebbe giungere così alla conclusione che tutto ciò si discosta nettamente da una concorrenza basata sui meriti.

Le cose si complicano nel momento in cui si tratta di qualificare la fattispecie abusiva, perché presenta peculiarità tali da non rientrare in nessuna delle categorie di abuso tradizionali. Ad esempio, il comportamento di Amazon difficilmente si può ricondurre al rifiuto abusivo di contrarre inteso come rifiuto di fornire l'accesso ai dati raccolti dai venditori concorrenti. Ciò in quanto non si tratta di negare l'accesso a un *input* o infrastruttura indispensabile, quale il *marketplace*, in quanto i concorrenti avrebbero delle alternative, anche se economicamente meno profittevoli. A parte il fatto che i venditori terzi possono acquistare i dati da dei *brokers*, l'indisponibilità delle informazioni in possesso di Amazon non impedisce la vendita dei propri prodotti sulla medesima piattaforma o su un'altra. Di conseguenza, la posizione di svantaggio competitivo in cui si trovano i venditori terzi non è sufficiente a ritenere i dati indispensabili alla luce della giurisprudenza *Bronner*⁹⁰. Peraltro, viene evidenziata l'irrilevanza dei dati non pubblici dei venditori terzi per quanto riguarda l'imitazione dei loro prodotti da parte di Amazon, nella misura in cui le recensioni sono pubbliche e qualsiasi concorrente può acquistare un prodotto ai fini del *reverse engineering*. Ancora,

⁸⁹ I. Malobecka-Szwast, *Using Competitors' Data – a Role for Competition Law? Some Thoughts on the Amazon Marketplace Case*, cit., 20 s.

⁹⁰ Corte giust. 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Foro it.*, 1999, IV, 50. I. Malobecka-Szwast, *Using Competitors' Data – a Role for Competition Law? Some Thoughts on the Amazon Marketplace Case*, cit., 18; V. M.K. Reverdin, *Abuse of Dominance in Digital Markets: Can Amazon's Collection and Use of Third-Party Sellers' Data Constitute an Abuse of a Dominant Position Under the Legal Standards Developed by the European Courts for Article 102 TFEU?*, cit.188 ss.

qualora i prodotti dei concorrenti siano protetti da diritti di proprietà intellettuale, una loro violazione renderebbe Amazon perseguibile⁹¹.

Neppure l'abuso della compressione dei margini si adatta al caso in commento, perché l'effetto di esclusione è determinato da strategie di prezzo e non legate a dati rilevanti dal punto di vista della concorrenza⁹². Si esclude anche la sussistenza dell'abuso di discriminazione ai sensi dell'art. 102, lett. c) del TFUE, perché non applicabile alle imprese dominanti verticalmente integrate⁹³. Date tutte queste difficoltà, non rimane che considerare il *self-preferencing* posto in essere da una impresa in posizione dominante come una nuova forma di abuso, autonoma rispetto alle tipologie già esistenti.

Tuttavia, anche tale via risulta difficile da percorrere, in quanto il *self-preferencing* concepito come un'ipotesi di abuso a sé stante è capace di abbracciare potenzialmente un insieme di pratiche che differiscono l'una dall'altra e per le quali l'utilizzo degli stessi parametri di valutazione si rivela inappropriato⁹⁴. Inoltre, è fondamentale delineare bene i contorni di tale tipo di abuso, perché altrimenti si rischia di imporre alle imprese dominanti un obbligo generale di non discriminazione dei concorrenti, che esula dagli obiettivi del diritto della concorrenza. Come si è già avuto modo di vedere nei paragrafi precedenti, l'integrazione verticale delle imprese non è di per sé vietata, in quanto foriera di vantaggi in termini di efficienza in grado di controbilanciare eventuali rischi di conflitti di interesse. Inoltre, non esiste per le imprese un obbligo generale di garantire condizioni di parità, condividendo

⁹¹ G. Colangelo, *Antitrust Unchained: The EU's Case Against Self-Preferencing*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=4227839>.

⁹² I. Malobecka-Szwast, *Using Competitors' Data – a Role for Competition Law? Some Thoughts on the Amazon Marketplace Case*, cit., 18; V. M.K. Reverdin, *Abuse of Dominance in Digital Markets: Can Amazon's Collection and Use of Third-Party Sellers' Data Constitute an Abuse of a Dominant Position Under the Legal Standards Developed by the European Courts for Article 102 TFEU?*, cit.191 ss.

⁹³ G. Csurgai-Horváth, *Is it unlawful to favour oneself?*, in *Hungarian Journal of Legal Studies*, 2021, 297.

⁹⁴ P. Ibáñez Colomo, *Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles*, in *World Competition*, 2020, 417.

i vantaggi competitivi con i concorrenti. La disciplina antitrust mira a preservare il processo competitivo e imporre un dovere di parità di trattamento equivarrebbe a neutralizzare detti vantaggi con conseguente impatto negativo sugli incentivi delle imprese in posizione dominante a innovare e investire in nuovi mercati. Si registrerebbe un appiattimento anche dal lato dei concorrenti, i quali, sapendo di avere accesso agli stessi *input* dell'impresa egemone, si limiterebbero a beneficiare degli sforzi altrui senza tentare di sviluppare nuove infrastrutture o prodotti⁹⁵. In questo senso, il *self-preferencing* è idoneo a promuovere la concorrenza nel mercato a valle, inducendo i concorrenti a diventare più efficienti e a migliorare i propri prodotti per poter competere con l'impresa dominante, aumentando allo stesso tempo il benessere dei consumatori⁹⁶.

Per questi motivi, non essendo desiderabile la neutralità assoluta delle piattaforme digitali, è preferibile un'analisi caso per caso e basata sugli effetti della condotta. A tal proposito, un comportamento che produce effetti escludenti non è necessariamente anticoncorrenziale, perché una concorrenza basata sui meriti comporta, per definizione, che gli operatori meno efficienti dal punto di vista del prezzo, della scelta, della qualità e dell'innovazione restino ai margini o all'esterno del mercato. Pensare il contrario significherebbe considerare le norme antitrust un mezzo per tutelare le imprese meno efficienti a scapito di quelle più meritevoli che stimolano la competitività all'interno del mercato⁹⁷.

L'analisi economica sopra riportata nei suoi termini essenziali potrebbe essere utile alla Commissione nel momento in cui sarà chiamata a fornire

⁹⁵ P. Ibáñez Colomo, *Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles*, cit., 421 ss.; E. Aguilera Valdivia, *The Scope of the 'Special Responsibility' upon Vertically Integrated Dominant Firms after the Google Shopping Case: Is There a Duty to Treat Rivals Equally and Refrain from Favoursing Own Related Business?*, in *World Competition*, 2018, 43.

⁹⁶ E. Aguilera Valdivia, *The Scope of the 'Special Responsibility' upon Vertically Integrated Dominant Firms after the Google Shopping Case: Is There a Duty to Treat Rivals Equally and Refrain from Favoursing Own Related Business?*, cit., 52.

⁹⁷ G. Colangelo, *Antitrust Unchained: The EU's Case Against Self-Preferencing*, cit., 33.

indicazioni circa la conformità o meno delle condotte dei *gatekeepers* al divieto di *self-preferencing*, ai sensi degli artt. 6 e 8 del regolamento sui mercati digitali, senza che ciò implichi una reintroduzione della possibilità per le imprese dominanti di far valere giustificazioni efficientistiche⁹⁸. A ciò si ricollega l'opinione di molti per cui la regolazione ex ante non va a sostituire la disciplina della concorrenza, ma si tratta piuttosto di due regimi complementari che si completano a vicenda nell'affrontare le sfide che si presentano nei mercati digitali⁹⁹.

Gli impegni proposti da Amazon hanno una durata di cinque anni e si applicano a tutti i mercati attuali e futuri della società all'interno dello Spazio Economico Europeo, fatta eccezione per l'Italia, relativamente agli impegni relativi alla *Buy Box* e al programma *Prime*, che nel frattempo sono già stati oggetto di un provvedimento da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana (AGCM). Ed invero, proprio perché l'AGCM aveva già iniziato a indagare sui medesimi fatti relativamente al mercato nazionale, la Commissione ha identificato il mercato rilevante con l'intero Spazio Economico Europeo, ad eccezione dell'Italia. Amazon ha impugnato la decisione della Commissione dinanzi al Tribunale dell'Unione europea, chiedendone l'annullamento nella parte in cui esclude l'Italia dal perimetro d'indagine. Il Tribunale ha respinto il ricorso, ritenendo la decisione impugnata un atto meramente preparatorio che non produce effetti giuridici nei confronti del ricorrente ai sensi dell'articolo 263 TFUE¹⁰⁰. La società

⁹⁸ M. Peitz, *The prohibition of self-preferencing in the DMA*, in *Centre on Regulation in Europe (CERRE)*, 2022, 1.

⁹⁹ V. fra i tanti D. Fauceglia, *Il caso Amazon, i fenomeni negoziali e l'abuso di posizione dominante. Prime riflessioni in tema di self-preferencing*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2021, 111; R. Bunworth, *In the Market for New Form of Abuse? Google Shopping and the law on Self-Preferencing in the EU*, in *Hibernian Law Journal*, 2021, 121; I. Malobecka-Szwast, *Using Competitors' Data – a Role for Competition Law? Some Thoughts on the Amazon Marketplace Case*, cit., 26.

¹⁰⁰ Tribunale dell'UE, ordinanza del 14 ottobre 2021, causa T-19/21.

americana non si è fermata, ma ha proposto appello, attualmente pendente dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea¹⁰¹.

1.3.2. Le sanzioni inflitte dall'Autorità antitrust italiana

Venendo al contesto domestico, in data 10 aprile 2019, l'AGCM ha avviato le proprie indagini contro Amazon, accusato di aver trattato in modo più favorevole i venditori che aderiscono al suo servizio di logistica a scapito degli altri, conferendo loro vantaggi in termini di visibilità della propria offerta e di miglioramento delle proprie vendite sul *marketplace*¹⁰². Secondo l'autorità antitrust italiana, in questo modo Amazon sarebbe in grado di sfruttare indebitamente la propria posizione dominante nel mercato dei servizi d'intermediazione sulle piattaforme per il commercio elettronico al fine di restringere la concorrenza nel mercato dei servizi di logistica, nonché potenzialmente nel mercato dei servizi d'intermediazione sui *marketplace*, a danno dei consumatori finali.

All'esito di un'istruttoria durata ben 31 mesi, il 30 novembre 2021, l'AGCM ha deciso di irrogare ad Amazon una sanzione di circa 1 miliardo e 128 milioni di euro per aver abusato della propria posizione dominante nel mercato italiano dei servizi di intermediazione su *marketplace*¹⁰³.

Nelle 120 pagine del corposo provvedimento vengono individuati ben due mercati rilevanti: il mercato dei servizi di intermediazione su *marketplace* e quello dei servizi di logistica per *e-commerce*. I servizi di intermediazione su piattaforme di commercio elettronico sono ritenuti non sostituibili con i negozi fisici, i siti web proprietari, i siti di *price comparison*, i motori di ricerca e i siti di vendite tra privati e di vendite a tempo. Dal punto di vista geografico,

¹⁰¹ A seguito dell'appello proposto da Amazon il 21 dicembre 2021, risulta pendente la causa C-815/21 P.

¹⁰² AGCM, provvedimento. n. 27623 del 10 aprile 2019, caso A528 - FBA AMAZON.

¹⁰³ AGCM, provvedimento. n. 29925 del 30 novembre 2021, caso A528 - FBA AMAZON, massimato in *Foro it.*, 2022, III, 452, con nota di F. Petrocelli, *Il fascino discreto delle «res novae»: alcune riflessioni intorno al caso Fba Amazon e al self-preferencing*.

il mercato rilevante comprende le piattaforme di *e-commerce* in lingua italiana che con i propri servizi di intermediazione consentono ai venditori terzi di raggiungere i consumatori italiani che acquistano online. L'AGCM ha accertato l'esistenza di una posizione di super dominanza della società nel mercato dei servizi di intermediazione su piattaforme di commercio elettronico, in base alla sua quota di mercato, misurata tramite i ricavi conseguiti, alla debole pressione concorrenziale esercitata dagli attuali *competitors*, nonché alle significative barriere all'entrata per potenziali concorrenti dovute ad effetti di rete, riconoscibilità del marchio e strategie di fidelizzazione dei consumatori.

Tale posizione dominante ha consentito ad Amazon di adottare la sua strategia abusiva, consistente nell'abbinare l'insieme delle funzionalità indispensabili per il successo dell'offerta sulla piattaforma al proprio servizio di logistica. In particolare, i venditori terzi che acquistano il servizio di logistica di Amazon hanno accesso a una serie di vantaggi esclusivi, quali la disapplicazione dei criteri elaborati dalla società per misurare le performance dei venditori indipendenti sulla piattaforma, con conseguente assunzione da parte della medesima della responsabilità totale per gli ordini nei confronti del consumatore finale; la possibilità di utilizzare l'etichetta *Prime* e raggiungere i milioni di abbonati al programma, nonché di partecipare agli eventi speciali organizzati da Amazon durante l'anno (*Prime Day, Black Friday/Cyber Monday, Back to School*), in cui si registra un numero di visite e di acquisti sulla piattaforma superiore rispetto al resto dell'anno; un'alta probabilità di aggiudicarsi la *Buy Box*, che contiene l'offerta di un venditore per il prodotto richiesto dal consumatore, definita "Offerta in vetrina" che può essere acquistata direttamente senza visualizzare le altre offerte disponibili per quel prodotto. Detti vantaggi sono inaccessibili ai venditori terzi che gestiscono gli ordini ricevuti su Amazon in proprio o avvalendosi di un operatore di logistica terzo.

L'aver reso l'adesione al proprio servizio di logistica l'unica via a disposizione dei venditori terzi per raggiungere la maggior parte dei

consumatori italiani, ha alterato le dinamiche concorrenziali in entrambi i mercati rilevanti. Nel mercato della logistica per l'*e-commerce*, tale pratica ha contribuito ad aumentare la domanda del proprio servizio di logistica da parte dei venditori terzi a discapito dei servizi di logistica concorrenti. Ciò ha consentito all'AGCM di qualificare la condotta di Amazon come *self-preferencing*. Nel mercato dei servizi di intermediazione su marketplace, invece, l'adesione al servizio di logistica di Amazon ha disincentivato una strategia di *multi-homing* dei venditori, rivelandosi l'essere presenti su più piattaforme di marketplace piuttosto costoso, con evidente pregiudizio per i gestori di piattaforme concorrenti.

In conclusione, in mancanza di una giustificazione oggettiva valida, la differenza di trattamento tra il servizio di logistica dell'impresa in posizione dominante e i servizi facenti capo alla concorrenza, potenzialmente altrettanto efficienti, costituisce una pratica estranea alla competizione sui meriti e, dunque, una violazione dell'art. 102 del TFUE. Ad avviso dell'AGCM, l'introduzione, successiva all'avvio del procedimento istruttorio, del programma *Seller Fulfilled Prime* o *Prime* gestito dal venditore, che consente di ottenere l'etichetta Prime a prescindere dall'adesione al servizio di logistica offerto da Amazon, non fa venire meno la condotta abusiva, in quanto la gestione dell'ordine di un venditore terzo continua a dipendere da Amazon, tanto nella scelta del vettore quanto nella definizione delle condizioni del servizio di consegna.

Oltre alla elevata sanzione pecuniaria, il cui ammontare è stato determinato sulla base del valore delle vendite realizzate tramite la piattaforma nel 2020 ed interessate dalla violazione, incrementato del 50% al fine di garantire un'effettiva deterrenza, l'AGCM ha imposto ad Amazon una serie di misure comportamentali, finalizzate a realizzare un sistema di pari trattamento di tutte le offerte presenti sulla piattaforma, che non dipenda dall'operatore di logistica scelto dal venditore terzo per l'evasione dei propri ordini. Tale sistema poggia sulla definizione, l'applicazione e la trasparenza di

standard uniformi e non discriminatori a tutti i venditori terzi, ai fini dell'attribuzione dell'insieme dei vantaggi di vendita e visibilità sulla piattaforma. In aggiunta, Amazon è obbligato a rivedere il programma *Seller Fulfilled Prime*, in modo da consentire ai venditori terzi di scegliere liberamente i servizi di logistica e determinare le condizioni contrattuali con gli operatori di logistica in assenza di qualsiasi ruolo di intermediazione da parte di Amazon.

Con tale provvedimento, l'autorità antitrust italiana partecipa a pieno titolo al dibattito intorno alla configurabilità o meno del trattamento preferenziale come fattispecie autonoma di abuso, optando per il suo riconoscimento. Nel fare ciò, l'AGCM si è uniformata all'orientamento espresso in *Google Search (Shopping)*, ribadendo che l'elenco delle condotte abusive di cui all'art. 102 del TFUE non è esaustivo, ma aperto all'introduzione di nuove fattispecie da parte dell'interprete. Viene ripreso, altresì, l'argomento secondo cui il principio di speciale responsabilità, che grava sull'impresa in posizione dominante di evitare che il suo comportamento ostacoli lo svolgimento di una concorrenza effettiva nel mercato, vale a proibire le condotte idonee non solo a rafforzare il potere dell'impresa nel mercato in cui è egemone, ma anche a estendere tale posizione su un altro mercato rilevante, distinto ma collegato al primo. Per la precisione, secondo l'AGCM, l'art. 102 del TFUE proibisce i comportamenti volti a restringere la concorrenza o semplicemente suscettibili di produrre tale effetto, a prescindere dal suo effettivo verificarsi.

1.3.3. Uno sguardo a ritroso al caso *Google Search (Shopping)*

Per comprendere gli scenari sopra delineati, pare opportuno accennare al caso *Google Search (Shopping)*, in cui la Commissione ha imposto al leader mondiale dei motori di ricerca una sanzione di circa due miliardi e mezzo di euro per aver garantito al proprio servizio di comparazione di prodotti, Google Shopping, le prime posizioni nelle pagine generali dei risultati di ricerca, declassando i servizi di comparazione concorrenti in fondo alla lista dei

risultati. Tale trattamento più favorevole faceva sì che l'attenzione dei consumatori si focalizzasse sui primi risultati che mostravano i servizi di acquisti comparativi di Google, senza visitare le pagine successive contenenti i servizi di comparazione degli operatori concorrenti. Occorre precisare che, pur affermando che l'elenco delle pratiche abusive contenuto nell'art. 102 del TFUE sia puramente esemplificativo, la Commissione non ha definito espressamente la condotta di Google come *self-preferencing*, bensì come una sorta di *leveraging* abusivo, nella misura in cui ha sfruttato la sua posizione dominante nel mercato dei motori di ricerca per espandersi in quello dei servizi di comparazione, nel quale non era egemone.

In data 11 novembre 2021, pochi giorni prima della decisione dell'AGCM relativa al caso *Amazon*, sulla vicenda si è pronunciato il Tribunale dell'Unione europea, che ha confermato la decisione della Commissione, escludendo dai presupposti del *self-preferencing* il requisito dell'indispensabilità dell'*input*¹⁰⁴. In particolare, il giudice europeo di primo grado, dopo aver chiarito che non tutti i casi riguardanti l'accesso a un'infrastruttura essenziale richiedono che sia soddisfatto il requisito dell'indispensabilità al fine di dimostrare la sussistenza un abuso di posizione dominante, ha escluso che il comportamento di Google fosse un rifiuto esplicito di fornire accesso alla prima pagina dei risultati di ricerca, ma piuttosto una discriminazione dei servizi concorrenti a beneficio dei propri. Sebbene abbia negato che la natura del rimedio adottato dall'autorità antitrust determini automaticamente la forma di abuso o i suoi presupposti, il Tribunale ha relegato la prova del requisito dell'indispensabilità ai soli casi di rifiuto a contrarre (passivo), in quanto richiedono un rimedio proattivo, suscettibile di

¹⁰⁴ Trib. UE, 11 novembre 2021, causa T-612/17, massimata in *Foro it.*, 2022, IV, 227, con nota di S. Scandola, *Self-preferencing: una nuova forma di abuso di posizione dominante? Il caso «Google shopping»; nonché in Dir. Internet*, 2022, 78, con nota di N. M. Faraone, *La pronuncia del Tribunale UE nel caso Google Search (Shopping) ovvero la storia della profezia che si auto-avvera: un'anticipazione del futuro mutamento dell'enforcement antitrust nei mercati digitali (anche alla luce del DMA)*.

incidere sensibilmente su diritti e libertà fondamentali dell'impresa dominante.

Se, da una parte, l'affermazione secondo cui la sussistenza di un determinato tipo di abuso non può essere subordinata al rimedio concretamente applicato appare condivisibile, in quanto altrimenti si attribuirebbe all'autorità antitrust il potere discrezionale di modulare il rimedio in maniera tale da evitare di dimostrare un presupposto della norma particolarmente ostico, dall'altra, l'esclusione dell'indispensabilità comporta la rimozione di un importante filtro idoneo a limitare l'intervento antitrust a ciò che è strettamente necessario, rischiando di rendere il *self-preferencing* un espediente per perseguire una serie più ampia di condotte senza dover soddisfare oneri probatori parecchio difficili¹⁰⁵.

Tornando al caso italiano su Amazon, tra le critiche mosse alla decisione dell'AGCM vi è quella di aver applicato un indirizzo elaborato per una vicenda fattuale diversa da quella esaminata. Si rileva, infatti, che l'unico aspetto che accomuna Amazon e Google è l'essere due imprese verticalmente integrate con una posizione super dominante nei rispettivi mercati a monte¹⁰⁶. Inoltre, il concetto di iper-dominanza ha suscitato non poche perplessità fra i commentatori, in quanto non è chiaro quando un'impresa debba essere considerata tale, ma con ogni probabilità si ritiene riferibile alle imprese che non solo detengono una quota di mercato molto elevata, bensì controllano anche l'accesso ai mercati a valle. Le incertezze continuano se si pensa che tale nozione determinerebbe una distinzione tra la responsabilità speciale che grava sulle imprese dominanti e quella applicabile alle imprese iper-dominanti¹⁰⁷. Infine, l'aspetto più rilevante è che il tentativo dell'AGCM di

¹⁰⁵ S. Scandola, *Self-preferencing: una nuova forma di abuso di posizione dominante? Il caso «Google shopping*, cit., 232 ss.

¹⁰⁶ G. Colangelo, *Antitrust Unchained: The EU's Case Against Self-Preferencing*, cit., 26; S. Scandola, *Self-preferencing: una nuova forma di abuso di posizione dominante? Il caso «Google shopping*, cit., 236.

¹⁰⁷ R. Bunworth, *In the Market for New Form of Abuse? Google Shopping and the law on Self-Preferencing in the EU*, cit., 124.

introdurre una nuova forma di abuso rimane tale, dato che si cerca di delineare i contorni della pratica di estensione abusiva da *self-preferencing* guardando alle già note categorie di pratiche leganti, basate sull'abbinamento di funzionalità essenziali nel mercato a monte all'utilizzo di determinati servizi nel mercato a valle collegato¹⁰⁸. La sensazione generale è che, nonostante gli sforzi compiuti per fare chiarezza sui presupposti del trattamento preferenziale abusivo, la confusione intorno a tale figura persiste e si auspica che venga eliminata una volta per tutte dalla CGUE, chiamata a pronunciarsi sul caso *Google Search (Shopping)*¹⁰⁹.

La vicenda italiana di Amazon, tuttavia, è lungi dall'essere conclusa, posto che la società ha impugnato il provvedimento dinanzi al giudice amministrativo, deducendo l'incompetenza dell'autorità italiana, in ragione del procedimento avviato dalla Commissione europea avente ad oggetto essenzialmente gli stessi comportamenti. Inoltre, il ricorrente ha chiesto la sospensione dell'applicazione della sanzione pecuniaria e degli obblighi imposti dall'AGCM, ritenuti ingiustificati e sproporzionati. Con ordinanza del 9 marzo 2022¹¹⁰, il Tar Lazio ha accolto parzialmente la domanda cautelare, sospendendo unicamente l'applicazione delle misure comportamentali imposti ad Amazon, in virtù della particolare pervasività e del rischio di una differente attuazione di misure diverse a livello europeo e italiano. La sanzione pecuniaria, invece, dovrà essere pagata non essendo stato provato il requisito di estrema gravità e urgenza del pregiudizio che deriverebbe alla società ricorrente in caso di immediata applicazione della sanzione. Per quanto concerne l'incompetenza dell'AGCM, il giudice amministrativo ha deciso di

¹⁰⁸ F. Petrocelli, *Il fascino discreto delle «res novae»: alcune riflessioni intorno al caso Fba Amazon e al self-preferencing*, cit., 469 ss.

¹⁰⁹ A seguito del ricorso depositato da Amazon il 20 gennaio 2022, risulta pendente la causa C-48/22 P.

¹¹⁰ Tar Lazio, ordinanza n. 01530 del 9 marzo 2022.

sospendere il giudizio in attesa della pronuncia della CGUE in merito all'esclusione dell'Italia dall'ambito delle indagini della Commissione¹¹¹.

¹¹¹ Tar Lazio, ordinanza n. 13945 del 26 ottobre 2022.

CAPITOLO II

LA SAGA FACEBOOK/META: LA VERSIONE EUROPEA

2.1. Facebook e l'abuso di posizione dominante al vaglio dell'autorità antitrust tedesca

Tra i profili emersi con lo sviluppo tecnologico, quello relativo all'interazione tra piattaforme digitali, sicurezza dei dati e antitrust ha maggiormente catturato l'attenzione degli operatori del diritto. Invero, data la centralità del dato nelle attività economiche, da più parti si evidenzia come la raccolta e l'impiego dei dati personali dei consumatori ad opera delle imprese, al fine di offrire servizi o prodotti più efficienti, possa comportare non soltanto una riduzione della tutela della privacy, ma anche distorsioni nel mercato di riferimento.

A tal proposito, per quanto concerne il versante europeo, il dibattito sul diritto della concorrenza ha ricevuto uno stimolo significativo dalla contrapposizione tra uno degli *enforcers* di maggior prestigio (il Deutsche Bundeskartellamt) e uno dei giganti dell'ecosistema digitale (Facebook). Contrapposizione che, dopo aver registrato in fase cautelare divergenze di opinioni tra le corti interne, è ben lungi dal concludersi, essendo stata chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale anche la Corte di giustizia dell'Unione europea. La vicenda risale al 2016, quando l'autorità antitrust tedesca ha avviato un'istruttoria nei confronti della società Facebook (compresi i suoi distaccamenti in Irlanda e in Germania) per abuso di posizione dominante nel mercato tedesco dei *social network* relativamente alle modalità di raccolta ed elaborazione dei dati personali dei suoi utenti¹¹². L'intervento del Bundeskartellamt, in linea con l'idea ordoliberal, si iscrive in un più ampio disegno di politica antitrust attiva, volto a contenere i rischi derivanti al buon

¹¹² Per un'analisi del contesto in cui si è sviluppata l'istruttoria v. A. Palmieri, R. Pardolesi, *Clasole <<unfair>> e abuso da sfruttamento*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2018, 9.

funzionamento del mercato dalle condotte delle grandi piattaforme online. Tale approccio è ravvisabile in uno studio pubblicato a ridosso dell'inizio dell'indagine nei confronti di Facebook, in cui il Bundeskartellamt e l'autorità della concorrenza francese, pur ammettendo la diversità degli obiettivi perseguiti dal diritto della concorrenza e dalla legislazione sulla protezione dei dati personali, non escludono che una pratica posta in essere da un'impresa egemone, lesiva delle regole sulla privacy, possa essere considerata abusiva anche alla luce della disciplina antitrust, qualora sia suscettibile di restringere la concorrenza¹¹³.

L'istruttoria si è conclusa tre anni dopo con l'adozione di un provvedimento con cui il Bundeskartellamt ha vietato a Facebook l'acquisizione e la combinazione, senza un consenso esplicito, di informazioni sugli utenti provenienti da fonti eterogenee¹¹⁴. In particolare, hanno costituito oggetto dello scrutinio antitrust le condizioni d'uso del servizio, in forza delle quali Facebook raccoglie e utilizza non solo i dati dell'utente relativi all'uso della piattaforma, ma anche quelli *offline* generati dall'uso di servizi appartenenti al suo gruppo (WhatsApp, Instagram, Oculus e Masquerade) e dall'accesso a siti o app di terzi, ai quali l'impresa statunitense offre l'integrazione di pulsanti che consentono di promuovere o condividere un contenuto sul social network, tramite interfacce predefinite denominate *Facebook Business Tools*. In alcuni casi, addirittura, sul sito o app di terze parti

¹¹³ Autorità de la concurrence e Bundeskartellamt, *Competition law and Data*, 2016, consultabile all'indirizzo

http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Apier.pdf?__blob=publicationFile&v=2. V. altresì l'articolo che si basa sul medesimo studio dei rispettivi presidenti delle autorità antitrust francese e tedesca B. Lasserre, A. Mundt, *Competition law and big data: the enforcers view*, in *Rivista italiana di Antitrust*, 2017, 87.

¹¹⁴ Bundeskartellamt, 6 febbraio 2019, B6-22/16, massimata in *Dir. Internet*, 2021, 61, con nota di A. Davola, *I vestiti nuovi dell'imperatore". Il contenzioso tra il Bundeskartellamt tedesco e Facebook in tema di abuso di posizione dominante alla luce del progressivo snaturarsi del diritto antitrust*; una traduzione in lingua inglese del provvedimento è disponibile all'indirizzo https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5. Sulla decisione v. altresì G. Colangelo, M. Maggiolino, *Antitrust Über Alles. Whither Competition Law after Facebook?*, in *World Competition*, 2019, 355.

non vi è alcun segno riconducibile a Facebook, in quanto ci si avvale di servizi analitici (quale Facebook Analytics) che, a differenza dei pulsanti “Like” e “Facebook Login” non sono visibili da chi vi accede. L’utilizzo del social network da parte dei singoli è subordinato all’accettazione dei suddetti termini d’uso. La decisione ha individuato nella condotta di Facebook un abuso di posizione dominante, nella forma dello sfruttamento degli utenti per imposizione di condizioni contrattuali inique ai sensi dell’art. 19, comma 1, della legge tedesca sulla concorrenza (Gesetz gegen Wettewerbsbeschränkungen, GWB). La tesi del Bundeskartellamt si basa su una nozione di sfruttamento elaborato dalla giurisprudenza della Corte suprema federale tedesca (Bundesgerichtshof)¹¹⁵, in virtù della quale, la predisposizione da parte di un’impresa dominante di clausole negoziali, lesive dei diritti fondamentali della controparte o di norme imperative, comporta la loro abusività non solo alla luce della disciplina civilistica in materia di condizioni generali di contratto, ma anche di quella antitrust. Nel caso di specie, secondo l’autorità, lo svantaggio ingiustificato inflitto alla controparte è rappresentato dalla lesione della libertà degli utenti di disporre dei propri dati personali, posto che le condizioni di accesso al social network violano il Regolamento generale sulla protezione dei dati (artt. 6 e 9, GDPR), conseguentemente alla mancanza del consenso degli utenti al trattamento dei loro dati personali. Si è evidenziato, infatti, come non possa sussistere la volontarietà del consenso se dalla sua manifestazione dipende la messa a disposizione del servizio. In assenza di una dimostrazione da parte di Facebook della sussistenza di giustificazioni all’ampio accesso ai dati dei propri utenti, la violazione delle norme in materia di privacy è considerata espressione del potere di mercato dell’azienda, con la conseguenza che è di per

¹¹⁵ Bundesgerichtshof, 24 gennaio 2017, KZR 47/14; 7 giugno 2016, KZR 6/15; 6 novembre 2013, KZR 58/11.

sé idonea a determinare l'abusività della condotta, senza che sia necessario esaminare i suoi effetti sulla concorrenza.

L'autorità, invero, ha ravvisato l'esistenza di una posizione egemone della società nel mercato tedesco delle reti sociali, sulla base delle elevate quote di mercato detenute (nel 2018 la quota di mercato di Facebook superava il 95% in base a 23 milioni di utenti attivi giornalieri in Germania), degli effetti di rete diretti e indiretti, nonché dell'effetto *lock-in* degli utenti, derivante dalla sua non sostituibilità con altre piattaforme (quali Twitter, YouTube, LinkedIn ecc.) che offrono servizi diversi. Dopo aver precisato che, a seguito di una modifica dell'art. 18 GWB nel 2017, la gratuità del servizio non preclude più la definizione del mercato rilevante, l'autorità ha rilevato che si tratta di un mercato cd. multilaterale, in cui Facebook interagisce con due tipi diversi di clientela, offrendo agli utilizzatori privati un servizio di social network, finanziato con i proventi della vendita di servizi di pubblicità personalizzata agli inserzionisti pubblicitari. Al riguardo, la condotta di Facebook è esaminata anche alla stregua dell'abuso da esclusione dei concorrenti nel mercato dei servizi di social network e in quello connesso della pubblicità online. Ad avviso del Bundeskartellamt, l'accesso a una grande quantità di informazioni sugli utenti ha consentito alla piattaforma di migliorare il suo servizio, catturando l'attenzione di un maggior numero di utenti, nonché di vendere spazi di pubblicità personalizzata agli inserzionisti, con conseguente rafforzamento della sua posizione ed elevazione delle barriere all'ingresso di nuovi operatori nel mercato. Infatti, maggiore è la platea degli utenti, maggiori saranno i ricavi pubblicitari, in quanto gli inserzionisti potranno raggiungere un'audience più ampia con i loro annunci, cosicché i nuovi concorrenti dovranno cercare di ottenere un certo numero di utilizzatori ed entrare in possesso dei loro dati personali al fine di attirare gli inserzionisti. La possibilità dei consumatori di avvalersi di diversi social networks contemporaneamente senza costi addizionali (*multi-homing*), invocata da Facebook, non è idonea a impedire l'eliminazione dei rivali e facilitare l'entrata di nuovi concorrenti, a causa degli

effetti di rete diretti e della mancanza della portabilità dei dati, per cui l'utente difficilmente passerà a un nuovo social network se non vi ritrova i suoi contatti e se non riesce a trasferirvi i dati presenti nella piattaforma social precedente.

2.2. La *querelle* tra l'Oberlandesgericht di Düsseldorf e il Bundesgerichtshof e la rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione europea

La ricostruzione operata dall'autorità della concorrenza è stata ribaltata in sede giurisdizionale dall'Oberlandesgericht di Düsseldorf (OLG Düsseldorf)¹¹⁶, che prima di decidere sul merito del ricorso, ha sospeso l'efficacia dell'ordine esecutivo, perché l'autorità non ha dimostrato l'effettivo pregiudizio alla concorrenza e il nesso di causa tra la condotta di Facebook e la sua posizione dominante. L'OLG Düsseldorf ripudia l'attenuazione del nesso di causalità operata dall'autorità antitrust, ritenendo che non è sufficiente un mero collegamento tra posizione dominante e abuso (nesso di causalità normativa), ma occorre dimostrare che la prima abbia reso materialmente possibile il comportamento anticoncorrenziale (nesso di causalità comportamentale o strumentale). In particolare, secondo i giudici d'appello, non ogni violazione di norme da parte di un'impresa egemone comporta di per sé un abuso da sfruttamento. In questo caso, la violazione del GDPR è dovuta a fattori che non attengono alla dominanza o alla concorrenza in generale, quali l'asimmetria informativa e l'apatia razionale del consumatore medio. Inoltre, non si dà alcuna coercizione degli utenti, dato che la maggior parte dei consumatori in Germania non si avvale della piattaforma social, che peraltro, non è un servizio indispensabile, essendo disponibili altri mezzi di

¹¹⁶ Oberlandesgericht Düsseldorf, 26 agosto 2019, VI-Kart 1/19 (V), massimata in *Dir. Internet*, 2021, 61, con nota di A. Davola, cit. Per ulteriori commenti alla sentenza v. C. Osti, R. Pardolesi, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2019, 195; T. Höppner, P. Westerhoff, *Abrupt End to "Hipster Antitrust"? Tackling Facebook's Expansion Following the First Court Ruling in Germany*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3491648>.

comunicazione. Infine, neanche l'abuso da esclusione nei confronti dei concorrenti è stato dimostrato, posto che qualunque altro concorrente sarebbe in grado di accedere alle medesime informazioni.

La decisione dell'OLG Düsseldorf è stata, a sua volta, sovvertita dal Bundesgerichtshof, che ha confermato, seppur con argomentazioni diverse, la decisione dell'autorità della concorrenza¹¹⁷. Dopo aver ribadito l'esistenza della posizione dominante di Facebook nel mercato rilevante così come definito dall'autorità, il Bundesgerichtshof stabilisce che l'abuso non è dato tanto dalla violazione della normativa sulla privacy, quanto piuttosto dall'aver privato gli utenti della libertà di scelta in merito al trattamento dei loro dati personali. A differenza di quanto sostenuto dall'OLG Düsseldorf, Facebook viene considerato un servizio indispensabile ai fini della partecipazione alla vita sociale e ai dibattiti pubblici. Tuttavia, la sua strategia aziendale non tiene conto delle esigenze di quei consumatori che vorrebbero usufruire della piattaforma senza privarsi di una quantità eccessiva di dati, imponendo loro un indesiderato servizio personalizzato. In un contesto realmente competitivo, non sarebbe possibile subordinare l'utilizzo del social network all'acquisizione di dati disseminati dall'utente sia al suo interno che al di fuori, in quanto altre piattaforme concorrenti offrirebbero agli utenti la scelta tra un servizio caratterizzato da un'esperienza fortemente personalizzata grazie a un accesso illimitato ai loro dati off-Facebook, oppure un servizio con un livello di personalizzazione reso possibile dai soli dati raccolti all'interno di Facebook.

¹¹⁷ Bundesgerichtshof (Beschluss des Kartellsenats), 23 giugno 2020, KVR 69/19, massimata in *Dir. Internet*, 2021, 61, con nota di A. Davola, cit.; una traduzione in lingua inglese del provvedimento è disponibile all'indirizzo https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/BGH-KVR-69-19.pdf;jsessionid=A583149D3D86134227805C688C12BFF92_cid387?_blob=publicationFile&v=3. Su questa pronuncia v. altresì A. Giannaccari, *Facebook e l'abuso da sfruttamento al vaglio del Bundesgerichtshof*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2020, 403; R. Pardolesi, R. Van Den Bergh e F. Weber, *Facebook e i peccati da <<Konditionenmissbrauch>>*, *ibid*, 507; K. Wiedemann, *A matter of choice: the German Federal Supreme Court's interim decision in the abuse-of-dominance proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (case KVR 69/19)*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, 1168.

La gratuità del servizio non inficia tale ragionamento, visto che, nonostante il loro carattere non rivale e non esclusivo, i dati hanno un valore economico, consentendo di guadagnare sul settore della pubblicità online.

Nell'ambito del bilanciamento degli interessi coinvolti, i giudici della Corte suprema federale hanno stabilito che la speciale responsabilità delle imprese egemoni implica anche il dovere di tutelare il diritto costituzionale all'autodeterminazione informativa, che prevale sull'interesse di Facebook a migliorare la sua prestazione in termini di una maggiore personalizzazione. Per quanto riguarda il nesso di causalità, il Bundesgerichtshof, sembra accogliere l'impostazione dell'autorità antitrust, ribadendo che nel caso in esame non è necessario dimostrare il rigoroso nesso di causalità comportamentale tra la posizione dominante e la condotta abusiva, nella misura in cui la pratica posta in essere dalla società danneggia indubbiamente i consumatori, cosa che non si verificherebbe in una situazione di concorrenza effettiva nel mercato. Infine, è ribadita la violazione della disciplina del GDPR, giacché il trattamento dei dati off-Facebook non è affatto necessario per poter fornire il servizio di social network, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. b) GDPR, e Facebook non ha dimostrato l'esistenza di un suo interesse legittimo a tale trattamento, di cui alla successiva lett. f). In aggiunta, ai sensi dell'art. 7 GDPR, il consenso degli utenti non è liberamente espresso se la messa a disposizione del servizio è subordinata alla prestazione del consenso da parte dell'utente a una gestione dei dati non necessaria per la prestazione del servizio stesso.

A seguito della pronuncia del Bundesgerichtshof in sede cautelare, la parola è tornata all'OLG Düsseldorf per la decisione di merito. Senonché, prim'ancora di procedere al vaglio delle censure formulate dal ricorrente, i giudici d'appello hanno sospeso il procedimento, emanando un'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea¹¹⁸. Le domande

¹¹⁸ Oberlandesgericht Düsseldorf, ordinanza del 22 aprile 2021, disponibile, anche in traduzione italiana, sul sito curia.europa.eu. A seguito di tale provvedimento risulta pendente la causa C- 252/21.

pregiudiziali hanno essenzialmente ad oggetto l'interpretazione di alcune disposizioni del GDPR. Nello specifico, viene chiesto alla CGUE di chiarire se l'autorità tedesca garante della concorrenza sia competente ad accertare una potenziale violazione delle norme sulla privacy e a imporre misure correttive, posto che non è né un'autorità di controllo ai sensi dell'art. 51 GDPR, né l'autorità di controllo capofila ai sensi dell'art. 56 GDPR. Secondo il giudice del rinvio, infatti, l'autorità competente a vigilare sulla corretta applicazione delle norme del GDPR non può essere né un'autorità antitrust, né un'autorità tedesca, bensì l'autorità irlandese a ciò preposta, dato che Facebook Ireland rappresenta la filiale principale della società in Europa ed è il titolare del trattamento dei dati personali in tutto il territorio dell'Unione europea. A ciò si collega l'ulteriore questione pregiudiziale, concernente la possibilità per un'autorità garante della concorrenza, che si trovi ad accertare una violazione del divieto di abuso di posizione dominante, di valutare, nell'ambito del bilanciamento degli interessi, la conformità delle condizioni di utilizzo dei dati alla normativa in materia di privacy. In caso di risposta affermativa, se ciò sia possibile anche qualora le dette condizioni siano già oggetto di indagine da parte dell'autorità competente ai sensi dell'art. 56 GDPR, considerando che quando è intervenuto il Bundeskartellamt, l'autorità irlandese stava già esaminando una possibile violazione del GDPR conseguente alle *privacy policies* adottate da Facebook.

Un altro dubbio sottoposto al vaglio della CGUE riguarda la possibilità di prestare un consenso valido, ossia libero, ai sensi dell'art. 4, comma 11, GDPR, nei confronti di un'impresa dominante come Facebook. In tal caso, dopo aver ribadito la mancata dimostrazione da parte dell'autorità antitrust del collegamento tra la condotta di Facebook e il danno concorrenziale, l'OLG Düsseldorf ha precisato che, in realtà, solo l'utilizzo dei dati Instagram degli utenti sarebbe suscettibile di produrre effetti anticoncorrenziali, posto che la combinazione di tali dati con quelli di Facebook consente non solo di suggerire agli utenti persone che seguono su Instagram, con conseguente rafforzamento

degli effetti di rete, ma anche di migliorare il servizio e di personalizzare le inserzioni pubblicitarie. Un'ulteriore domanda pregiudiziale mira a chiarire se la raccolta di dati relativi ad attività dell'utente esterna alla piattaforma e il loro collegamento con i dati dell'account Facebook possa configurare un trattamento di dati sensibili ai sensi dell'art. 9, co. 1, GDPR e se l'utente renda i dati pubblici, accedendo ai siti e alle app o premendo i pulsanti "Mi piace", "Condividi", "Facebook Login", senza che sia più necessario il consenso al trattamento ex art. 9, comma 2, lett. a), GDPR. Infine, si richiede alla CGUE di esprimersi in merito all'opportunità per Facebook di invocare le basi giuridiche previste dall'art. 6 GDPR, con particolare rilievo alle già menzionate necessità del trattamento ai fini dell'esecuzione del contratto e interesse legittimo. Sul punto, il giudice del rinvio chiede anche se possano essere considerati legittimi gli interessi adottati dall'azienda statunitense, quali la minore età dell'utente, la messa a disposizione degli inserzionisti di servizi di pubblicità personalizzata, la promozione della ricerca e innovazione, lo scambio di informazioni con le autorità preposte alla prevenzione e al perseguimento di reati e altre condotte illecite. Secondo l'OLG Düsseldorf, il trattamento dei dati finalizzato all'inserimento di pubblicità personalizzata, alla sicurezza degli utenti e al miglioramento dei prodotti rientrerebbe nel legittimo interesse dell'impresa, mentre il trattamento dei dati finalizzato alla personalizzazione dei contenuti può essere considerato necessario per l'esecuzione del contratto.

2.3. Le conclusioni dell'Avvocato generale nel caso *Meta Platforms e a. (Conditions générales d'utilisation d'un réseau social)*

In data 20 settembre 2022, l'Avvocato generale ha depositato le proprie conclusioni¹¹⁹, nelle quali ha ritenuto inconfidente la prima questione

¹¹⁹ Le conclusioni dell'Avvocato generale Athanasios Rantos nella causa C-252/21 sono consultabili in lingua italiana sul sito www.curia.europa.eu.

pregiudiziale, in quanto il Bundeskartellamt non si è pronunciato in via principale sulla violazione delle norme del GDPR, ma sul presunto abuso di posizione dominante da parte di Facebook e solo in via incidentale ha preso in considerazione l'eventuale violazione del GDPR da parte dell'impresa dominante. Ne consegue che un'autorità della concorrenza ben può interpretare le disposizioni del GDPR nell'ambito dell'accertamento di un abuso di posizione dominante, purché avvenga in via incidentale e in conformità con ogni decisione o indagine dell'autorità di controllo competente ai sensi del GDPR, ovvero nel rispetto degli obblighi di informazione e leale cooperazione di cui all'art. 4 del TUE. Nel caso concreto, risulta che il Bundeskartellamt abbia adempiuto a tali obblighi, avendo contattato informalmente l'autorità di controllo irlandese.

Il trattamento dei dati da parte di Facebook può costituire trattamento di dati sensibili ai sensi dell'art. 9, comma 1 del GDPR, qualora la consultazione di siti Internet ed applicazioni o l'inserimento in essi di dati da parte degli utenti consenta la loro profilazione, rivelando una delle situazioni sensibili elencate nella disposizione medesima. D'altra parte, consultare siti Internet e applicazioni, o immettere dati non equivale a rendere manifestamente pubblici i propri dati personali sensibili ai sensi dell'art. 9, comma 2, lett. e) del GDPR, posto che tali informazioni non sono accessibili alla collettività, ma solo al gestore della pagina Internet o dell'applicazione e ai terzi ai quali il gestore li trasmette.

La pratica di Facebook può godere delle giustificazioni di cui all'art. 6, comma 1, lett. b), c), d), e) ed f), a condizione che ciascuna modalità di trattamento dei dati soddisfi le condizioni previste dalla specifica eccezione avanzata dal titolare del trattamento. Infine, la circostanza che l'impresa goda di una posizione dominante non impedisce di per sé di esprimere un consenso valido; nondimeno occorre tenerne conto nella valutazione della libertà del consenso.

La vicenda, in attesa degli inevitabili sviluppi, offre innumerevoli spunti di riflessione, su alcuni dei quali intendiamo soffermarci nelle pagine seguenti, anche alla luce del dibattito dottrinale innescato dall'offensiva del Bundeskartellamt.

2.4. Le reazioni della dottrina alle traversie di Facebook in Germania

La decisione resa dal Bundeskartellamt non è di certo passata inosservata; anzi, già prima della sua pubblicazione, l'indagine dell'*enforcer* tedesco si è meritata il premio "Enforcement action of the year 2018", attribuitole dalla prestigiosa Global Competition Review per il suo approccio innovativo nel far derivare da pratiche di elaborazione dei dati degli utenti di servizi online un abuso da sfruttamento¹²⁰. Il caso ha riaperto il dibattito sull'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina antitrust nel nuovo contesto digitale, relativamente alla quale si registrano reazioni diverse in dottrina. Si passa dall'entusiasmo per il rinvigorimento dello scrutinio antitrust di fronte alle nuove sfide poste dai monopoli digitali allo scetticismo della maggior parte dei commentatori circa la possibilità di utilizzare gli strumenti del diritto della concorrenza per rimediare alla violazione della disciplina sulla protezione dei dati personali, in quanto ciò comporta una commistione fra due aree del diritto aventi obiettivi (e autorità preposte alla loro attuazione) diversi.

Più nel dettaglio, mentre alcuni studiosi ritengono l'intervento del Bundeskartellamt pienamente legittimo, nella misura in cui l'inadeguata elaborazione dei dati non si è esaurita nella mera violazione delle disposizioni del GDPR, pur fondamentali, ma ha consentito a Facebook di rafforzare la sua

¹²⁰ L'articolo è disponibile all'indirizzo <https://globalcompetitionreview.com/guide/gcr-awards/gcr-awards-2018/article/germanys-facebook-probe-wins-enforcement-action-of-the-year-gcr-awards-2018>.

posizione e di alzare le barriere all'ingresso nel mercato¹²¹, altri osservano che, nonostante la centralità del dato nell'economia digitale renda inevitabile il collegamento tra diritto della concorrenza, dei consumatori e protezione dei dati, il primo non dovrebbe essere impiegato per colmare le lacune nelle altre due aree del diritto¹²². Da più parti si sottolinea come il benessere dei consumatori sia sì un obiettivo comune a tutte e tre le discipline, ma a differenza del diritto dei consumatori e della normativa sulla privacy, esso non costituisce l'obiettivo principale del diritto antitrust, piuttosto una conseguenza necessaria dell'efficienza del mercato, nel senso che, impedendo distorsioni della concorrenza nel mercato, indirettamente si garantisce il benessere della generalità dei consumatori.

Di conseguenza, si ritiene che l'intervento antitrust trovi una giustificazione solo se viene dimostrata la natura anticoncorrenziale delle *privacy policies* adottate da un'impresa, altrimenti ne risente il principio della certezza del diritto e del *ne bis in idem*¹²³. Anche chi ha individuato nel caso Facebook un esempio non del tutto disprezzabile di applicazione della disciplina antitrust, in quanto destinata a sopperire all'inerzia dell'autorità preposta alla tutela della privacy, mette in guardia circa la pericolosità di tale uso strategico del diritto della concorrenza¹²⁴.

¹²¹ I. Lorenzo-Rego, *The Perspective of the Bundeskartellamt in the Evaluation of Facebook's Behaviour*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 2019, 100. Si mostrano favorevoli all'estensione dell'ambito di intervento dell'antitrust nel contesto digitale anche M. Botta, K. Wiedemann, *The interaction of EU Competition, Consumer and Data protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey*, in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3462983>, secondo i quali "Whereas EU competition law should not pursue data protection goals, competition law enforcers should have the discretion to intervene in case of market failures in the data economy, even in the presence of overlapping data protection and consumer law applicability".

¹²² G. Colangelo, M. Maggiolino, *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy Through Competition?*, in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2945085>.

¹²³ D. Lypalo, *Can competition protect privacy? An analysis based on the German Facebook Case*, in *World Competition*, 2021, 188.

¹²⁴ N. Dunne, *The role of regulation in EU competition law assessment*, in *World Competition*, 2021, 303.

Da una parte, utilizzare la tutela della privacy dei consumatori come parametro nell'analisi antitrust potrebbe generare falsi positivi. L'autorità tedesca, infatti, non avrebbe preso in considerazione gli effetti favorevoli della condotta di Facebook, quali la gratuità, la maggiore efficienza e personalizzazione del servizio¹²⁵. Dall'altra parte, non è detto che l'intervento antitrust riesca nell'intento di tutelare la privacy degli utenti, perché l'impiego di condizioni di utilizzo del social network abusive non è una conseguenza del potere di mercato, bensì dell'oscurità informativa circa l'utilizzo dei dati da parte delle piattaforme, per cui l'utente medio non è in grado di comprenderne il valore commerciale. Ripristinare il contesto competitivo non risolverebbe il problema dell'asimmetria informativa, a causa dei pregiudizi comportamentali e del cd. paradosso della privacy, in virtù del quale alla preoccupazione per la sorte dei propri dati personali non corrisponde un comportamento avveduto degli utenti online, che sono disposti a scambiare i loro dati personali con qualunque bene di scarso valore. Tale fenomeno può essere osservato anche in mercati competitivi, con la conseguenza che, se è l'utente il primo a disinteressarsi dei suoi dati, il fornitore del servizio non è incentivato a garantire standard di privacy più alti nemmeno in caso di concorrenza effettiva¹²⁶.

Non convince neanche la ricostruzione dell'abuso da esclusione operata dal Bundesgerichtshof, nella misura in cui i dati sono accessibili a chiunque e non è la mole degli stessi che determina il successo di una piattaforma, ma la

¹²⁵ D. Lypalo, *Can competition protect privacy? An analysis based on the German Facebook Case*, cit., 190.

¹²⁶ R. Pardolesi, R. Van Den Bergh e F. Weber, *Facebook e i peccati da <<Konditionenmissbrauch>>*, cit., 520 ss.; W. Kerber, K.K. Zolna, *The German Facebook case: the law and economics of the relationship between competition and data protection law*, in *European Journal of Law and Economics*, 2022, 217; O. Budzinski, M. Grusevaja e V. Noskova, *The Economics of the German Investigation of Facebook's Data Collection*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3593236>, in cui, tuttavia, si ritiene che il *privacy paradox* non esclude che alcuni consumatori preferiscano diverse condizioni di trattamento dei dati, con la conseguenza che, invece di speculare su cosa gli utenti vogliano o meno, forse è meglio ricostruire un contesto competitivo in cui gli stessi hanno libertà di scelta.

capacità di elaborarli attraverso lo sviluppo di strumenti analitici superiori rispetto a quelli dei rivali. Un social network potrebbe essere più attraente, perché offre una migliore personalizzazione delle informazioni, piuttosto che condizioni contrattuali migliori. Pertanto, si avrà abuso da esclusione soltanto qualora si dimostri l'incapacità dei concorrenti di investire nella tecnologia necessaria per una migliore analisi dei dati¹²⁷.

Inoltre, si è sottolineato che si tratta di un approccio singolare, proprio dell'autorità tedesca, posto che a livello europeo non si è giunti a proteggere la privacy degli individui attraverso le regole antitrust, sebbene si sia riconosciuto che la privacy possa fungere da parametro per la qualità dei beni o servizi digitali. Invero, dato che nelle piattaforme a due o più versanti i servizi non sono offerti gratuitamente, ma in cambio dell'attenzione e dei dati personali degli utenti, un trattamento intensivo di quest'ultimi può essere indice di bassa qualità del servizio causata da assenza di concorrenza, in quanto determina una minore protezione della sfera privata degli interessati¹²⁸. L'attitudine a degradare unilateralmente la qualità del servizio non è stata valorizzata dal Bundeskartellamt come un chiaro indice di esercizio del potere di mercato, posto che l'autorità tedesca, per approdare alla "condanna", ha preferito basare la sua teoria di danno antitrust sulla tutela del diritto costituzionale all'autodeterminazione informativa. Ed è proprio per

¹²⁷ R. Pardolesi, R. Van Den Bergh e F. Weber, *Facebook e i peccati da <<Konditionenmissbrauch>>*, cit., 530 s.

¹²⁸ G. Colangelo, M. Maggiolino, *Antitrust Über Alles. Whither Competition Law after Facebook?*, cit., 367 ss.; C. Osti, R. Pardolesi, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, cit., 214 s.; W. Spence, *Facebook, the attention economy and EU competition law: established standards reconsidered?*, in *European Business Law Review*, 2020, 711, secondo il quale, la qualità rappresenta una dimensione fondamentale della concorrenza, di cui le autorità antitrust dovrebbero tener conto, sebbene l'accertamento della sua alterazione sia più difficile della riduzione del prezzo; D. Srinivasan, *The antitrust case against Facebook: a monopolist's journey towards pervasive surveillance in spite of consumers' preference for privacy*, in *Berkley Business Law Journal*, 2019, 39, in cui si evidenzia come all'ingresso nel mercato, Facebook abbia posto al centro la privacy degli utenti, presentandosi come un servizio alternativo al rivale MySpace. Dopodiché, una volta sbaragliata la concorrenza, Facebook ha potuto degradare la qualità, abusando dei dati e intensificando il tracciamento delle attività online degli utenti, rimasti privi di altri social networks a cui passare.

avvalersi dell'interpretazione che ne offre la giurisprudenza interna, oltre che per il suo essere più restrittivo, che il Bundeskartellamt ha scelto come base giuridica della decisione l'art. 19 comma 1 GWB, anziché l'art. 102 TFUE¹²⁹. Inoltre, un'indagine sulla qualità del servizio avrebbe costretto l'autorità ad individuare con precisione i gruppi di utenti che desiderano un determinato grado di personalizzazione, il trattamento dei dati che dagli stessi è ritenuto accettabile, nonché la disponibilità a pagare un corrispettivo monetario e le limitazioni al trattamento dei dati che gli utenti si aspetterebbero a fronte di quale pagamento¹³⁰.

A differenza di una parte degli studiosi del diritto della concorrenza, che reputano più idoneo proteggere la privacy degli utenti attraverso la regolamentazione ex ante (GDPR), il legislatore tedesco ha proceduto nella direzione opposta, rafforzando l'intervento antitrust ex post attraverso l'ennesima riforma del GWB, in vigore dal 19 gennaio 2021¹³¹. A seguito di tale modifica è cambiata la nozione di nesso di causalità, non richiedendosi più un collegamento rigido tra abuso e posizione dominante¹³². Stando alle dichiarazioni rese dal Bundeskartellamt in un comunicato stampa¹³³, tra le novità più rilevanti emerge l'introduzione dell'art. 19a, che disciplina il nuovo abuso commesso da imprese di importanza eccezionale che trascende i

¹²⁹ G. Colangelo, M. Maggiolino, *Antitrust Über Alles. Whither Competition Law after Facebook?*, cit., 369 s.; P. Fabbio, *Il diritto della concorrenza in Germania: osservazioni e valutazioni in prospettiva europea*, in *Orizzonti del Dir. Comm.*, 2019, 584 s.; A. Davola, *I vestiti nuovi dell'imperatore". Il contenzioso tra il Bundeskartellamt tedesco e Facebook in tema di abuso di posizione dominante alla luce del progressivo snaturarsi del diritto antitrust*, cit., 595.

¹³⁰ C. Koenig, *Exploit to Exclude: Federal Court of Justice Considers Facebook's Data Policy to Violate Competition Law*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 2020, 294.

¹³¹ Il testo modificato della legge è accessibile, in lingua inglese, sul sito del Ministero della Giustizia Federale, all'indirizzo https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0062.

¹³² D. Lypalo, *Can competition protect privacy? An analysis based on the German Facebook Case*, cit., 193; P. Fabbio, *Il diritto della concorrenza in Germania: osservazioni e valutazioni in prospettiva europea*, cit., 585.

¹³³ Il comunicato stampa del 19 gennaio 2021 è disponibile, in lingua inglese, sul sito del Bundeskartellamt, all'indirizzo https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Novelle.html.

mercati. Per accertare la natura di tali operatori si dovrà tenere conto dell'accesso ai dati rilevanti per la concorrenza, mentre l'appello contro le decisioni adottate del Bundeskartellamt si dovrà proporre direttamente dinanzi al Bundesgerichtshof, anziché all'OLG Düsseldorf, evitando così eventuali conflitti tra corti.

Tornando al caso Facebook, le critiche più dure si registrano con riguardo al modo in cui il Bundeskartellamt ha stabilito la sussistenza dell'abuso di posizione dominante da parte del gestore del social network. Al riguardo, vi è chi sostiene che l'autorità tedesca, pur aspirando a elaborare una teoria di danno concorrenziale basata sugli effetti, ha assunto, in punto di prova, un atteggiamento formalistico¹³⁴. Se il Bundeskartellamt avesse adottato un approccio più economico che guarda agli effetti della condotta, avrebbe dovuto dimostrare che, in presenza di una situazione controfattuale caratterizzata da un mercato competitivo, gli effetti della pratica vietata non si sarebbero verificati. Invece, ha scelto di far discendere l'iniquità delle condizioni contrattuali per contrarietà al GDPR direttamente dal potere di mercato di Facebook, estendendo all'abuso da sfruttamento il più tenue criterio di causalità normativa riferito all'abuso da esclusione¹³⁵. In tal modo, non solo si evita di dimostrare in concreto il pregiudizio agli utenti, ma si finisce per intervenire esclusivamente e direttamente a protezione dei consumatori, accantonando la salvaguardia della concorrenza nel mercato.¹³⁶

Tale operazione potrebbe sembrare perfettamente in linea con il diritto della concorrenza tedesco che, a seguito della riforma del 2017, conferisce al Bundeskartellamt maggiori competenze in ambito di tutela dei consumatori. Più nello specifico, l'autorità può condurre indagini settoriali sulla base di un

¹³⁴ A. Köhler, *Online advertising and the competition for data: What abuse are we looking for?*, in *World Competition*, 2021, 199.

¹³⁵ *ibid.*, 214; R. Pardolesi, R. Van Den Bergh e F. Weber, *Facebook e i peccati da <<Konditionenmissbrauch>>*, cit., 524 ss.

¹³⁶ A. Köhler, *Online advertising and the competition for data: What abuse are we looking for?*, cit., 211.

ragionevole sospetto di violazione significativa, continua o ripetuta delle norme a tutela dei consumatori, suscettibile di pregiudicare un gran numero di consumatori, a meno che tali violazioni non rientrino nella sfera di competenza di un'altra autorità federale (art. 32e, comma 5, GWB). Tuttavia, non si è trattato di attribuirle il potere di far rispettare le leggi a tutela dei consumatori o di imporre sanzioni, ma semplicemente di facilitarle il controllo nei mercati digitali, in cui "basta una sola condotta abusiva per danneggiare milioni di consumatori"¹³⁷. Dunque, nonostante tale apertura, il Bundeskartellamt continua a rimanere competente solo nell'ambito del diritto della concorrenza, mentre il rispetto del diritto dei consumatori è garantito dalle singole autorità specializzate in settori specifici. Secondo alcuni autori, è stata proprio tale mancanza di competenza ad impedire al Bundeskartellamt di scegliere la via più facile e trattare il caso alla luce del diritto dei consumatori, come ha fatto la nostra Autorità garante della concorrenza e del mercato, evitando così di destreggiarsi nei meandri della definizione del mercato rilevante e della sussistenza o meno del potere di mercato di Facebook¹³⁸.

¹³⁷ Si veda il comunicato stampa del 12 giugno 2017, disponibile in lingua inglese sul sito del Bundeskartellamt, all'indirizzo https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/12_06_2017_Abteilung%20V.pdf?blob=publicationFile&v=3.

¹³⁸ M. Botta, K. Wiedemann, *The interaction of EU Competition, Consumer and Data protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey*, cit., 22 ss. La decisione n. 27432 del 29 novembre 2018, con la quale l'AGCM ha condannato Facebook Inc e Facebook Ireland Ltd per pratica ingannevole (artt. 20, 21, 22 del Codice del Consumo) e per pratica aggressiva (artt. 20, 24, 25 del Codice del Consumo), è disponibile sul sito www.agcm.it, all'indirizzo [https://www.agcm.it/dotcmsCustom/tc/2023/12/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/5A1EFA963A109B64C125835F00542FE2/\\$File/p27432.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/tc/2023/12/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12560D000291394/0/5A1EFA963A109B64C125835F00542FE2/$File/p27432.pdf). La pratica ingannevole, secondo l'Autorità, consiste nel fatto che il professionista (Facebook) non informi subito l'utente che i suoi dati sono raccolti e utilizzati per finalità informative e/o commerciali, ma solo della gratuità del servizio; la pratica aggressiva si sostanzia nella pressoché automatica trasmissione e uso da parte di Facebook e terze parti dei dati degli utenti, che possono soltanto esercitare l'opt-out, essendo la modalità preimpostata. Il provvedimento dell'AGCM è stato impugnato da Facebook dinanzi al Tar Lazio, il quale ha parzialmente accolto il ricorso, confermando la sussistenza della sola pratica ingannevole nelle sentenze del 10 gennaio 2020, nn. 260 e 261, entrambe massimate in *Dir. Internet*, 2020, 521, con nota di F. Bravo, *La <<compravendita>> di dati personali?*; la prima altresì in *Giur. it.*,

L'abuso di posizione dominante che presuppone una raccolta di dati eccessiva può costituire una teoria di danno dal punto di vista economico, ma occorre tenere presente le particolarità del caso specifico e la difficoltà nel distinguere un livello concorrenziale da quello eccessivo di acquisizione. Lo sfruttamento non può essere dato dalla considerazione di una qualsiasi violazione della disciplina a tutela del consumatore come un abuso di posizione dominante¹³⁹.

In particolare, secondo taluni, l'uso originale dell'illecito antitrust derivante dall'imposizione di termini contrattuali ingiusti si risolverebbe in un'inversione dell'ordinario rapporto tra concorrenza e tutela dei consumatori, per cui, mentre solitamente a una maggiore competitività nei mercati corrisponde un più elevato benessere dei consumatori, nel caso di specie, un provvedimento diretto a proteggere la privacy dei consumatori è reputato idoneo a rafforzare la concorrenza¹⁴⁰. Alla base vi è la convinzione che, siccome le modalità di raccolta e trattamento dei dati adottate da Facebook determinano anche l'esclusione dei concorrenti sul versante della pubblicità online, allora una modifica delle medesime da parte della società ripristinerebbe la concorrenza nel mercato dei social network tedeschi. Tuttavia, in dottrina si esclude che imponesse a Facebook di rivedere le *privacy*

2021, 321, con nota di C. Solinas, *Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette*, in www.juscivile.it, 2020, 1355, con nota di B. Parenzo, *Dati personali come «moneta»* e la seconda anche in *Dir. ind.*, 2021, 511, con nota di G. L. Pastuglia, *Prime note in materia di coordinamento tra disciplina delle pratiche commerciali scorrette e regole privacy*. A seguito del ricorso presentato sia da Facebook che dall'AGCM, le decisioni del Tar Lazio sono state confermate dal Consiglio di Stato con le sentenze gemelle del 29 marzo 2021, nn. 2630 e 2631, massimate rispettivamente in *Giornale dir. amm.*, 2021, 609, con nota di F. Midiri, *Proteggere i dati personali con le tutele del consumatore* e in *Foro it.*, 2021, III, 338, con nota di A. Davola, R. Pardolesi, *Protezione dei dati personali, tutela della concorrenza e del consumatore (alle prese con i 'dark pattern'): parallele convergenti?*, nonché in *Riv. dir. risparmio*, 2021, 392, con nota di L. Casalini, *La patrimonializzazione dei dati personali nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*.

¹³⁹ O. Budzinski, M. Grusevaja e V. Noskova, *The Economics of the German Investigation of Facebook's Data Collection*, cit., 21.

¹⁴⁰ A. Davola, *I vestiti nuovi dell'imperatore". Il contenzioso tra il Bundeskartellamt tedesco e Facebook in tema di abuso di posizione dominante alla luce del progressivo snaturarsi del diritto antitrust*, cit., 595.

policies, in modo da valorizzare la libertà di scelta degli utenti, porti necessariamente a una riduzione del suo potere di mercato o all'eliminazione delle barriere all'ingresso dei concorrenti, a causa dei già menzionati problemi di asimmetria informativa e comportamento irrazionale dei consumatori¹⁴¹.

Inoltre, si rileva che consentire all'utente di decidere liberamente se accettare o meno la raccolta dei suoi dati da parte di siti o app terzi non sia sufficiente a risolvere il problema. Infatti, anche se un concorrente offrisse un servizio attraente e che viene fornito allo stesso numero di utenti dell'impresa dominante, egli non riuscirebbe a competere a causa dello scarso guadagno sul versante della pubblicità online, dovuto all'impossibilità dei terzi di acquisire le informazioni relative agli utenti. Dunque, pur prendendo per buona l'idea per cui la raccolta dei dati da terze parti produce l'effetto di escludere i concorrenti, la scelta del consumatore si rivela un parametro inadatto da una prospettiva antitrust¹⁴². L'inefficacia del rimedio prescritto dal Bundeskartellamt emerge, altresì, dalla circostanza che, una volta modificate le modalità di raccolta e trattamento dei dati, gli utenti sensibili alla sorte degli stessi non avranno più motivo di cambiare piattaforma, mentre coloro che sono a favore di un'esperienza personalizzata ne rimarranno insoddisfatti, peraltro, senza che ciò sia sufficiente a favorire la concorrenza. Dunque, si ha la sensazione che, data la posizione di cui gode Facebook, l'autorità non creda che possa esistere una concorrenza effettiva nel mercato dei social network,

¹⁴¹ *I vestiti nuovi dell'imperatore*, cit., 597 s. Secondo l'autore, avrebbe avuto più senso obbligare Facebook a condividere i dati a sua disposizione con i concorrenti, trattandoli alla stregua di *essential facility* al fine di operare nel mercato della pubblicità online, nonché intervenire in tema di portabilità e interoperabilità dei dati; L'interoperabilità come una soluzione per ridurre il potere di mercato di Facebook, abbassando i costi di passaggio a un'altra piattaforma è prospettata anche da W. Spence, *Facebook, the attention economy and EU competition law: established standards reconsidered?*, cit., 721 s., il quale ammette la difficoltà di metterla in pratica.

¹⁴² A. Köhler, *Online advertising and the competition for data: What abuse are we looking for?*, cit., 225 s.

scegliendo così di conseguire un beneficio immediato per i consumatori, piuttosto che salvaguardare l'assetto concorrenziale¹⁴³.

¹⁴³ C. Koenig, *Exploit to Exclude: Federal Court of Justice Considers Facebook's Data Policy to Violate Competition Law*, cit., 298 s.

CAPITOLO III

LA SAGA FACEBOOK/META: LA VERSIONE NORDAMERICANA

3.1. Facebook nel mirino della Federal Trade Commission, tra violazione dei dati degli utenti e abuso di posizione dominante

3.1.1. Le prime schermaglie

Il colosso digitale, di cui ci siamo occupati nel precedente capitolo in relazione alle sue traversie nel continente europeo, ormai non può stare tranquillo neanche nella sua terra d'origine. Infatti, è opinione diffusa tra gli studiosi che rispetto all'Unione europea, Facebook abbia goduto negli Stati Uniti, almeno fino al 2020, di un trattamento migliore da parte delle autorità di controllo¹⁴⁴. Per meglio comprendere l'evoluzione dell'*antitrust enforcement* statunitense nei confronti del social network, occorre partire da lontano.

Facebook è nel mirino della Federal Trade Commission, per quello che qui interessa, dal 2011, anno in cui l'Agenzia nordamericana preposta alla tutela dei consumatori e della concorrenza, ha iniziato a indagare sulle presunte violazioni della privacy degli utenti del social network¹⁴⁵. Tra le otto condotte illecite contestate a Facebook ai sensi della section 5(a) del FTC Act¹⁴⁶, emerge quella di aver consentito agli sviluppatori di applicazioni

¹⁴⁴ P. W. Hassard, *What's Not to Like?: The EU's Case Against Big Tech and Important Lessons for the United States*, in *North Carolina Journal Of International Law*, 2022, 521, secondo il quale "[...]the United States has a reputation for giving tech giants nothing more than a "slap on the wrist" for their transgressions".

¹⁴⁵ Per un'ottima ricostruzione della vicenda si veda A. Giannaccari, *Facebook, tra privacy e antitrust: una storia (non solamente) americana*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2019, 273; N. Purcell, *United States v. Facebook, Inc. 456 F. Supp. 3d 115 (D.D.C. 2020)*, in *Intellectual Property and Technology Law Journal*, 2021, 191.

¹⁴⁶ Ai sensi della Section 5 del FTC Act, la FTC ha il potere di proibire i metodi di concorrenza sleale e, nell'ambito della protezione dei consumatori, gli atti o pratiche ingannevoli. Tale norma, la Section 2 dello Sherman Act (che vieta non solo i comportamenti unilaterali finalizzati a raggiungere o mantenere illecitamente il monopolio, ma anche le condotte coordinate di esclusione dei concorrenti) e la Section 7 del Clayton Act (in materia di fusioni e acquisizioni) rappresentano i tre pilastri normativi su cui si basa il diritto antitrust nord-

l'accesso non solo alle informazioni degli utenti che avevano installato le app interessate, ma anche quelle dei loro amici sul social network, nonostante quest'ultimi non avessero installato alcunché e gli utenti che si servivano delle app avessero limitato tale accesso tramite le impostazioni sulla privacy. Un'ulteriore pratica sleale e ingannevole attribuita alla società riguardava il non aver comunicato agli utenti che, a seguito di modifiche alle politiche sulla privacy, non avrebbero più potuto limitare l'accesso alle informazioni personali utilizzando le impostazioni sulla privacy precedentemente disponibili e che tali modifiche avrebbero annullato le precedenti scelte operate dagli utenti. Inoltre, contrariamente a quanto precedentemente dichiarato, Facebook aveva condiviso i dati personali degli utenti (ubicazione, età, sesso, data di nascita, stato relazionale, like e interessi, istruzione e nome del datore di lavoro) con gli inserzionisti della piattaforma. L'ultimo aspetto significativo si sostanziava nell'aver continuato a mostrare le informazioni del profilo degli utenti, in particolare foto e video, anche dopo che gli stessi avevano provveduto a cancellare o disattivare i propri account¹⁴⁷.

americano. L'ambito di applicazione della Section 5 è stato e continua a essere una questione molto dibattuta, data la mancata identificazione da parte del Congresso di cosa si debba intendere per "*unfair methods of competition*". Da tale silenzio è derivato il potere implicito della FTC di fare rispettare lo Sherman Act, stabilendo se una condotta che lo viola costituisce un metodo di concorrenza sleale. Ed è proprio la formulazione generica della disposizione che ha consentito alla FTC di fare rientrare nel suo ambito di applicazione le pratiche che violano la privacy dei consumatori nell'era digitale. Sul punto, si veda l'efficace analisi di M. Marquis, *La Federal Trade Commission e la Section 5 del Federal Trade Commission Act. Aspetti istituzionali e penombre giurisdizionali*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2010, 385, oppure in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2000675>. Tra i tanti contributi al dibattito, v. J. Rybnicek e J. D. Wright, *Defining Section 5 of the FTC Act: The Failure of the Common Law Method and the Case for Formal Agency Guidelines*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2496748>; T. Wu, *'Section 5 and 'Unfair Methods of Competition': Testimony Before the Senate Antitrust Committee*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2760162>; J. C. Cooper, *The Perils of Excessive Discretion: The Elusive Meaning of Unfairness in Section 5 of the FTC Act*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2350452>.

¹⁴⁷ *In the Matter of Facebook, Inc.*, Complaint, 29 novembre 2011, Docket No. C-4365, disponibile in lingua inglese sul sito della FTC www.ftc.gov, all'indirizzo <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2011/11/111129facebookcmpt.pdf>.

Nonostante la gravità degli addebiti, la FTC ha deciso di stipulare un accordo con Facebook di durata ventennale, approvando il relativo *Consent Order* nell'agosto 2012, nel quale la società si è impegnata ad astenersi nel futuro da condotte lesive della riservatezza dei consumatori, nonché di implementare un programma completo sulla privacy degli utenti, finalizzato alla prevenzione e gestione dei relativi rischi e coordinato da un professionista qualificato e indipendente, che oltre a esserne il responsabile ha anche il compito di fornire alla FTC valutazioni e relazioni biennali in merito al rispetto dell'accordo¹⁴⁸.

3.1.2. Gli sviluppi sulla scia dello scandalo Cambridge Analytica

Tuttavia, come ci ricorda la saggezza popolare, “il lupo perde il pelo, ma non il vizio”; pertanto, a seguito dello scandalo Cambridge Analytica, la FTC ha riaperto le indagini contro Facebook per aver violato i termini del citato accordo. In particolare, è emerso che la società aveva continuato a fornire agli utenti informazioni false o ingannevoli circa l'utilizzo dei loro dati personali e il controllo che gli stessi utenti potevano esercitare su tale trattamento. Facebook aveva ingannato gli utenti sul fatto che la tecnologia di riconoscimento facciale potesse essere attivata su loro impulso, mentre in realtà era attivata di default operando su foto o video caricati quotidianamente. Non è tutto; dall'istruttoria è emerso che Facebook decideva se continuare a concedere a un particolare sviluppatore l'accesso ai dati degli utenti, sulla base dei vantaggi finanziari che lo stesso avrebbe fornito a Facebook. Oltre a queste violazioni dell'accordo, Facebook aveva messo in atto

¹⁴⁸ In the Matter of Facebook, Inc., Decision and Order, 27 luglio 2012, Docket No. C-4365, disponibile all'indirizzo <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2012/08/120810facebookdo.pdf>; *In re Facebook, Inc.*, Statement of the Commission, 10 agosto 2012, Docket No. C- 4365, disponibile all'indirizzo https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/293551/120810facebook_statement.pdf.

una nuova serie di pratiche ingannevoli consistenti nell'utilizzo dei numeri di telefono forniti dai consumatori per abilitare funzioni di sicurezza, per scopi di sorveglianza digitale e di profilazione commerciale¹⁴⁹.

Anche nel 2019, la Commissione, seppure con una maggioranza risicata (tre voti favorevoli e 2 contrari), ha ritenuto opportuno addivenire a un nuovo accordo con Facebook, modificativo del precedente¹⁵⁰. Ancora una volta, nonostante le reiterate violazioni, si riserva a Facebook un trattamento 'di favore', preferendo la soluzione negoziale a quella giudiziale. Nell'aprile 2020, dopo il parere positivo sull'accordo espresso dalla Corte Distrettuale per il Distretto della Columbia, la FTC ha formalmente approvato le modifiche al suo *Consent Order* del 2012¹⁵¹. La novità più eclatante è rappresentata dalla sanzione di 5 miliardi di dollari imposta a Facebook per le violazioni commesse. Sebbene, la FTC abbia puntato tutto sull'entità della sanzione, ritenuta idonea a far esplicitare la sua funzione deterrente, in molti, tra cui i commissari dissenzienti, sono convinti che sia poco in confronto alle enormi entrate di Facebook. In aggiunta ai vari adempimenti a cui la società è vincolata

¹⁴⁹ Gli addebiti si possono consultare nella causa promossa dagli Stati Uniti d'America (su notifica e autorizzazione al Procuratore Generale da parte della FTC) contro Facebook, dinanzi alla United States District Court for the District of Columbia, Complaint for Civil Penalties, Injunction and Other Relief, 24 luglio 2019, Case No. 19-cv-2184, disponibile all'indirizzo https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/182_3109_facebook_complaint_filed_7-24-19.pdf.

¹⁵⁰ Ciò che le parti hanno convenuto si trova in United States District Court for the District of Columbia, Stipulated Order for Civil Penalty, Monetary Judgement, and Other Injunctive Relief, 24 luglio 2019, Case No. 19-cv-2184, disponibile all'indirizzo https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/182_3109_facebook_order_filed_7-24-19.pdf; In re Facebook, Inc., Statement of Chairman Joe Simons, and Commissioners Noah Joshua Phillips and Christine S. Wilson, 24 luglio 2019, disponibile all'indirizzo https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1536946/092_3184_facebook_majority_statement_7-24-19.pdf; In re Facebook, Inc., Dissenting statement of Commissioner Rohit Chopra, 24 luglio 2019, disponibile all'indirizzo https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1536911/chopra_dissenting_statement_on_facebook_7-24-19.pdf; In the Matter of Facebook, Inc., Dissenting Statement of Commissioner Rebecca Kelly Slaughter, 24 luglio 2019, disponibile all'indirizzo https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1536918/182_3109_slaughter_statement_on_facebook_7-24-19.pdf.

¹⁵¹ In the Matter of Facebook, Inc., Commission Order Modifying Prior Decision and Order, 28 aprile 2020, Docket No. C-4365, disponibile all'indirizzo <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/c4365facebookmodifyingorder.pdf>.

per i prossimi 20 anni, è prevista la creazione di un *Independent Privacy Committee*, responsabile per il trattamento dei dati degli utenti e l'obbligo di implementare nuovi ed efficienti meccanismi che garantiscano la responsabilità dei dirigenti di Facebook per le decisioni prese in materia di privacy.

3.1.3. L'azione intrapresa dinanzi alla corte distrettuale per il District of Columbia

Il nuovo accordo non ha calmato le acque. Il 9 dicembre 2020, la FTC ha convenuto in giudizio Facebook per abuso di posizione dominante, dinanzi alla corte distrettuale per il Distretto della Columbia¹⁵². L'iniziativa della FTC si inserisce nel nuovo contesto, caratterizzato da un timore generale verso il potere accumulato dalle grandi piattaforme digitali¹⁵³, grazie alla raccolta ed elaborazione di enormi quantità di dati. A conferma di ciò, contemporaneamente alla FTC, ben 46 Stati americani hanno accusato Facebook delle medesime condotte, ma la corte ha bloccato sul nascere le loro pretese, sostanzialmente, perché è passato troppo tempo dalle acquisizioni di Instagram e WhatsApp (su tale aspetto torneremo più avanti, trattando della causa intentata dalla FTC), senza che essi le impugnassero¹⁵⁴. Dopo un lungo

¹⁵² United States District Court for the District of Columbia, Complaint for Injunctive and Other Equitable Relief, 9 dicembre 2020, Case No. 20-cv-3590, disponibile all'indirizzo https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/051_2021.01.21_revised_partially_reacted_complaint.pdf. Per una ricostruzione della vicenda v. L. J. White, *The dead hand of Cellophane and the Federal Google and Facebook antitrust cases: market delineation will be crucial*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3975930>; il ricorso è, altresì, commentato da B. Begović, N. Ilić, *FTC v. Facebook or breaking up dominant digital platforms in the time of Covid-19: motives, rationale, and possible alternatives from a competition law perspective*, in A. Erceg, D. Aksamovic (eds.), *Competition Law (in Pandemic Times): Challenges and Reforms*, Juraj Strossmayer University of Osijek, 2021, 85-106; E. Diamond, *Distrust & antitrust: Using Facebook to understand competition law's role in regulating data and data privacy concerns around the world*, in *Fordham International Law Journal*, 2022, 873.

¹⁵³ Si veda supra, par. 1.1.1.

¹⁵⁴ United States District Court for the District of Columbia, Memorandum Opinion, 28 giugno 2021, Case No. 20-cv-3589, disponibile all'indirizzo <https://www.dcd.uscourts.gov/district-court-opinions>.

periodo di lasciar fare, iniziato negli anni '70 con l'affermarsi della scuola di Chicago, oggi si torna a chiedere a gran voce il rafforzamento dell'intervento antitrust, con la consapevolezza che prima si debba procedere all'aggiornamento delle vecchie leggi in materia, in modo tale da renderle capaci di affrontare le problematiche sorte nei mercati digitali¹⁵⁵. A proposito di tale attivismo generale, nel 2019, la FTC ha introdotto all'interno del Bureau of Competition la Technology Task Force, successivamente rinominata Technology Enforcement Division, le cui indagini hanno portato alla controversia contro Facebook¹⁵⁶; nel 2020, la Camera dei rappresentanti ha pubblicato un Report dal titolo "Investigation of Competition in Digital Markets", che individua il modo in cui la privacy influisce sul potere di mercato delle piattaforme e suggerisce al Congresso come modificare l'attuale legislazione¹⁵⁷; nel 2021, la Camera e il Senato hanno adottato due proposte di legge significative in materia: il Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act e il Social Media Privacy Protection and Consumers Rights Act, che potrebbe rappresentare l'equivalente del GDPR¹⁵⁸.

¹⁵⁵ V. l'intervista a Lina Khan, *Lina Khan: US antitrust takes big steps – How to read that in Europe?*, in *Concurrences*, 2021, 1, in cui quella che sarebbe diventata di lì a poco Presidente della FTC afferma che "In the US, given the permafrost, [...] the focus is primarily on resuscitating antitrust enforcement", perché "For a variety of reasons, I think the FTC has not really lived up to the potential that Congress aspired for it". Su questo nuovo movimento si segnala, a titolo esemplificativo, Ch. S. Yoo, *Hipster Antitrust: New Bottles, Same Old W(h)ine?* disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3567928>; R. Pardolesi *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future?*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2019, 81; J. D. Wright, E. Dorsey, J. Rybnicek, J. Klick, *Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3249524>; B. Orbach, *Antitrust populism*, in *New York University Journal of Law & Business*, 2017, 1.

¹⁵⁶ V. Conferenza stampa della FTC del 26 febbraio 2019, *FTC's Bureau of Competition Launches Task Force to Monitor Technology Markets*, disponibile all'indirizzo <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2019/02/ftcs-bureau-competition-launches-task-force-monitor-technology-markets>.

¹⁵⁷ Si veda la Conferenza stampa della Sottocommissione Antitrust della Commissione giudiziaria della Camera del 6 ottobre 2020, *Judiciary Antitrust Subcommittee Investigation Reveals Digital Economy Highly Concentrated, Impacted By Monopoly Power*, disponibile all'indirizzo <https://judiciary.house.gov/news/documentsingle.aspx?DocumentID=3429>.

¹⁵⁸ Maggiori informazioni sulle proposte legislative sono disponibili agli indirizzi <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/225> e <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate->

Tornando alla causa da cui abbiamo preso le mosse, la FTC ha citato in giudizio Facebook, sostenendo che l'azienda sta mantenendo il suo monopolio nel mercato statunitense dei servizi di social network personali attraverso una condotta anticoncorrenziale, comprensiva di tre pratiche: l'acquisizione nel 2012 del concorrente Instagram, l'acquisizione nel 2014 dell'app di messaggistica mobile WhatsApp e l'imposizione di condizioni anticoncorrenziali agli sviluppatori di software, che Facebook non vuole o non può acquistare.

Instagram è un'applicazione che consente agli utenti di connettersi con i loro amici attraverso lo scatto, la modifica, la condivisione e il commento di fotografie e, all'avviso della FTC, era il più importante concorrente di Facebook. Inizialmente Facebook ha provato a competere con Instagram, migliorando le proprie funzioni di condivisione delle foto su dispositivi mobili, ma poi ha deciso che sarebbe stato meglio acquistarlo piuttosto che competerci. In tal modo, Facebook è riuscito non solo a neutralizzare la minaccia diretta rappresentata dal concorrente, ma anche a impedire che possano emergere nuovi fornitori di servizi di social network personali, sfruttando la condivisione di foto sui telefoni cellulari.

La medesima strategia è stata usata con WhatsApp, unico protagonista nel settore della messaggistica mobile e potenziale concorrente nel mercato dei social network personali. Al fine di scongiurare tale rischio, Facebook, dopo aver creato la sua app di messaggistica Facebook Messenger, che non ha avuto grande successo, ha deciso di comprare WhatsApp, ottenendo il doppio risultato di neutralizzare WhatsApp come minaccia diretta e, contemporaneamente, rendere più difficile per le future app di messaggistica mobile acquisire economia di scala e minacciare di entrare nel mercato dei social network personali.

[bill/1667?q=%7B%22search%22%3A%5B%22Social+Media+Privacy+Protection+and+Consumer+Rights+Act%22%5D%7D&s=1&r=1](https://www.ftc.gov/bill/1667?q=%7B%22search%22%3A%5B%22Social+Media+Privacy+Protection+and+Consumer+Rights+Act%22%5D%7D&s=1&r=1).

In aggiunta all'acquisizione dei concorrenti attuali e potenziali, tra il 2011 e il 2018, Facebook ha subordinato l'accesso alla sua piattaforma (ossia alle cd. Application programming interfaces, APIs, che consentono alle applicazioni di terze parti di accedere ai dati degli utenti Facebook) alla condizione che gli sviluppatori di app non gli facessero concorrenza, replicandone le funzionalità principali, né collaborassero con o promuovessero i concorrenti. Così facendo, la piattaforma ha impedito a nuovi concorrenti di poter emergere o crescere, salvaguardando la sua posizione dominante nel mercato. Nonostante il 4 dicembre 2018 Facebook abbia rimosso le restrizioni sulle "funzionalità principali", anticipando la pubblicazione da parte di un membro del Parlamento inglese di una serie di documenti che evidenziano la condotta anticoncorrenziale verso gli sviluppatori di app, la FTC ha sostenuto che Facebook potrebbe ripristinarle qualora il suddetto scrutinio pubblico dovesse essere superato.

Secondo la FTC, le pratiche sopra evidenziate ostacolano ed eliminano la concorrenza nel mercato rilevante, consentendo a Facebook di mantenere il suo potere monopolistico. In particolare, da una parte gli utenti vengono privati dei benefici della concorrenza, tra cui una maggiore scelta, qualità e innovazione, dall'altra, le condotte di Facebook sopprimono anche la concorrenza sul versante della vendita di pubblicità, privando così gli inserzionisti di vantaggi quali la riduzione dei prezzi, l'aumento della scelta, della qualità e dell'innovazione in materia di pubblicità. Tuttavia, nonostante le diverse pagine dedicate al modello di business di Facebook, finanziato vendendo spazi pubblicitari personalizzati online, e alla differenza tra questo tipo di pubblicità rispetto a quella offline, su display e di ricerca, la FTC non ha parlato di mercato rilevante con riferimento alla pubblicità.

La FTC ha piuttosto definito il mercato rilevante come quello dei servizi di social network personali negli Stati Uniti, consistenti in servizi online utilizzati dalle persone per intrecciare relazioni personali e condividere esperienze con amici, familiari e altri in uno spazio sociale condiviso. Gli altri

tipi di servizi online (quali, LinkedIn, YouTube, Spotify, Netflix, ecc.) non vengono considerati adeguati sostituti dalla FTC, in quanto svolgono funzioni differenti oppure offrono solo parte del servizio offerto da Facebook, con la conseguenza che il mercato rilevante include soltanto Facebook e Instagram. La sussistenza della posizione dominante di Facebook nel mercato così definito è accertata in base al numero degli utenti attivi sia giornalieri che mensili, nonché dei suoi ricavi complessivi. Nello specifico, la FTC ha ritenuto che la piattaforma goda di una quota del mercato di più del 60% dal 2011 e l'ha mantenuta grazie alle significative barriere all'entrata, effetti di rete diretti e alti *switching costs*.

Infine, data l'asserita violazione della Section 2 dello Sherman Act e della Section 5 del FTC Act, l'Agenzia americana ha chiesto alla corte, essenzialmente, i seguenti rimedi: a) la cessione di asset o la ricostruzione di società (inclusi, ma non solo, Instagram e/o WhatsApp) o qualsiasi altro rimedio idoneo a ripristinare la concorrenza; b) l'obbligo di preavviso e di approvazione preventiva per le future fusioni e acquisizioni; c) il divieto di imporre condizioni anticoncorrenziali agli sviluppatori terzi di software.

Il 28 giugno 2021, la corte ha emesso la sua decisione¹⁵⁹, con cui ha accolto l'istanza del convenuto, volta a non procedere sulla domanda originaria, consentendo peraltro alla FTC di riproporne una nuova, cosa che ha fatto il 19 agosto 2021. Sebbene la Corte abbia ritenuto plausibile la definizione del mercato rilevante, non ha potuto non evidenziare l'insufficienza degli elementi forniti dalla FTC a sostegno dell'asserita posizione dominante del convenuto. Invero, affermare che Facebook possiede una quota di mercato eccedente il 60% dal 2011 non basta, nella misura in cui si tratta di un mercato inusuale, in cui i servizi sono forniti gratuitamente e il giudice non è in grado di capire come si sia arrivati a quel risultato. Pertanto,

¹⁵⁹ United States District Court for the District of Columbia, Memorandum Opinion, 28 giugno 2021, Case No. 20-cv-3590, disponibile all'indirizzo https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/073_2021.06.28_mtd_order_memo.pdf.

la FTC avrebbe dovuto indicare il metodo o i parametri utilizzati per determinare l'esistenza del monopolio della piattaforma. A tal proposito, i ricavi complessivi ottenuti da Facebook non sono ritenuti un parametro adeguato, poiché tali ricavi sono tutti ottenuti in un mercato separato, ovvero il mercato della pubblicità. Lo stesso vale per le percentuali di utenti attivi e per il tempo trascorso dagli stessi sul social network, in quanto le prime si rivelano inattendibili con riferimento agli utenti che hanno account su più social network, mentre il tempo trascorso sulle app o siti web offerti sulla piattaforma, non è necessariamente tempo trascorso sul social network. Inoltre, la Corte si chiede a chi spetti il restante 30-40 % se Facebook e Instagram sono gli unici social network presenti sul mercato.

Ciò stabilito, la corte ha anticipato che la FTC non potrà ottenere un provvedimento inibitorio in ordine al rifiuto di Facebook di consentire ai concorrenti l'accesso ai dati dei suoi utenti, nella misura in cui tale rifiuto non è di per sé illecito e i casi di revoca dell'accesso una volta consentito, anche se potrebbero essere contrari alla Section 2, hanno avuto luogo nel lontano 2013. Peraltro, anche se il rifiuto di fornire l'accesso ai concorrenti fosse di per sé illecito, la FTC non ha allegato alcuna circostanza fattuale a sostegno dell'eventuale reintroduzione delle pratiche rimosse nel 2018 o del superamento dello scrutinio pubblico da parte di Facebook, in modo tale da convincere i giudici del fatto che il comportamento illecito si ripeterà in futuro in assenza di un provvedimento ingiuntivo. Per quanto concerne, invece, l'imposizione di condizioni anticoncorrenziali, non si è verificato alcun effetto di esclusione dei concorrenti, posto che tale politica si è applicata solo alle applicazioni progettate per essere utilizzate all'interno di Facebook, non alle applicazioni indipendenti e separate, il tutto senza, peraltro, impedire a uno sviluppatore di creare una versione della sua applicazione che potesse essere utilizzata in un altro social network. Negli altri casi in cui la pratica ha riguardato applicazioni indipendenti, vietando loro di esportare i dati degli utenti di Facebook in un social network concorrente o verso un prodotto o un

servizio che riproduce un prodotto o un servizio principale di Facebook, non si è trattato di un divieto generalizzato di collegamento o interoperabilità tra applicazioni indipendenti e concorrenti di Facebook, come vuol far sembrare la FTC.

Il silenzio della Commissione sulle due acquisizioni non è passato inosservato, visto che la decisione non ha mancato di ricordare che essa, pur avendone avuto la possibilità, non le ha impugnate. Tuttavia, contrariamente a quanto sostenuto dal convenuto, la corte ha stabilito che anche le fusioni di vecchia data possono essere messe in discussione, qualora l'acquirente detenga ancora i beni o le azioni acquistate come nel caso in esame, estendendo così il principio previsto dalla Section 7 del Clayton Act con riferimento alle fusioni, anche a controversie fondate sulla Section 2 dello Sherman Act.

Come già detto, la FTC ha proposto un nuovo ricorso contro Facebook, cercando di seguire i suggerimenti della corte¹⁶⁰. Nella sua *Amended Complaint*, la FTC ha cercato di offrire un'analisi più dettagliata dei confini del mercato rilevante e della posizione dominante di Facebook, confermando che Facebook e Instagram sono i due maggiori servizi di social networking personale negli Stati Uniti. La Commissione ha continuato a calcolare la quota di mercato detenuta da Facebook (compreso Instagram) in base al tempo trascorso dagli utenti (superiore all'80% dal 2011), alla percentuale di utenti attivi giornalieri (superiore al 70% dal 2016) e mensili (superiore al 65% dal 2012), ma stavolta servendosi dei dati forniti da Comscore, un servizio di raccolta e vendita di dati online. Nella sua memoria in opposizione alla richiesta con cui il convenuto puntava al rigetto immediato del ricorso

¹⁶⁰ United States District Court for the District of Columbia, First Amended Complaint for Injunctive and Other Equitable Relief, 19 agosto 2021, Case No. 20-cv-3590, disponibile all'indirizzo https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/ecf_75-1_ftc_v_facebook_public_redacted_fac.pdf.

emendato¹⁶¹, la FTC ha chiarito che la circostanza che i consumatori sono soliti usare più di un social network contemporaneamente non vale a minare l'utilità dei succitati parametri, in quanto essa viene debitamente tenuta in considerazione quando si procede al calcolo della quota di mercato. In aggiunta, anche qualora si verificasse uno scenario alternativo in cui gli utenti usano solo metà del loro tempo su Facebook e Instagram e l'altra metà su altri servizi di social network, la sua quota di mercato sarebbe comunque enorme.

La FTC è convinta che il numero degli utenti attivi e il tempo trascorso su un social network siano unità di misura appropriate delle quote di mercato, innanzitutto, perché l'attrattività di un social network è inevitabilmente correlata al numero di utenti e all'intensità con cui essi utilizzano il servizio e poi, perché Facebook stesso, i rivali e gli osservatori del settore hanno valutato la *performance* di Facebook e di altri social network utilizzando tali criteri. Non solo, anche altre autorità antitrust (quali, quella australiana, britannica e tedesca) si sono serviti dei medesimi parametri, al fine di accertare il potere di mercato di Facebook. Per ciò che riguarda la restante quota di mercato, viene fatto riferimento ad altri concorrenti attuali di Facebook, come Snapchat e MeWe, la cui percentuale di utenti attivi e il tempo trascorso online sono molto più bassi, nonché a quelli che non sono più presenti nel mercato rilevante, quali Google+, MySpace, ecc. La FTC ha poi riportato gli enormi profitti della società (nel 2020, Facebook ha generato 29 miliardi di dollari di profitti in tutto il mondo su circa 85 miliardi di dollari di entrate, di cui 42 miliardi di dollari di entrate sono state generate negli Stati Uniti e in Canada). Un ulteriore elemento indice di una domanda anelastica e del fatto che Facebook ha potere

¹⁶¹ United States District Court for the District of Columbia, Plaintiff Federal Trade Commission's Memorandum of Law in Opposition to Defendant Facebook, Inc.'s Motion to Dismiss Amended Complaint, 17 novembre 2021, Case No. 20-cv-3590, disponibile all'indirizzo https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/085_2021.11.17_ps_memo_in_opp_to_mtd.pdf.

di mercato è dato dalla circostanza che esso, nonostante i risaputi incidenti in materia di privacy, ha subito una perdita minima di utenti.

Infine, la FTC ha insistito sul fatto che Facebook potrebbe riprendere le pratiche volte a subordinare l'accesso alla sua piattaforma a condizioni anticoncorrenziali e rimosse nel 2018, sostenendo che già in passato Facebook ha dimostrato di essere inaffidabile, fornendo informazioni errate alla FTC stessa (la violazione dell'accordo del 2012 ne è un esempio lampante), ma anche ad altre autorità, come la Commissione europea (contrariamente all'impegno assunto al momento dell'acquisto di WhatsApp, ha ricollegato i numeri di cellulare degli utenti WhatsApp ai loro account Facebook).

In attesa che la corte si pronunci di nuovo, nei prossimi paragrafi l'analisi proseguirà con l'esame di alcune questioni che la controversia, testé descritta nelle sue coordinate essenziali, fa emergere.

3.2. Le strategie dell'antitrust alle prese con i mercati digitali. Spunti di riflessione a partire dall'attivismo della FTC

Il giudizio promosso dalla FTC contro Facebook conferma che la creazione di rimedi efficaci contro l'abuso di posizione dominante rappresenta una delle maggiori sfide del moderno diritto antitrust. Si contendono il campo da una parte, i rimedi strutturali, come la dismissione delle grandi piattaforme online dopo l'acquisizione dei rivali attuali o potenziali, dall'altra quelli comportamentali, quali l'interoperabilità tra diverse piattaforme e la condivisione obbligatoria dei dati con i concorrenti, sul presupposto che l'accesso ai dati sia necessario per competere. Entrambi i tipi di rimedi presentano aspetti critici, che gli studiosi della materia non hanno mancato di evidenziare.

In molti sono convinti che la separazione di Instagram e WhatsApp da Facebook non ripristinerà la concorrenza, come sperato, in quanto, anche dopo la cessione delle due società, Facebook continuerebbe ad avere un vantaggio in termini di dati rispetto ai concorrenti. Data la centralità del dato

e la presenza di esternalità di rete che innalzano le barriere all'ingresso nel mercato dei social network, le altre imprese difficilmente potranno crescere e competere con il monopolista se non hanno accesso ai suoi stessi dati¹⁶².

Diverso sarebbe se si imponesse all'impresa dominante un obbligo di interoperabilità e di condivisione dei propri dati. L'interoperabilità obbligatoria consentirebbe agli utenti di comunicare attraverso piattaforme differenti e, se ben regolamentata, sarebbe in grado di neutralizzare gli effetti di rete, nonché di eliminare le barriere all'ingresso del mercato, disincentivando le strategie di acquisizione dei concorrenti¹⁶³. Il problema principale con i rimedi che presuppongono un flusso di dati tra imprese è dato dalla tensione che si viene a creare con la disciplina in materia di privacy, nella misura in cui aumenterebbe la platea dei soggetti con cui vengono condivisi i dati degli utenti, i quali perderebbero del tutto il controllo sugli stessi. La soluzione a tale inconveniente potrebbe essere quella di subordinare l'accesso alle informazioni da parte dei concorrenti al consenso degli utenti dell'impresa egemone, ma questo significherebbe far dipendere il successo del rimedio dalla volontà dei singoli consumatori, i quali, anche a causa dei già menzionati deficit informativi, potrebbero non acconsentire al trasferimento dei loro dati ad altre piattaforme. Ma anche supponendo che ci sia sempre il consenso degli utenti, i rimedi basati sulla condivisione dei dati richiedono costi elevati, legati alla necessità di un controllo continuo da parte delle autorità della loro

¹⁶² C. Nghiem, D. Lopez, A. Sievers, *Federal Trade Commission v. Facebook. Case study of the effects of antitrust laws on consumers data privacy protection*, in *The Maastricht Journal of Liberal Arts*, 2021, 67 ss.

¹⁶³ M. Kades, F. Scott Morton, *Interoperability as a competition remedy for digital networks*, disponibile all'indirizzo <https://equitablegrowth.org/working-papers/interoperability-as-a-competition-remedy-for-digital-networks/>; H. Hovenkamp, *Antitrust and platform monopoly*, in *Yale Law Journal*, 2021, 1952, secondo il quale "If firms such as Facebook or Google which depend on large quantities of user data, were forced to place it into a common pool, then any positive externalities that the data generated would be enlarged rather than diminished. Privacy could still be protected, and users would still have an opportunity to opt out of data collection or sharing. Individual firms could still compete along many other avenues, but not on the size of their consumer-information base. [...] In sum, effective interoperability can significantly reduce the exclusionary effects of scale economies or positive network effects and can greatly increase the number of competing participants".

corretta applicazione¹⁶⁴. Un'altra criticità attiene alla circostanza che un obbligo generalizzato di collaborazione tra piattaforme potrebbe indurre le imprese a non investire le proprie risorse in nuovi mercati, visto che possono avvalersi dei dati altrui, con buona pace dell'innovazione¹⁶⁵.

L'adeguatezza del rimedio strutturale richiesto dalla FTC si nega altresì a causa della difficoltà di separare aziende ormai perfettamente integrate¹⁶⁶ e dell'incertezza giuridica che l'introduzione di un controllo ex post delle fusioni a seguito di quello ex ante genererebbe, disincentivando così anche le operazioni di concentrazione vantaggiose in termini di efficienza economica e benessere dei consumatori.

In realtà, occorre precisare che nulla impedisce alle agenzie di contestare una fusione precedentemente autorizzata, anzi, il controllo ex post è espressamente previsto dall'Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act, la cui Section 7 recita: "Any action taken by the Federal Trade Commission or the Assistant Attorney General or any failure of the Federal Trade Commission or the Assistant Attorney General to take any action under this section shall not bar any proceeding or any action with respect to such acquisition at any time under any other section of this Act or any other provision of law"¹⁶⁷.

¹⁶⁴ E. Douglas, *Monopolization Remedies and Data Privacy*, in *Virginia Journal of Law and Technology*, 2020, 77 ss. L'autrice suggerisce alternativamente di seguire l'esempio del GDPR, in cui è considerato lecito il trattamento dei dati anche in mancanza del consenso dell'interessato, qualora lo stesso sia necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento. Considerare l'obbligo di condividere i dati con i concorrenti al pari di un obbligo legale consente di ovviare agli inconvenienti legati al consenso senza violare il diritto alla privacy dei consumatori.

¹⁶⁵ H. Hovenkamp, *House Judiciary Inquiry into Competition in Digital Markets: Statement of Herbert Hovenkamp*, in *University of Pennsylvania Law School, Institute for Law & Economics*, 2020, 1.

¹⁶⁶ H. Hovenkamp, *Antitrust and platform monopoly*, cit., 2008 e ss.

¹⁶⁷ Ai sensi dell'Hart-Scott-Rodino Act, le grandi fusioni sono soggette al controllo e all'autorizzazione da parte delle autorità antitrust (FTC o DOJ), le quali possono contestarle in base alla Section 7 del Clayton Act, cioè qualora siano suscettibili di ridurre la concorrenza o di creare un monopolio. Una volta notificata l'operazione di fusione e a seguito di indagini, l'autorità può lasciare scadere il termine o autorizzarla espressamente se ritiene che non sia anticoncorrenziale, altrimenti decide di contestarla, dando inizio al relativo contenzioso. In quest'ultima ipotesi, le parti coinvolte possono evitare il contenzioso stipulando un accordo con l'agenzia, in modo tale da procedere con l'operazione, ma alle condizioni concordate.

Infatti, la FTC ha approvato le acquisizioni di Instagram e WhatsApp, riservandosi il diritto di contestarle successivamente, qualora l'interesse pubblico lo dovesse richiedere¹⁶⁸. D'altra parte, c'è chi vede nella possibilità di un controllo ex post delle acquisizioni uno strumento per disincentivare l'impresa risultante dall'operazione di concentrazione dall'aumentare i prezzi o dal pregiudicare in altro modo la concorrenza¹⁶⁹. Peraltro, le difficoltà legate all'integrazione delle aziende divenute ormai un'entità unitaria, potrebbero essere superate servendosi dell'esperienza maturata nel settore privato, in cui sono state portate a termine con successo una serie di scissioni di grandi aziende integrate. Nonostante le dismissioni del settore privato perseguano il diverso obiettivo di fare aumentare il valore dell'azienda interessata, le autorità antitrust possono prenderne spunto ai fini della loro missione contro i monopoli illeciti delle grandi piattaforme digitali¹⁷⁰.

Ma c'è di più; secondo taluni, anche dal punto di vista dell'economia comportamentale, la scissione di Facebook non porterà necessariamente a una maggiore concorrenza tra piattaforme. Gli studi sul comportamento dei consumatori dimostrano che essi non sempre agiscono razionalmente, scegliendo i prodotti e servizi che massimizzano la loro utilità, bensì si fanno guidare da pregiudizi o convinzioni errate, quali l'idea per cui il prezzo più alto, la marca del prodotto o le scelte degli altri siano indice di una maggiore qualità. Ai fini della nostra analisi, è stato dimostrato che sono gli utenti stessi a creare potere di mercato, utilizzando un'unica piattaforma digitale, sebbene ve ne

¹⁶⁸ V. la comunicazione della FTC alle parti della conclusione delle indagini del 22 agosto 2012, *Closing Letter to Counsel for Facebook, Inc.* e *Closing Letter to Counsel for Instagram, Inc.*, disponibili all'indirizzo https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/closing-letters?search=instagram+&sort_by=search_api_relevance;10 aprile 2014, *Letter From Jessica L. Rich, Director of the Federal Trade Commission Bureau of Consumer Protection, to Erin Egan, Chief Privacy Officer, Facebook, and to Anne Hoge, General Counsel, WhatsApp Inc.*, disponibile all'indirizzo https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/297701/140410facebook_whatapltr.pdf.

¹⁶⁹ S. Patel, *Merger Breakups*, in *Wisconsin Law Review*, 2020, 975.

¹⁷⁰ R. Van Loo, *In defense of breakups: administering a "radical" remedy*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3646630>.

siano altre e di qualità migliore. Di conseguenza, è probabile che anche a seguito della dismissione dei giganti hi-tech, gli utenti continueranno a comportarsi in modo irrazionale, scegliendo di utilizzare un'unica piattaforma e contribuendo a renderla dominante¹⁷¹.

Da più parti si osserva che le grandi dimensioni delle imprese tecnologiche non possono essere di per sé fonte di responsabilità antitrust che giustifichi una loro dismissione, ma è necessario che la fusione abbia portato a una riduzione della produzione e a un aumento dei prezzi¹⁷². Lo scopo della disciplina sulla concorrenza non è quello di ridimensionare le imprese, renderle meno redditizie o meno efficienti, bensì ripristinare le condizioni concorrenziali e assicurare il benessere dei consumatori sotto forma di più prodotti, di migliore qualità e a prezzi più bassi. I problemi legati alla privacy, al potere politico o all'uguaglianza sociale ed economica fuoriescono dall'ambito antitrust a meno che non si risolvano anche in una riduzione della produzione, un aumento dei prezzi o un ostacolo all'innovazione. Dunque, i rimedi antitrust devono essere concepiti alla luce dei suddetti obiettivi e quelli strutturali non sono di per sé negativi, ma occorre che la loro adozione sia preceduta da una valutazione dei relativi effetti. Troppo spesso, infatti, le cessioni finiscono per causare proprio ciò che l'antitrust si prefigge di impedire¹⁷³.

Non è condivisibile l'idea, secondo cui la Section 2 dello Sherman Act richiederebbe un onere della prova più attenuato rispetto alla Section 7 del Clayton Act, cosicché si potrebbe prescindere dalla dimostrazione degli effetti anticoncorrenziali dell'acquisizione, essendo sufficiente la prova dell'intenzione dell'acquirente di eliminare le minacce al suo monopolio. Se

¹⁷¹ F. Lior, *Boundedly Rational Users and the Fable of Break-Ups: Why Breaking-Up Big Tech Companies Probably Will Not Promote Competition from Behavioural Economics Perspective*, in *World Competition*, 2020, 1.

¹⁷² H. Hovenkamp, *House Judiciary Inquiry into Competition in Digital Markets: Statement of Herbert Hovenkamp*, cit., 9; M. S. Patel, *Merger Breakups*, in *Wisconsin Law Review*, cit., 1030 s.

¹⁷³ H. Hovenkamp, *Antitrust and platform monopoly*, cit., 2006 e ss.

non si richiedesse la dimostrazione del nesso di causa tra condotta e monopolio si correrebbe il rischio di impedire anche le acquisizioni volte a promuovere la concorrenza¹⁷⁴.

La FTC avrebbe dovuto dimostrare il pregiudizio attuale o potenziale alla concorrenza tramite un'analisi controfattuale, ma non l'ha fatto. L'esame di ciò che sarebbe stato se le acquisizioni non avessero avuto luogo rafforzerebbe la tesi dell'inadeguatezza del rimedio. In particolare, se Facebook non avesse acquisito Instagram, gli utenti avrebbero continuato a utilizzare almeno due app di social network al posto di una, con conseguenti difficoltà di comunicazione tra coloro che usano app diverse e costi in termini di tempo utilizzato per la condivisione di foto online. Per quanto riguarda il versante della pubblicità, in assenza dell'acquisizione gli inserzionisti avrebbero sì avuto un ulteriore fornitore di servizi di pubblicità, ma anche un ulteriore social network da pagare e non è detto che il prezzo complessivo sarebbe stato più basso di quello attuale, posto che separati i due social network non sono in grado di raggiungere un'economia di scala. Se Facebook non avesse acquisito WhatsApp, i consumatori avrebbero continuato a usare almeno due app di messaggistica mobile (WhatsApp e Messenger) invece che una, con conseguente bisogno di passare costantemente da una app all'altra a seconda della lista di contatti utilizzata. Ciò implica più tempo da spendere per gli utenti e un peggioramento della qualità del servizio di messaggistica, legato all'impossibilità per entrambe le app di raggiungere un'economia di scala e migliorare la propria funzionalità¹⁷⁵.

Anche chi vede nel controllo *ex post* delle acquisizioni un'opportunità per le autorità di rimediare ai loro errori di valutazione, a beneficio dei

¹⁷⁴ D. H. Ginsburg, K. Wong-Ervin, *Challenging Consummated Mergers Under Section 2*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3590703>.

¹⁷⁵ B. Begović, N. Ilić, *FTC v. Facebook or breaking up dominant digital platforms in the time of Covid-19: motives, rationale, and possible alternatives from a competition law perspective*, cit., 94 ss; L. J. White, *The dead hand of Cellophane and the Federal Google and Facebook antitrust cases: market delineation will be crucial*, cit., 25 ss.

consumatori, è consapevole della sua inefficacia nei mercati digitali, in cui il danno concorrenziale può derivare da un trattamento illecito dei dati personali dei consumatori. In tali mercati, un ripristino della concorrenza potrebbe non essere sufficiente a indurre le due imprese separate a porre fine alle violazioni della privacy degli utenti¹⁷⁶. Inoltre, in presenza di effetti di rete, sebbene la scissione dell'entità risultante dalla fusione potrebbe ripristinare l'equilibrio competitivo nel breve periodo, tuttavia, per la regola del "chi vince prende tutto", una delle due imprese finirebbe comunque per dominare il mercato rilevante, comportandosi non diversamente dalla precedente. Per non menzionare la circostanza che la dismissione della piattaforma dominante potrebbe portare a una diminuzione del benessere dei consumatori, nella misura in cui eliminerebbe i benefici derivanti dagli effetti di rete e farebbe prevalere nel mercato un'impresa meno efficiente¹⁷⁷.

Ad avviso di qualche commentatore, a indurre in errore le autorità antitrust è la presunzione per cui una concentrazione è anticoncorrenziale qualora la quota di mercato post-fusione superi una determinata soglia. Più precisamente, le acquisizioni dei concorrenti potenziali da parte di imprese dominanti sfuggono alle maglie del controllo antitrust, perché l'impresa che viene acquisita ha una quota di mercato inesistente o talmente piccola che non riesce a modificare quella dell'impresa acquirente a seguito dell'operazione. Pertanto, si suggerisce un'indagine a tre fasi delle acquisizioni: nella fase zero, l'autorità deve cercare di scoprire se l'impresa oggetto di acquisizione intende o potrebbe teoricamente entrare nel mercato in cui l'acquirente riveste una

¹⁷⁶ M. S. Patel, *Merger Breakups*, in *Wisconsin Law Review*, cit., 1037; M. E. Stucke, *The relationship between privacy and antitrust*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=4042262>, secondo il quale il ripristino del contesto concorrenziale non implica necessariamente un miglioramento della privacy dei consumatori quando la concorrenza stessa è tossica. Infatti, anche se Facebook venisse dismesso i concorrenti continuerebbero a tracciare i consumatori online per fini di pubblicità mirata. Dunque, prima di ogni altra iniziativa, occorre garantire una corretta forma di concorrenza, in cui i dati vengono raccolti solo per fornire ai consumatori un servizio migliore e non per scopi di profilazione commerciale.

¹⁷⁷ M. S. Patel, *Merger Breakups*, in *Wisconsin Law Review*, cit., 1038.

posizione dominante e se possiede una quota di mercato insignificante; nella fase uno, si deve individuare l'intenzione dell'acquirente, desumibile dai documenti interni dell'azienda e dalle affermazioni dei soggetti in posizione apicale nelle varie comunicazioni; la fase due è eventuale, perché solo qualora non si riesca a individuare l'intento anticoncorrenziale che sta dietro all'operazione di acquisizione si può procedere con l'analisi tradizionale delle quote di mercato. Il criterio dell'intento dell'acquirente consentirebbe alle autorità di evitare di perdere tempo e risorse con la definizione del mercato rilevante, posto che se viene rilevato che il solo scopo dell'acquisizione è quello di neutralizzare la minaccia di potenziali concorrenti, la medesima non deve essere autorizzata. Se la FTC avesse adottato tale metodo di indagine non avrebbe approvato l'acquisizione di Instagram. Invero, la fase zero avrebbe rilevato che Instagram era un concorrente potenziale, perché già presente nel mercato dei social network, ma con una quota di mercato molto ridotta. La fase uno avrebbe individuato l'intento anticoncorrenziale, grazie all'email interna in cui l'amministratore delegato di Facebook ammette che *"it is better to buy than compete"*¹⁷⁸.

Infine, oltre all'interoperabilità, un'altra soluzione alternativa proposta dai critici del rimedio strutturale è quella di consentire alle piattaforme dominanti di ottenere soltanto un diritto non esclusivo sulla tecnologia acquisita, in modo tale che l'impresa proprietaria possa continuare a svilupparla ulteriormente o concederla in licenza ad altri¹⁷⁹.

Come si è avuto modo di vedere sin qui, i dati hanno un valore immenso all'interno degli ecosistemi digitali e che molto spesso il danno ai consumatori deriva proprio da un loro utilizzo illecito; perciò, taluni propongono di trattare tali

¹⁷⁸ R. Beattie, *The Facebook two-step: reinvigorating merger enforcement through a practical analysis of intent evidence*, in *George Washington Law Review*, 2022, 502.

¹⁷⁹ H. Hovenkamp, *House Judiciary Inquiry into Competition in Digital Markets: Statement of Herbert Hovenkamp*, cit., 10; B. Begović, N. Ilić, *FTC v. Facebook or breaking up dominant digital platforms in the time of Covid-19: motives, rationale, and possible alternatives from a competition law perspective*, cit., 100 ss.

dati come lavoro, nel senso che le piattaforme dovrebbero pagare un equo compenso a ogni individuo per l'utilizzo dei suoi dati, tramite la stipula di contratti di lavoro sotto la supervisione di sindacati indipendenti e appositamente creati. Quest'ultimi avranno il compito di regolare il prezzo dei dati coinvolti e gestiranno la transazione tra piattaforma e individuo, fissando prezzi più bassi (o pari a zero) per le piattaforme di piccole dimensioni, al fine di controbilanciare gli effetti di rete e le economie di scala. Tuttavia, si ammette la difficoltà ad implementare una tale soluzione, posto che è difficile immaginare unità indipendenti con il potere di fissare il prezzo di mercato dei dati. Peraltro, non è dimostrato che gli utenti delle piattaforme traggano un valore inferiore a quello che le piattaforme traggono da loro. Se così fosse l'esborso da parte delle piattaforme in favore dei consumatori potrebbe incidere negativamente sugli incentivi agli investimenti per l'innovazione e il miglioramento dei servizi, riducendo il benessere nel lungo periodo¹⁸⁰.

Anche un recente caso, sottoposto all'esame dell'autorità antitrust italiana, presenta una modalità alternativa di trattamento dei dati personali con l'autorizzazione del suo titolare in una prospettiva merceologica¹⁸¹. L'AGCM ha avviato un'istruttoria nei confronti di Google, al fine di accertare se la società si sia avvalsa della propria posizione dominante per ostacolare la portabilità dei dati (prevista dall'art. 20 del GDPR) fra la propria piattaforma e quella di Hoda S.r.l. Quest'ultima è una società che "ha sviluppato una App-Banca dati, denominata Weople, che consente alle persone fisiche che si iscrivono ad essa di immettere i propri dati in una sorta di conto/cassetta e di beneficiare di un guadagno ogni volta che le imprese richiedono tali dati, in forma statistica, aggregata e anonima, per lo svolgimento della propria attività di targhettizzazione della clientela o per altri fini, come la creazione di

¹⁸⁰ G. Parker, G. Petropoulos, M. Van Alstyne, *Digital platforms and antitrust*, cit., 16.

¹⁸¹ AGCM, 5 luglio 2022, disponibile sul sito www.agcm.it, all'indirizzo [https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/B7FC348D8D737417C1258883004DD3E7/\\$File/p30215.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/B7FC348D8D737417C1258883004DD3E7/$File/p30215.pdf).

database statistici o strumenti di *enrichment*". Al fine di valorizzare i dati, Hoda ottiene dall'utente interessato la delega a raccogliere tutti i suoi dati disseminati nelle principali piattaforme online, incluso Google. Senonché, quest'ultimo ha consentito agli utenti di ottenere una copia dei loro dati attraverso una procedura piuttosto complessa (Google Takeout), che finisce per scoraggiare l'esercizio della portabilità dei dati da parte degli stessi. Secondo l'antitrust italiano, la condotta di Google, consistente nell'ostacolare la condivisione dei dati presenti nella propria piattaforma con altri operatori, si risolve in uno sfruttamento illecito dei consumatori nella misura in cui impedisce agli stessi di massimizzare i profitti che potrebbero trarre dal trattamento dei loro dati personali. In aggiunta, "tale condotta presenta un ulteriore carattere restrittivo della concorrenza nella misura in cui limita la possibilità di operatori alternativi a Google di sviluppare forme innovative di utilizzo dei dati personali".

Il caso italiano suggerisce una modalità concreta di implementazione del processo di democratizzazione dei dati, da molti osannato¹⁸², perché impedisce che gli stessi costituiscano una barriera all'ingresso, riduce i costi di switching dell'utente da una piattaforma all'altra e, di conseguenza, gli effetti di rete che caratterizzano i mercati digitali.

¹⁸² Quasi tutti gli autori citati nelle note che precedono sono di questo avviso.

Riferimenti bibliografici

Aguilera Valdivia E., *The Scope of the 'Special Responsibility' upon Vertically Integrated Dominant Firms after the Google Shopping Case: Is There a Duty to Treat Rivals Equally and Refrain from Favouring Own Related Business?*, in *World Competition*, 2018, 43

Alpa G., *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, in *Contratto e impr.*, 2022, 721

Andreoletti M.A., La Rocca F., *Considerazioni generali in tema di distribuzione selettiva*, in *Riv. dir. ind.*, 2018, 314

Andriychuk O., *Shaping the New Modality of the Digital Markets: The Impact of the DSA/DMA Proposals on Inter-Platform Competition*, in *World Competition*, 2021, 261

Battelli E., *Questioni aperte in materia di contrattazione nelle piattaforme online*, in *Contratti*, 2022, 563

Beattie R., *The Facebook two-step: reinvigorating merger enforcement through a practical analysis of intent evidence*, in *George Washington Law Review*, 2022, 502

Begović B., Ilić N., *FTC v. Facebook or breaking up dominant digital platforms in the time of Covid-19: motives, rationale, and possible alternatives from a competition law perspective*, in Erceg A., Aksamovic D. (eds.), *Competition Law (in Pandemic Times): Challenges and Reforms*, Juraj Strossmayer University of Osijek, 2021, 85-106

Bergkamp P., *The Proposed EU Digital Markets Act: A New Era for the Digital Economy in Europe*, in *European Company Law Journal*, 2021, 152

Bloodstein B., *Amazon and Platform Antitrust*, in *Fordham Law Review*, 2019,187

Casoria M., Pardolesi R., *La Corte di Giustizia e il (re)wind della distribuzione selettiva nella rete. Il caso Coty Germany*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2018, 75

Botta M., Wiedemann K., *The interaction of EU Competition, Consumer and Data protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3462983>

Bravo F., *La <<compravendita>> di dati personali?*, in *Dir. Internet*, 2020, 521

Budzinski O., Grusevaja M., Noskova V., *The Economics of the German Investigation of Facebook's Data Collection*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3593236>

Bunworth R., *In the Market for New Form of Abuse? Google Shopping and the law on Self-Preferencing in the EU*, in *Hibernian Law Journal*, 2021, 121

Casalini L., *La patrimonializzazione dei dati personali nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. risparmio*, 2021, 392

Casoria M., *Distribuzione selettiva e vendite via Internet: l'imprimatur della Corte di Giustizia (con qualche cautela)*, *Foro it.*, 2012, IV, 414

Cauffman C., Goanta C., *A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2021, 758

Cavaceppi C., *La tutela dei consumatori delle piattaforme digitali*, in Contaldo A. (a cura di), *Le piattaforme digitali. Profili giuridici e tecnologici nel nuovo ecosistema*, Pisa, Pacini Giuridica, 2021, 157-180

Colangelo G., *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2016, 425

Colangelo G., Torti V., *Selective Distribution and Online Marketplace Restrictions under Eu Competitive Rules after Coty Prestige*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3119129>

Colangelo G., *Antitrust Unchained: The EU's Case Against Self-Preferencing*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=4227839>

Colangelo G., Maggiolino M., *Antitrust Über Alles. Whither Competition Law after Facebook?*. in *World Competition*, 2019, 355

Colangelo G., Maggiolino M., *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy Through Competition?*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2945085>

Contaldi G., *Diritto antitrust e mercati digitali*, in Proto M. et al., (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persone, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, Giuffrè, 2022, 393-413

Cooper J.C., *The Perils of Excessive Discretion: The Elusive Meaning of Unfairness in Section 5 of the FTC Act*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2350452>

Crémer J., Crawford G.S., Dinielli D., Fletcher A., Heidhues P., Schnitzer M., Scott Morton F.M., Seim K., *Fairness and contestability in the Digital Markets Act*, disponibile all'indirizzo, <https://som.yale.edu/centers/thurman-arnold-project-at-yale/digital-platforms-and-antitrust>

Csurgai-Horváth G., *Is it unlawful to favour oneself?*, in *Hungarian Journal of Legal Studies*, 2021, 297

D'Agostino G., *Le piattaforme digitali come nuove forme di mercato. Alcune considerazioni in merito ai profili economico-giuridici alla luce del processo normativo in UE*, in Ammannati L. et al. (a cura di), *Algoritmi, Big Data, piattaforme digitali. La regolamentazione dei mercati in trasformazione*, Torino, Giappichelli, 2021, 82-136

Eifert M., Metzger A., Schweitzer H., Wagner G., *Taming the giants: The DMA/DSA package*, in *Common Market Law Review*, 2021, 987

Davola A., *I vestiti nuovi dell'imperatore". Il contenzioso tra il Bundeskartellamt tedesco e Facebook in tema di abuso di posizione dominante alla luce del progressivo snaturarsi del diritto antitrust*, in *Dir. Internet*, 2021, 61

Davola A., Pardolesi R., *Protezione dei dati personali, tutela della concorrenza e del consumatore (alle prese con i 'dark pattern'): parallele convergenti?*, in *Foro it.*, 2021, III, 338

Diamond E., *Distrust & antitrust: Using Facebook to understand competition law's role in regulating data and data privacy concerns around the world*, in *Fordham International Law Journal*, 2022, 873

Douglas E., *Monopolization Remedies and Data Privacy*, in *Virginia Journal of Law and Technology*, 2020, 77

Dunne N., *The role of regulation in EU competition law assessment*, in *World Competition*, 2021, 303

Evans D.S., Schmalensee R., *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, in Evans D.S. (ed.) *Platform economics: essays on multi-sided businesses*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=1974020>

Evans D.S., *How Catalysts Ignite: The Economics of Platform-Based Start-Ups*, in Evans D.S. (ed.), *Platform economics: essays on multi-sided businesses*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=1974020>

Fabbio P., *Il diritto della concorrenza in Germania: osservazioni e valutazioni in prospettiva europea*, in *Orizzonti del Dir. Comm.*, 2019, 584

Falce V., Faraone N., *Mercati digitali e DMA: note minime in tema di enforcement*, in *Il diritto industriale*, 2022, 5

Falce V. e Faraone N., *Digital Markets Act: profili istituzionali*, in Caggiano G. et al., (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, Cacucci editore, 2021, 143-154

Faraone N., *La pronuncia del Tribunale UE nel caso Google Search (Shopping) ovvero la storia della profezia che si auto-avvera: un'anticipazione del futuro mutamento dell'enforcement antitrust nei mercati digitali (anche alla luce del DMA)*, in *Dir. Internet*, 2022, 78

Fauceglia D., *Il caso Amazon, i fenomeni negoziali e l'abuso di posizione dominante. Prime riflessioni in tema di self-preferencing*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2021, 111

Fiebig A., Gerber D., *The Causes and Consequences of the Neo-Brandeisian Antitrust Movement in the United States*, in *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 2021, 460

Giannaccari A., *Facebook e l'abuso da sfruttamento al vaglio del Bundesgerichtshof*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2020, 403

Giannaccari A., *Facebook, tra privacy e antitrust: una storia (non solamente) americana*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2019, 273

Giannaccari A., *In tema di private enforcement: sulla rotta giusta?*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, 2017, 143

Ginsburg D.H., Wong-Ervin K., *Challenging Consummated Mergers Under Section 2*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3590703>

Graef I., *Why End-User Consent Cannot Keep Markets Contestable*, in H. Richter *et al.* (eds.), *To Break Up or Regulate Big Tech? Avenues to Constrain Private Power in the DSA/DMA Package*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3932809>

Hassard P.W., *What's Not to Like?: The EU's Case Against Big Tech and Important Lessons for the United States*, in *North Carolina Journal Of International Law*, 2022, 521

Höppner T., Westerhoff P., *Abrupt End to "Hipster Antitrust"? Tackling Facebook's Expansion Following the First Court Ruling in Germany*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3491648>

Hovenkamp E., *Platform antitrust*, in *Journal of Corporation Law*, 2019, 713

Hovenkamp H., *Antitrust and platform monopoly*, in *Yale Law Journal*, 2021, 1952

Hovenkamp H., *House Judiciary Inquiry into Competition in Digital Markets: Statement of Herbert Hovenkamp*, in *University of Pennsylvania Law School, Institute for Law & Economics*, 2020, 1

Ibáñez Colomo P., *Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles*, in *World Competition*, 2020, 417

Kades M., Scott Morton F., *Interoperability as a competition remedy for digital networks*, disponibile all'indirizzo <https://equitablegrowth.org/working-papers/interoperability-as-a-competition-remedy-for-digital-networks/>

Kerber W., Zolna K.K., *The German Facebook case: the law and economics of the relationship between competition and data protection law*, in *European Journal of Law and Economics*, 2022, 217

Khan L.: *US antitrust takes big steps – How to read that in Europe?*, in *Concurrences*, 2021, 1

Koenig C., *Exploit to Exclude: Federal Court of Justice Considers Facebook's Data Policy to Violate Competition Law*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 2020, 294

Köhler A., *Online advertising and the competition for data: What abuse are we looking for?*, in *World Competition*, 2021, 199

Komninos A.P., *The Digital Markets Act and Private Enforcement: Proposals for an Optimal System of Enforcement*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3914932>

Lasserre B., Mundt A., *Competition law and big data: the enforcers view*, in *Rivista italiana di Antitrust*, 2017, 87

Lior F., *Boundedly Rational Users and the Fable of Break-Ups: Why Breaking-Up Big Tech Companies Probably Will Not Promote Competition from Behavioural Economics Perspective*, in *World Competition*, 2020, 1

Lorenzo-Rego I., *The Perspective of the Bundeskartellamt in the Evaluation of Facebook's Behaviour*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 2019, 100

Lypalo D., *Can competition protect privacy? An analysis based on the German Facebook Case*, in *World Competition*, 2021, 188

Malobecka-Szwast I., *Using Competitors' Data – a Role for Competition Law? Some Thoughts on the Amazon Marketplace Case*, in *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 2021, 7

Manganelli A., *Il regolamento EU per i mercati digitali: ratio, criticità e prospettive di evoluzione*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2021, 473

Marchiafava S., *La disciplina europea del settore digitale in itinere: le proposte*, in Contaldo A. (a cura di), *Le piattaforme digitali. Profili giuridici e tecnologici nel nuovo ecosistema*, Pisa, Pacini Giuridica, 2021, 240-271

Marquis M., *La Federal Trade Commission e la Section 5 del Federal Trade Commission Act. Aspetti istituzionali e penombre giurisdizionali*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2010, 385

Midiri F., *Proteggere i dati personali con le tutele del consumatore*, in *Giornale dir. amm.*, 2021, 609

Monterossi M.W., *La tutela dell'utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contratto e impresa*, 2021, 920

Mouton J., *The challenges for private competition law enforcement concerning anticompetitive conducts in digital markets*, in *Yearbook of antitrust and regulatory studies*, 2022, 10

Nghiem C., Lopez D., Sievers A., *Federal Trade Commission v. Facebook. Case study of the effects of antitrust laws on consumers data privacy protection*, in *The Maastricht Journal of Liberal Arts*, 2021, 67

Orbach B., *Antitrust populism*, in *New York University Journal of Law & Business*, 2017, 1

Osti C., *Il digital markets act: tra regolazione e concorrenza*, in Caggiano G. et al., (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, Cacucci editore, 2021, 123-142

Osti C., Pardolesi R., *L'antitrust ai tempi di Facebook*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2019, 195

Palmieri A., *Profili giuridici delle piattaforme digitali. La tutela degli utenti commerciali e dei titolari di siti web aziendali*, Torino, Giappichelli, 2019

Palmieri A., *La tutela collettiva dei consumatori. Profili soggettivi*, Torino, Giappichelli, 2011

Palmieri A., *Social network, lesione della privacy degli utenti e class action: verso un accordo transattivo con elargizione di una cifra record?*, disponibile in ForoNews, all'indirizzo <https://www.foroitaliano.it/news/1969/social-network-lesione-della-privacy-degli-utenti-e-class-action-verso-un-accordo-transattivo-con-elargizione-di-una-cifra-record/>

Palmieri A., Pardolesi R., *Clausole <<unfair>> e abuso da sfruttamento*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2018, 9

Pardolesi R., *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, in *Diritto pubblico*, 2021, 941

Pardolesi R., *Distribuzione selettiva e commercio in Internet*, in *Foro it.*, 2018, IV, 1

Pardolesi R., Van Den Bergh R. e Weber F., *Facebook e i peccati da <<Konditionenmissbrauch>>*, *Mercato, concorrenza, regole*, 507

Pardolesi R., *Hipster antitrust e sconvolgimenti tettonici: back to the future?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2019, 81

Parenzo B., *Dati personali come «moneta»*, in www.juscivile.it, 2020, 1355

Parker G., Petropoulos G., Van Alstyne M.W., *Digital platforms and antitrust*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3608397>

Pastuglia G.L., *Prime note in materia di coordinamento tra disciplina delle pratiche commerciali scorrette e regole privacy*, in *Dir. ind.*, 2021, 511

Patel S., *Merger Breakups*, in *Wisconsin Law Review*, 2020, 975

Peitz M., *The prohibition of self-preferencing in the DMA*, in *Centre on Regulation in Europe (CERRE)*, 2022, 1

Petrocelli F., *Il fascino discreto delle «res novae»: alcune riflessioni intorno al caso Fba Amazon e al self-preferencing*, in *Foro it.*, 2022, III, 452

Picht P.G., *Private Enforcement for the DSA/DGA/DMA Package*, in H. Richter et al. (eds.), *To Break Up or Regulate Big Tech? Avenues to Constrain Private Power in the DSA/DMA Package*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3932809>

Podszun R., *Private Enforcement and Gatekeeper Regulation: Strengthening the Rights of Private Parties in the Digital Markets Act*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, 254

Polo M., Sassano A., *DMA: Digital Markets Act o Digital Markets Armistice?*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2021, 501

Purcell N., *United States v. Facebook, Inc. 456 F. Supp. 3d 115 (D.D.C. 2020)*, in *Intellectual Property and Technology Law Journal*, 2021, 191

Renda A., *Can the EU Digital Markets Act achieve its goals?*, in *The Digital Revolution and the New Social Contract series*, Center for the Governance of Change, IE University, 2022, 1

Reverdin V.M.K., *Abuse of Dominance in Digital Markets: Can Amazon's Collection and Use of Third-Party Sellers' Data Constitute an Abuse of a Dominant Position Under the Legal Standards Developed by the European Courts for Article 102 TFEU?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, 181

Richter H., et al. (eds.), *To Break Up or Regulate Big Tech? Avenues to Constrain Private Power in the DSA/DMA Package*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3932809>

Robertson V.H.S.E., *Competition Law's Innovation Factor: The Relevant Market in Dynamic Contexts in the EU and the US*, Oxford, Hart Publishing, 2020

Romano V.C., *Vendite online nei networks di distribuzione selettiva: il caso «pierre fabre»*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2012, 143

Rybnicek J. e Wright J.D., *Defining Section 5 of the FTC Act: The Failure of the Common Law Method and the Case for Formal Agency Guidelines*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2496748>

Savin A., *The EU Digital Services Act: Toward a More Responsible Internet*, in *Journal of Internet Law*, 2021, 14

Scandola S., *Self-preferencing: una nuova forma di abuso di posizione dominante? Il caso «Google shopping»*, in *Foro it.*, 2022, IV, 227

Schepisi C., *Digital Markets Act e private enforcement*, in Caggiano G. et al., (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, Cacucci editore, 2021, 155-167

Schnitzer M., Crémer J., Dinielli D., Fletcher A., Heidhues P., Scott Morton F. M., Seim K., *International Coherence in Digital Platform Regulation: An Economic Perspective on the US and EU Proposals*, disponibile all'indirizzo

<https://som.yale.edu/centers/thurman-arnold-project-at-yale/digital-platforms-and-antitrust>

Solinas C., *Circolazione dei dati personali, onerosità del contratto e pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. it.*, 2021, 321

Spence W., *Facebook, the attention economy and EU competition law: established standards reconsidered?*, in *European Business Law Review*, 2020, 711

Srinivasan D., *The antitrust case against Facebook: a monopolist's journey towards pervasive surveillance in spite of consumers' preference for privacy*, in *Berkley Business Law Journal*, 2019, 39

Stemler A., Perry J. E., Haugh T., *The Code of the Platform*, in *Georgia Law Review*, 2020, 605

Stucke M.E., *The relationship between privacy and antitrust*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=4042262>

Stylianou K., Iacovides M.C., *The goals of EU competition law: A comprehensive empirical investigation*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3735795>

Van Loo R., *In defense of breakups: administering a "radical" remedy*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3646630>

White L.J., *The dead hand of Cellophane and the Federal Google and Facebook antitrust cases: market delineation will be crucial*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3975930>

Wiedemann K., *A matter of choice: the German Federal Supreme Court's interim decision in the abuse-of-dominance proceedings Bundeskartellamt v. Facebook*

(case KVR 69/19), in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, 1168

Wright J.D., Dorsey E., Rybnicek J., Klick J., *Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3249524>

Wu T., *Section 5 and Unfair Methods of Competition: Testimony Before the Senate Antitrust Committee*, disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=2760162>

Yoo Ch.S., *Hipster Antitrust: New Bottles, Same Old W(h)ine?* disponibile in SSRN, all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3567928>

Ringraziamenti

Vorrei dedicare questo spazio finale a tutte le persone che mi hanno supportata e ispirata in questo percorso e non solo.

Ringrazio il Prof. Alessandro Palmieri, perché ha seguito con grande pazienza e disponibilità ogni fase della stesura dell'elaborato, compresa la scelta dell'argomento. Grazie per avermi fornito spunti fondamentali e per avermi indirizzato nei momenti di indecisione.

Ringrazio infinitamente i miei genitori, che sono per me un grande esempio di vita. Senza i vostri sacrifici, i vostri insegnamenti e la vostra comprensione non sarei mai potuta arrivare a questo importante traguardo.

Ringrazio mia sorella Betina, la versione migliore di me stessa. Grazie per avermi resa zia di due meravigliose creature e per essere un porto sicuro, in cui rifugiarmi senza preavviso.

Ringrazio mia sorella Fato per avermi insegnato a non accontentarmi dell'apparenza, ma di cercare sempre il significato più profondo delle cose.

Ringrazio Sergio, che alleggerisce le mie giornate e mi sprona a dare sempre il massimo. Grazie per avermi fatto capire che non esiste prospettiva senza più punti di vista.

Ringrazio Raffaella per avermi accolta nella sua vita come una figlia, offrendomi tanti consigli preziosi e dolci buonissimi.

Ringrazio Cate per avermi aiutata a superare i momenti difficili attraverso i suoi consigli 'oggettivi'. Grazie per leggermi dentro anche quando faccio di tutto per sviarti e per gioire dei miei successi come se fossero tuoi.

Ringrazio Jas per aver ascoltato i miei sfoghi e per avermi dimostrato che nulla è impossibile se lo si vuole davvero.

Ringrazio Ele e Vale per avermi coinvolta nelle loro 'folli' avventure, regalandomi tanti momenti di spensieratezza e divertimento.

Ringrazio anche tutte le persone che ho perso durante il cammino per tutto ciò che mi hanno dato prima che scegliessero di non esserci più.