



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MACERATA

**CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
Diritto e Innovazione**

CICLO 38°

TITOLO DELLA TESI

**DIRITTO DELLA CONCORRENZA E PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI NEI MERCATI
DIGITALI**

SUPERVISORE DI TESI

Chiar.mo Prof. Contaldi Gianluca

DOTTORANDO

Dott. Lupacchini Beatrice

COORDINATORE

Chiar.mo Prof. Marongiu Buonaiuti Fabrizio

ANNO 2026



<i>CAPITOLO I – Introduzione alla ricerca</i>	9
1.1 Il diritto della concorrenza europeo: paradigma tradizionale, approccio disgiunto e nuove sfide nei mercati digitali	15
1.2 L'applicazione separata dei due regimi	22
1.3 Le prospettive di un approccio integrato	28
1.4 Gli scopi della trattazione	31
1.5 Delimitazioni.....	34
<i>CAPITOLO II - La privacy e i dati personali: i rischi della digital economy e gli strumenti di protezione</i>	38
2.1 Definizione di dati personali.....	38
2.2 La monetizzazione dei dati personali e modelli di business nella data-driven economy	43
2.3 La doppia dimensione dei dati personali: valore economico e competitivo e diritto fondamentale	53
2.4 Le varie dimensioni della privacy.....	55
2.5 La privacy informativa e gli sviluppi tecnologici	58
2.5.1 Privacy come autodeterminazione informativa	61
2.5.2 Privacy come dignità	64
2.6 Privacy e protezione dei dati personali: differenze e legami.....	66
2.7 La Privacy e la Protezione dei dati personali nel diritto dell'Unione	68
2.7.1 La privacy e la protezione dei dati nel diritto primario	68
2.7.2 Le fonti secondarie: il Regolamento Generale per la Protezione dei Dati Personali (GDPR).....	72
2.8 Conclusione: l'intersezione tra la privacy, la protezione dei dati personali ed il diritto della concorrenza.	86
<i>CAPITOLO III - Diritto della concorrenza: obiettivi, elementi e caratteristiche della sua applicazione nell'era digitale</i>	91
3.1 Introduzione	91
3.2 Le origini del diritto della concorrenza in Europa: l'Ordoliberalismo	94
3.2.1 La scuola di pensiero ordoliberal	94

3.2.2 La visione ordoliberal della concorrenza	100
3.3 Teorie di concorrenza: l'apporto di Adam Smith	102
3.4 Ripensare le teorie classiche della concorrenza nell'era digitale ...	103
3.5 L'antitrust nella Comunità Europea: i Trattato di Roma e l'integrazione europea	107
3.6 Introduzione al "more economic approach": il cambiamento di paradigma e la globalizzazione economica	110
3.7 La modifica dell'articolo 3 del TUE e la tradizione ordoliberal...	114
3.8 Gli obiettivi del diritto della concorrenza: premesse metodologiche	118
3.8.1 Definizione di consumatore	123
3.8.2 Benessere del consumatore come obiettivo ultimo del diritto della concorrenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.....	126
3.8.3 La nozione economica di benessere del consumatore	130
3.8.4 Benessere totale ed efficienza allocativa	136
3.8.5 Efficienza dinamica e innovazione	141
3.8.6 Struttura concorrenziale	145
3.8.7 Equità	147
3.8.8 Ordoliberalismo: libertà economica e libertà di scelta	151
3.9 Verso un diritto della concorrenza "multicentrico"	155
3.10 Le caratteristiche della concorrenza nei mercati digitali: come i dati personali hanno modificato le dinamiche e le strutture di mercato	161
3.10.1 Il ruolo dei dati nell'analisi competitive: il potere di mercato	162
3.10.2 Il calcolo del potere di mercato	165
3.10.2 La nuova tassonomia dei soggetti del mercato digitale: data-poli, gatekeeper e ecosistemi	175
3.10.3 Cambiamenti nelle dinamiche di mercato: la concorrenza nel mercato	179
3.10.4 Dalla concorrenza nel mercato, alla concorrenza "per il mercato" delle piattaforme digitali	181
3.11 Condotte anticoncorrenziali relative ai dati	185
3.11.1 Abuso di posizione dominante da sfruttamento	189
3.11.2 Speciale responsabilità.....	195
3.12 Conclusioni	198
<i>CAPITOLO IV - Privacy e diritto della concorrenza: due regimi distinti e la loro interconnessione</i>	201
4.1 Introduzione	201

4.3 L'approccio disgiunto della Commissione europea nei primi casi di concentrazione: una premessa storica	204
4.3.1 Google/DoubleClick	207
4.3.2 Facebook/WhatsApp	209
4.3.3 Microsoft/LinkedIn	212
4.3.4 Apple/Shazam	214
4.3.5 Google/FitBit	215
4.3.6 La ratio dell'approccio disgiunto	216
4.4 Verso un approccio congiunto tra diritto della concorrenza e protezione dei dati personali	222
4.4.1 Le prime iniziative: il ruolo propulsivo delle autorità nazionali e l'evoluzione del coordinamento europeo	223
4.5 I punti di intersezione tra diritto della concorrenza e protezione dei dati personali.....	228
4.5.1 L'ambito di applicazione	228
4.5.2 Il benessere dell'individuo: consumatore e titolare del trattamento .	230
4.5.3 Approccio regolatorio: la disciplina delle imprese digitali e parità competitiva.....	234
4.5.4 La correzione dei fallimenti di mercato come fondamento comune tra diritto della concorrenza e protezione dei dati.....	237
4.5.6 Asimmetrie informative come fallimenti di mercato: protezione, consapevolezza e potere nel mercato digitale	240
4.5.7 La mancanza di trasparenza come fallimento del mercato	242
4.5.8 Squilibrio di potere come fallimento di mercato: consenso illusorio e interazione normativa	244
4.5.9 Perché il GDPR da solo non è abbastanza?	246
4.5.10 Rimedi antitrust e la loro efficacia nei mercati digitali	250
4.6. La privacy nei mercati digitali	260
4.6.1 Il consenso come fallimento del mercato	263
4.6.2 Il paradosso della privacy: una distorsione comportamentale tra autodeterminazione e manipolazione	267
4.6.3 I mercati digitali non soddisfano le preferenze degli utenti in materia di privacy	270
4.6.4 La concorrenza sulle condizioni di protezione dei dati personali	272
4.7 Come inglobare la privacy nel diritto della concorrenza: considerazioni preliminari	277
4.8 Alcune riflessioni conclusive sul ruolo del diritto della concorrenza e la privacy nei mercati digitali	279

<i>CAPITOLO V - Il caso Meta: il complesso percorso verso il riconoscimento dell'intersezione tra concorrenza e protezione dei dati</i>	287
5.1 Introduzione	287
5.2. La vicenda Facebook/Bundeskartellamt.....	290
5.2.1 I fatti contestati.....	290
5.2.2 Le considerazioni svolte dall'autorità di concorrenza rispetto alla privacy: violazione del GDPR come abuso di posizione dominante	292
5.2.3 Ulteriori peculiarità: potere di mercato, rimedi comportamentali e legittimazione delle autorità di concorrenza	297
5.3 La sentenza della Corte d'Appello: l'arresto dell'Oberlandesgericht Düsseldorf.....	299
5.4 L'apertura e l'impostazione Ordoliberal della Corte Federale di Giustizia tedesca.....	304
5.4.1 Il consumatore al centro delle dinamiche competitive	304
5.4.2 Il danno alla concorrenza.....	308
5.4.3 Causalità dell'abuso di posizione dominante	310
5.4.4 Il ruolo essenziale di Facebook per la società: il rispetto dei diritti fondamentali.....	313
5.4.5 Le implicazioni per il benessere del consumatore: economic surplus o scelta del consumatore?	316
5.5 Alcune considerazioni intermedie.....	320
5.6 Il rinvio alla Corte di Giustizia: i punti cardinali dell'interconnessione tra privacy e concorrenza, nella sentenza C-252/51 Meta.....	321
5.6.1 La <i>ratio</i> della prima questione pregiudiziale: profili procedurali e cooperazione tra autorità	323
5.6.2 I profili sostanziali: la protezione dei dati personali è una questione di concorrenza?.....	333
5.6.3 Il quesito opposto: le dinamiche concorrenziali sono rilevanti per il GDPR?.....	340
5.6.4 I rimedi imposti e l' <i>obiter dictum</i> della CGUE: la legittimità dei paywall	345
5.7 Conclusione.....	347
<i>CAPITOLO VI - Ripensare al diritto della concorrenza nei mercati digitali</i>	352
6.1 Introduzione	352

6.2 L'approccio incentrato sul prezzo e l'inadeguatezza nei mercati digitali	354
6.3 Le dimensioni della privacy e dei dati personali nel diritto antitrust moderno.....	357
6.4 Dati come input essenziale per la concorrenza	358
6.5 La privacy come prezzo non monetario	363
6.6 I dati personali come concorrenza non di prezzo: la qualità e la scelta del consumatore.....	366
6.7 La <i>privacy</i> come qualità dei servizi.....	368
6.7.1 Le difficoltà nell'inquadramento della privacy come parametro per la qualità dei servizi	376
6.7.2 I compromessi tra protezione della privacy, innovazione tecnologica e tutela del mercato.....	380
6.8 La privacy come elemento della scelta del consumatore: la genesi Ordolibérale	386
6.8.1 La dimensione "esterna" della scelta del consumatore: concentrazione di mercato e assenza di concorrenza in materia di privacy	391
6.8.2 Dimensione "interna" della scelta: diritto della concorrenza e protezione dei dati personali	393
6.9 Il mercato rilevante: il test SSNIP e i mercati <i>zero-price</i>	399
6.7.1 Le novità introdotte dalla Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante del 2024: la qualità e il test SSNDQ	401
6.7.2 Valutazione delle alternative: SSNDP test	405
6.10 Le teorie del danno: la tutela della vita privata e l'abuso di posizione dominante da sfruttamento	408
6.11 Raccolta di dati personali come prezzo eccessivo	413
6.11.1 Criteri United Brands nei mercati zero-price.....	413
6.11.2 Latvian Copyright Society nei mercati digitali	423
6.12 Raccolta di dati personali come condizione iniqua.....	427
6.12.1 I criteri SABAM, DSD, Michelin nei mercati digitali.....	427
6.12.2 La raccolta di dati personali e la restrizione della scelta del consumatore	436
6.12.3 La teoria del danno Meta in Google: una nuova violazione del GDPR come abuso di posizione dominante.....	438
6.12.4 I criteri e la teoria del danno nel caso Apple/Spotify	442
6.13 Algoritmi e discriminazione dei prezzi e comportamentali	446
6.13.1 La discriminazione algoritmica dei consumatori digitali: prezzi iniqui o dissimili per transazioni equivalenti	450

6.14 Riflessioni conclusive	457
<i>CAPITOLO VII - Il Digital Markets Act: una nuova equazione nella regolamentazione dei mercati digitali.....</i>	461
7.1 Introduzione	461
7.2 Design del regolamento.....	466
7.2.1 Ambito di applicazione: <i>gatekeeper</i> e servizi di piattaforma di base .	466
7.2.2 La ratio della regolamentazione <i>ex ante</i> e gli obblighi	469
7.2.3 La natura, gli obiettivi del DMA ed il rapporto con il diritto della concorrenza.....	473
8.2.4 Applicazione parallela del DMA e del diritto della concorrenza: <i>ne bis in idem</i> , <i>bpost</i> e <i>Nordzucker</i>	477
7.2.5 Le radici del Digital Markets Act e la protezione dei dati	485
7.3 Articolo 5(2) del Digital Markets Act	489
7.3.1 Il requisito della scelta specifica ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2 del DMA	492
7.3.3 L'alternativa meno personalizzata ma equivalente come meccanismo per riequilibrare lo squilibrio di potere.....	494
7.3.4 Il nuovo consenso ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2 del DMA	497
7.4 Articolo 5, paragrafo 2 DMA e la sanzione nei confronti di Meta..	506
7.4.1 Alcune riflessioni sulla validità del modello <i>Consent or Pay</i> di Meta alla luce del DMA	509
7.4.2 La limitazione della libertà di impresa (modelli di business basati sull'online advertisement)	512
7.4.3 I limiti dell'interpretazione della CGUE sul consenso ai sensi del DMA	513
7.4.4 Parere dell'EDPB 04/2024: <i>consent or pay</i> e posizione dominante	516
7.4.5 La sanzione di Meta	520
7.4.6 Verso una nuova forma di pubblicità? La pubblicità contestuale come alternativa equivalente, meno personalizzata e gratuita per i modelli data driven	527
7.5 Conclusioni	531
<i>CAPITOLO VIII - Riflessioni conclusive</i>	535
8.1 Sintesi del progetto di ricerca.....	535
8.2 Approccio congiunto tra diritto della concorrenza e protezione dei dati personali e privacy	537
8.3 La tutela della vita privata come parametro della concorrenza nei mercati digitali	541

8.4 Riscoprire l'abuso di posizione dominante da sfruttamento nei mercati digitali	550
8.5 L'ampliamento del concetto di "benessere" dei consumatori	558
8.5.1 Dal "more economic approach" alla definizione del consumer welfare	558
8.5.2 I nuovi danni ai consumatori digitali	562
8.5.3 La tutela della privacy e la sovranità del consumatore nel consumer welfare	567
8.6 Verso un diritto della concorrenza costituzionalmente orientato...	572
8.7.1 La nuova traiettoria del diritto dell'Unione europea	579
8.8 Ulteriori prospettive di ricerca: intelligenza artificiale e concorrenza	582
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	586

CAPITOLO I – Introduzione alla ricerca

«These are challenging times and they are also challenging in terms of competition enforcement because markets are changing fast – and we have even bigger changes ahead of us. Human nature though – with basic motives like greed and fear – does not change. So the principles that guide our competition rules are as relevant today as they were when the Treaty of Rome was signed more than 60 years ago. But we need to make sure that the way we apply those principles is fit for a world that's changing fast»¹

«To tackle the challenges of a data-driven economy, we need both competition and privacy regulation, and we need strong enforcement in both. Neither of these two things can take the place of one another, but in the end, we're dealing with the same digital world. Privacy and competition are both fundamentally there for the same reason: to protect our rights as consumers»².

Ci si potrebbe legittimamente domandare per quale ragione, all'interno di una disciplina tradizionalmente fondata su criteri economici, quale è il diritto della concorrenza, dovrebbe trovare spazio la tutela dei dati personali e della vita privata³.

Svolgere un'indagine sulla rilevanza di valori non economici all'interno del diritto della concorrenza, difatti, implica l'introduzione di valori che risultano estranei ai tradizionali profili competitivi⁴.

Si potrebbe altresì riflettere sul significato, tanto teorico quanto pratico, di una ricerca che ponga in relazione due rami dell'ordinamento giuridico, ciascuno sorretto da propri obiettivi e da appositi meccanismi di intervento: da un lato, il diritto *antitrust*, deputato a garantire la

¹ M. VESTAGER, *Hearing at the European Parliament*, Brussels, 8 October 2019.

² M. VESTAGER, *IAPP Data Protection Congress in Brussels*, <https://iapp.org/news/a/vestager-from-dpc-enforcement-critical-to-success-of-gdpr>.

³ Si veda P. MANZINI, *I confini dell'antitrust. Diseguaglianze sociali, diritti individuali, concorrenza*, Giappichelli editore, 2023,

⁴ Si veda, K. STYLIANOU, M. IACOVIDES, *The New Goals Of EU Competition Law: Sustainability, Labour Rights, And Privacy*, in *European Law Open*, 2024.

concorrenza del mercato e il benessere dei consumatori, presidiato dalle autorità *antitrust*; dall'altro, la disciplina in materia di protezione dei dati personali e della vita privata, volta a tutelare i diritti fondamentali dell'individuo, sotto la vigilanza delle autorità garanti.

A tali interrogativi non si può che rispondere osservando con attenzione i profondi cambiamenti emersi con l'avvento dell'economia digitale.

A ben vedere, *Internet*, sin dalle prime applicazioni ha rappresentato la principale infrastruttura abilitante dell'innovazione, catalizzando i processi di disintermediazione, la smaterializzazione delle transazioni economiche, l'esercizio dell'attività di impresa, nonché le nostre attività quotidiane, individuali e collettive.

Il fenomeno della digitalizzazione⁵ ha determinato non trascurabili benefici per i consumatori. Microsoft, con i suoi sistemi operativi, ha reso il computer uno strumento fondamentale per le attività quotidiane ed economiche; Google ha ridefinito l'organizzazione e l'accessibilità delle informazioni; Meta ha rivoluzionato la comunicazione interpersonale e l'interazione sociale, incrementando la connettività a livello di *social network* e di messaggistica istantanea; grazie ad Amazon, il commercio elettronico è il nuovo standard distributivo, abbattendo le barriere fisiche e riducendo i tempi di accesso e consegna dei prodotti⁶.

Tuttavia, non possiamo acriticamente assumere che la digitalizzazione abbia apportato esclusivamente grandi vantaggi alla collettività, dovendosi riconoscere gli ampi costi che si sono materializzati soprattutto in tema di protezione dei dati e della *privacy*.

⁵ La digitalizzazione, intesa come il processo di diffusione di una tecnologia multiuso, è stata paragonata al fenomeno dell'elettrificazione al fine di esemplificare l'impatto rivoluzionario che ha avuto nella vita quotidiana. Cfr. Relazione finale del Gruppo di esperti di alto livello della Commissione europea sulla tassazione dell'economia digitale, maggio 2014.

⁶ In linea più generale, *Internet*, ha ridotto le distanze tra le persone e le cose; incrementato la mobilità; reso più decisivi gli effetti della rete; consentito l'utilizzo di dati specifici ad un livello tale da permettere la soddisfazione dei bisogni individuali dei consumatori, siano essi individui o imprese. Apre ampie opportunità di innovazione, investimento e la creazione di nuove imprese ed opportunità di lavoro; incrementa le possibilità di espansione dei mercati, consente la promozione dei servizi migliori a prezzi migliori, garantisce maggiore scelta e crea nuove fonti di occupazione. Cfr. Legislatura 17^a - Dossier n. 63, A.S. 2526, Misure in materia fiscale per la concorrenza nell'economia digitale.

L'erompere delle piattaforme digitali e lo sviluppo dei relativi mercati⁷, ha determinato un mutamento di paradigma nei *business model* e nel tradizionale funzionamento dei mercati e dell'economia: si transita da mercati di prodotti e servizi *offline* e con pagamenti monetari, a mercati *online* in cui gli utenti accedono gratuitamente, cedendo – in controprestazione – i dati personali e l'attenzione verso la piattaforma⁸.

In questo contesto, si è affermata l'economia digitale, caratterizzata da un paradigma basato sui dati (*data-driven economy*⁹), in cui il valore economico non si concentra più esclusivamente sulla tradizionale transazione a titolo oneroso di beni e servizi, ma sempre più sulla raccolta, l'elaborazione e la monetizzazione delle informazioni personali degli utenti.

Il nucleo portante del funzionamento dei nuovi modelli di *business* è nel fenomeno della “datificazione”¹⁰: la trasformazione di frammenti di comportamento degli utenti in codici binari. In altre parole, la trasformazione delle nostre identità, gusti, preferenze abitudini, propensione a pagare, orientamento politico e sessuale, informazioni circa lo stato di salute e il credo religioso, in informazioni digitali.

Questo processo è cruciale per le piattaforme, la cui strategia di finanziamento per i servizi gratuiti offerti al mercato, si fonda sulla raccolta sistematica di dati personali, sulla loro aggregazione, sull'analisi algoritmica e sull'utilizzo di frammenti delle nostre identità per finalità spiccatamente commerciali¹¹. I dati personali sono così rilevanti, che

⁷ E. CREMONA, *L'erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in Osservatorio sulle fonti, n.2/2021.

⁸ Si veda, D. S. EVANS, *The Economics of Attention Markets*, 2020, reperibile al link <https://papers.ssrn.com/abstract=3044858>; T. WU, *Blind Spot: The Attention Economy and the Law*, Antitrust Law Journal, 2017.

⁹ Si veda Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato Delle Regioni - Verso una florida economia basata sui dati, COM/2014/0442 final, p. 1 e ss.

¹⁰ Per “datafication” si intende il «processo mediante il quale soggetti, oggetti e pratiche vengono trasformati in dati digitali», cfr. C. SOUTHERTON, *Datafication*, in *Encyclopedia of Big Data* a cura di SCHINTLER e MCNEELY, Springer, Cham, 2022.

¹¹ Si veda S. SREEJESH ET AL., *Consumer Response towards Social Media Advertising: Effect of Media Interactivity, Its Conditions and the Underlying Mechanism*, in *International Journal of Information Management* 102155, 2020, capitolo 5.

molte aziende sono disposte a rinunciare al pagamento monetario al fine di reperire tale risorsa¹².

Attraverso la “profilazione” degli utenti¹³, le piattaforme perfezionano i servizi e prodotti esistenti o ne creano di nuovi, ma soprattutto utilizzano i dati personali per meglio indirizzare ai consumatori inserzioni pubblicitarie mirate e offerte commerciali in linea con i loro gusti ed interessi¹⁴.

Ogni aspetto della nostra vita privata diviene potenzialmente misurabile e monetizzabile; la piattaforma estrapola valore economico dai dati personali degli utenti, traendone profitto¹⁵. Sebbene i dati personali non siano una valuta, presentano un valore economico e commerciale oramai indiscusso¹⁶.

Tali modelli di *business* incidono profondamente sull’equilibrio e sulla struttura concorrenziale dei mercati digitali: il possesso di dati personali è la nuova misura di potere di mercato¹⁷.

¹² Difatti, si può argomentare che i dati personali costituiscano (impropriamente) il corrispettivo dell’accesso al servizio o prodotto digitale e, questo, ha un parziale riconoscimento legislativo. Il legislatore europeo, all’articolo 3 della Direttiva 770/2019, recita «*La presente direttiva si applica altresì nel caso in cui l’operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all’operatore economico, fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall’operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l’assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l’operatore economico e quest’ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti*». Rispetto alla proposta iniziale, in cui era presente il termine controprestazione, il legislatore ha optato per «*fornisce o si impegna a fornire*», per evitare la delicata comparazione tra prezzo e dati personali.

¹³ L’attività di profilazione è definita dal Regolamento 679/2016 (GDPR) all’articolo 4, punto 4, come «*qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica*».

¹⁴ Si veda, su tutti, D. S. EVANS, *The Economics of Attention Markets*, 2020, reperibile al link <https://papers.ssrn.com/abstract=3044858>.

¹⁵ «*The analysis of large volumes of (digital) data, now commonly referred to as “big data”, is driving knowledge and value creation across society; fostering new products, processes and markets; and spurring entirely new business models (i.e. data-driven innovation, DDI)*» in OECD, *Data-Driven Innovation for Growth and Well-Being: Interim Synbook Report*, 2014, p. 238.

¹⁶ Si veda OECD, *Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*, in OECD Digital Economy Paper No 220, 7, 2013.

¹⁷ J. FRANK, M. PEITZ, *Market definition and market power in the Platform Economy*, in *Centre of Regulation in Europe*, 2019.

La traslazione della nostra vita quotidiana e dell'esercizio della libertà d'impresa all'interno di ecosistemi tecnologici ha concentrato potere economico e informativo in capo a pochi soggetti privati.

Le piattaforme digitali sono difatti definite come “gatekeeper”, controllori dell'accesso al mercato o “poteri privati digitali”¹⁸; queste, si erigono come regolatori di fatto delle interazioni digitali, determinando unilateralmente le condizioni di accesso al mercato, il funzionamento di interi ecosistemi digitali¹⁹.

Mentre in passato le preoccupazioni legate ai monopoli riguardavano principalmente il rischio di una riduzione della quantità prodotta e di un conseguente aumento dei prezzi, nello scenario contemporaneo i monopoli digitali sollevano questioni di natura diversa e ben più complessa. Essi non incidono soltanto sui prezzi o sulla produzione, ma soprattutto sul controllo e sull'utilizzo dei dati, sull'accesso ai mercati digitali e sulla manipolazione delle scelte dei consumatori europei²⁰. In tali contesti, dunque, il potere di mercato non è più utilizzato per aumentare i prezzi, bensì per aumentare l'ammontare di dati personali ottenuti dai consumatori, che diventano la principale fonte di valore economico.

In questo scenario, emergono già criticità sia rispetto al corretto funzionamento delle dinamiche concorrenziali, sia in relazione all'effettiva tutela dei dati personali e della privacy dei consumatori digitali²¹.

Le imprese si sono impegnate sempre di più in una competizione aggressiva per appropriarsi dei dati personali degli utenti che, come

¹⁸ Cfr. O. POLLICINO, *New Technology, Algorithms and the Rising of Private (Digital) Powers and new Challenges for Constitutional Law*, in <https://blogs.eu-rac.edu/eureka/>, 2019; O. POLLICINO, *L'“autunno caldo” della C. giust. UE in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi*, 2019.

¹⁹ J. CRÉMER, Y. DE MONTJOYE, H. ASCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, in *European Commission Report 2019*, p. 10 e ss.

²⁰ Si veda sul punto I. GRAEF, *Consumer Sovereignty and Competition Law: from personalization to diversity*, in *Common Market Law Review*, 2021.

²¹ S. ATHEY, *Information, Privacy, and the Internet: An Economic Perspective*, in *Central Planbureau*, 2014, pp. 11-12.

sviluppato da Valletti, rappresenta un nuovo *surplus* estratto del consumatore²².

L'apparente gratuità dei servizi digitali cela, difatti, una transazione asimmetrica, in cui l'utente sembra privato della consapevolezza dell'uso e del controllo sui propri dati mentre, al contempo, la piattaforma capitalizza tale asimmetria al fine di rafforzare la propria posizione di mercato. Dunque, mentre gli utenti diventano sempre più trasparenti o leggibili per coloro che trattano i dati personali, le pratiche di trattamento dei dati sono opache e spesso non si ha la possibilità di scelta rispetto a quali e quanti dati personali cedere per l'accesso gratuito ai servizi digitali²³.

Si configura così un circolo vizioso in cui il potere di mercato alimenta la raccolta di dati, e la raccolta di dati consolida ulteriormente il potere di mercato, creando una situazione di concentrazione tale da non permettere l'ingresso e la sopravvivenza di operatori economici alternativi alle grandi e note *big tech*²⁴. Non potendo beneficiare degli effetti positivi di una concorrenza effettiva, ne risultano ridotte le condizioni di *privacy* offerte ai consumatori, lasciando gli utenti privi di scelte effettive e consapevoli.

Lasciato a sé stesso o, quantomeno, regolato dall'operato di pochi operatori digitali dominanti, il mercato si è allontanato da un livello ottimale di controllo individuale sui dati personali.

Da queste istanze, nasce l'urgenza di un ripensamento dei confini tradizionali tra le due discipline giuridiche: l'interazione fra concorrenza e protezione dei dati personali, lungi dall'essere un interessante esercizio

²² Rispetto a quello della teoria neoclassica del prezzo e delle teorie di concorrenza incentrate sul *consumer welfare* in cui il *surplus* del consumatore è un *surplus* economico; nei mercati digitali il *surplus* estratto dal consumatore è in termini informativi e di dati personali, successivamente monetizzati. Si veda R. MONTES, W. SAND-ZANTMAN, T. VALLETTI, *The value of personal information in markets with endogenous privacy*, Working Paper n. 583, in *Toulouse School of Economics*, 2017, p. 7 e ss. Similmente I. LIANOS, *Polycentric Competition Law*, *Current Legal Problems*, in *Oxford Accademics*, Volume 71, Issue 1, 2018.

²³ Si veda, M. BOTTA, K., WIEDEMANN, *EU Competition Law Enforcement Vis-À-Vis Exploitative Conducts in the Data Economy Exploring the Terra Incognita*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 18-08*, 2018.

²⁴ La relazione tra potere di mercato e controllo sui dati personali è illustrata in OECD, *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy*, OECD Competition Policy Roundtable Background Note, 2022.

accademico²⁵, si presenta come una necessità teorica e pratica per garantire in tali mercati una concorrenza effettiva, nonché per assicurare la tutela dei consumatori europei e del rispetto dei diritti fondamentali alla protezione dei dati personali e della *privacy*.

1.1 Il diritto della concorrenza europeo: paradigma tradizionale, approccio disgiunto e nuove sfide nei mercati digitali

Mentre la pervasività dei sistemi di profilazione e della raccolta di dati degli utenti sono una sfida nota alle autorità di protezione dei dati²⁶, lo sfruttamento dei vantaggi dell'economia dei dati e le implicazioni tra i due settori del diritto è «*terra incognita*»²⁷, ancora da esplorare compiutamente nelle sue implicazioni competitive.

Tale questione è emersa, per ovvie ragioni, in termini relativamente recenti, attestandosi quasi da subito come una delle sfide più grandi per i regolatori di concorrenza²⁸.

²⁵ OECD, *the intersection between competition and data privacy*, in *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 310, OECD Publishing, Paris 2024, p. 16 in cui si legge «*The intersection between competition and data privacy has recently emerged in the assessments and investigations conducted by various competition agencies. This has prompted questions about whether data privacy and the collection of consumers' data constitute an antitrust issue, whether competition considerations should be factored into decisions by data protection authorities, and, if so, how synergies between the two policy areas can be enhanced and the points of tension be overcome*».

²⁶ Si veda European Data Protection Board (EDPB), *EDPB Strategy 2024-2027*; European Data Protection Board (EDPB), *Protecting personal data in a changing landscape*, 2025.

²⁷ M. BOTTA, K. WIEDEMANN, *The Interaction of EU Competition Law and Data Protection Law in the Digital Economy*, in *Common Market Law Review*, 2019; M. BOTTA, K. WIEDEMANN, *EU Competition Law Enforcement Vis-À-Vis Exploitative Conducts in the Data Economy Exploring the Terra Incognita*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition*, Research Paper No. 18-08, 2018.

²⁸ Autorité de la concurrence e CNIL, *Joint Declaration – Competition and Personal Data: A Common Ambition*, Parigi, 2023; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, & Garante per la Protezione dei Dati Personali. (2020). *Indagine conoscitiva sui Big Data* (Indagine n. IC53, Decisione n. 28051). Bollettino AGCM n. 9/2020, 2 marzo 2020; Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*. May 10, 2016. Per la Commissione europea cfr. J. CRÉMER, Y. DE MONTJOYE, H. ASCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, in *European Commission Report 2019*; per il Regno Unito cfr. Competition and Market Authority and Information Commissioner's Office, *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*, 19 maggio 2021. Per l'Australia cfr. ACCC, *Australian Competition & Consumer Commission: Digital platform services inquiry*, Interim report, 2021. Così anche K. STYLIANOU, M. IACOVIDES, *The New Goals Of EU Competition Law: Sustainability, Labour Rights, And Privacy*, in *European Law Open*, 2024. Gli A., hanno difatti condotto un'analisi dei nuovi obiettivi del diritto della concorrenza europeo,

Il diritto della concorrenza dell'Unione europea rappresenta uno dei pilastri dell'ordinamento economico europeo²⁹. Il suo fondamento è rinvenibile nell'articolo 3, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione Europea (TUE), il quale stabilisce che l'Unione «*instaura un mercato interno*» basato su «*un'economia sociale di mercato fortemente competitiva*»³⁰.

La disciplina sostanziale è poi dislocata negli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). L'articolo 101 TFUE vieta gli accordi tra imprese, le decisioni di associazioni di imprese e le pratiche concordate che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare la concorrenza all'interno del mercato interno³¹. L'articolo 102 TFUE, invece, vieta l'abuso di posizione dominante da parte di una o più imprese, nella misura in cui ciò possa pregiudicare il commercio tra Stati membri e alterare la struttura concorrenziale del mercato³². A tali norme si affiancano il regolamento sulle concentrazioni (Regolamento CE 139/2004³³) volto a prevenire la creazione o il rafforzamento di posizioni dominanti suscettibili di ostacolare la concorrenza effettiva, e disposizioni complementari, come quelle contenute nei regolamenti applicativi (ad esempio, il Regolamento CE 1/2003 sul funzionamento delle regole di concorrenza³⁴) e nelle linee

sottolineando l'ingresso della protezione dei dati personali e della *privacy*, indicando le difficoltà e gli orientamenti sia delle autorità di concorrenza sia della dottrina. L'analisi approfondita avverrà nel capitolo terzo.

²⁹ Con la firma del Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea (CEE), conosciuto anche come Trattato di Roma, nel 1957 (Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea, firmato a Roma il 25 marzo 1957, GU 1957, n. 27 del 30 dicembre 1957) la concorrenza diventa un elemento portante della neonata Comunità. Nel Trattato di Roma, l'articolo 3, lettera f), prevedendo gli obiettivi dell'Unione, si legge che «*[L]'azione della Comunità comporta [...] l'istituzione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno [...]*». Originariamente, la disciplina di concorrenza era dislocata negli articoli 85 e 86 del Trattato.

³⁰ Articolo 3, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione europea (TUE), in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, C 202 del 7 giugno 2016, p. 13.

³¹ Articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, C 202 del 7 giugno 2016, p. 88.

³² Articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, C 202 del 7 giugno 2016, p. 88.

³³ Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni") (Testo rilevante ai fini del SEE), *gazzetta ufficiale* n. L 024 del 29/01/2004.

³⁴ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (Testo rilevante ai fini del SEE), *gazzetta ufficiale* n. L 001 del 04/01/2003.

direttrici della Commissione europea, che ne precisano l'interpretazione e l'applicazione³⁵.

Gli obiettivi fondamentali del diritto della concorrenza dell'Unione europea sono molteplici³⁶ e riflettono la volontà di preservare la struttura concorrenziale del mercato quale condizione indispensabile per il buon funzionamento dell'economia di mercato³⁷ e, in particolar modo, per la tutela dei consumatori europei.

La finalità immediata di tale disciplina è quella di garantire la libertà di concorrenza, impedendo che imprese dotate di significativo potere economico possano alterare le dinamiche competitive a proprio vantaggio e a detrimento dei consumatori. Difatti, i consumatori, e il loro benessere, costituiscono il fine ultimo dell'azione di tutela perseguita dal diritto della concorrenza.

In tal senso, la Corte di giustizia dell'Unione europea³⁸ ha chiarito che lo scopo dell'articolo 102 TFUE consiste *«nell'evitare che i comportamenti di un'impresa che detiene una posizione dominante abbiano l'effetto, a danno dei consumatori, di ostacolare, ricorrendo a mezzi o a risorse diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza normale, la conservazione del grado di concorrenza esistente sul mercato o lo sviluppo di tale concorrenza»*³⁹. Aggiunge altresì che tale disposizione

³⁵ Linee guida sulle restrizioni verticali, del 13 ottobre 2000, [2000] GU C 291/1, che sono state sostituite nel 2010 da una nuova serie di linee guida sulle restrizioni verticali, GU C 130, pag. 1; Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale del 6 gennaio 2001 (GU C 3/2 del 14 gennaio 2011) (recentemente sostituite dalle linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale del 14 gennaio 2011 (GU C 11/1) del 2011); Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 del trattato agli accordi di trasferimento di tecnologia [2004] (GU C 101 pag. 2); Linee direttrici per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, [2004] GU C 101/97. Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE ai comportamenti abusivi di esclusione da parte di imprese dominanti, GU C 45 (7) del 2009.

³⁶ Si veda lo studio condotto da K. STYLIANOU, M. IACOVIDES, *The New Goals Of EU Competition Law: Sustainability, Labour Rights, And Privacy*, in *European Law Open*, 2024.

³⁷ In particolare, nel primo periodo applicativo della disciplina di concorrenza, lo obiettivo primario è ravvisabile della creazione di un mercato unico europeo, armonizzando la concorrenza tra le economie degli Stati membri della Comunità appena istituita. Cfr. G. AMATO, op. cit. pg. 10. R. WHISH, D. BAILEY *Competition Law*, op. cit. p. 15.

³⁸ C. giust. UE, sentenza del 12 maggio 2022, *Servizio Elettrico Nazionale*, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379.

³⁹ *Ibidem*, par. 44.

è volta a reprimere le pratiche che «*possono provocare un danno diretto ai consumatori*» e, «*quelle che li danneggiano indirettamente pregiudicando la struttura di effettiva concorrenza*»⁴⁰.

Il benessere dei consumatori europei (cd. *consumer welfare*) è un concetto preso in prestito dall'economia, valutando le condizioni di benessere in termini di efficienza economica e di riduzione dei prezzi, assumendo come parametri di danno l'aumento dei prezzi rispetto ai livelli concorrenziali, la diminuzione della qualità dei prodotti o dei servizi, la riduzione della varietà dell'offerta o il rallentamento del ritmo dell'innovazione⁴¹.

Il diritto della concorrenza si è dunque storicamente sviluppato intorno a un paradigma economico di prezzo ed efficienza economica (il cd. *more economic approach* adottato dagli anni 2000⁴²), in cui il buon funzionamento del mercato veniva valutato sulla base della capacità delle imprese di offrire beni e servizi a condizioni più vantaggiose sotto il profilo economico, trascurando le dimensioni della competizione non economiche (o, non economicamente valutabili).

Tuttavia, il diritto della concorrenza si trova oggi a confrontarsi con fenomeni del tutto nuovi rispetto a quelli che ne hanno originariamente plasmato le categorie interpretative.

⁴⁰ *Ibidem*. Per la costante giurisprudenza sul punto, si veda: C. giust. UE, sentenze del 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, 85/76, EU:C:1979:36, par. 91; del 27 marzo 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, par. 24, e del 30 gennaio 2020, *Generics (UK) e a.*, C-307/18, EU:C:2020:52, par. 148; del 15 marzo 2007, *British Airways/Commissione*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, paras. 106 e 107, e del 17 febbraio 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, par. 24.

⁴¹ «*I consumatori traggono beneficio dalla concorrenza grazie a prezzi inferiori, migliore qualità e più ampia scelta di beni e servizi nuovi o migliorati. La Commissione indirizzerà dunque l'attuazione coercitiva delle norme in modo da garantire che i mercati funzionino correttamente e che i consumatori traggano vantaggio dall'efficienza e dalla produttività derivanti da una concorrenza effettiva tra imprese*», Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82, op. cit. e Linee guida sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, op. cit., punto 24.

⁴² A. WITT, *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, 1a ed, Hart Publishing, Oxford, 2016, pg. 34. Si sottolinea come, il diritto della concorrenza europeo dagli anni 2000 abbia adottato un approccio economico o più economico al diritto della concorrenza, diversamente da quanto avvenuto fino a quell momento. Questo mutamento di approccio era necessario al fine di creare una politica di concorrenza che fosse «*all'altezza delle sfide del futuro, adottando un approccio in linea con le realtà economiche e politiche, adeguando la legislazione al pensiero economico odierno*». Cfr., M. Monti, Relazione annuale sulla politica di concorrenza, 2000, p. 1-3.

Le piattaforme digitali, nella configurazione attuale dei mercati, operano con l'obiettivo di acquisire e gestire un patrimonio informativo vasto, eterogeneo e stratificato sui propri utenti⁴³. Il potere economico derivante dall'accumulazione e dall'elaborazione di grandi quantità di dati personali conferisce a tali imprese vantaggi competitivi difficilmente replicabili da potenziali concorrenti⁴⁴.

Il potere di mercato raggiunto, si traduce, da un lato, in pratiche di esclusione volte a ostacolare l'accesso ai dati da parte di operatori concorrenti e, dall'altro, a strategie di sfruttamento direttamente pregiudizievoli per gli utenti, realizzate mediante condizioni contrattuali e pratiche commerciali che manipolano o limitano la libertà di scelta degli individui nella prestazione del consenso al trattamento dei propri dati personali⁴⁵.

In questo quadro, la competizione non si sviluppa più lungo le direttrici classiche della concorrenza di prezzo, ma lungo l'asse del controllo dei dati e della capacità di sfruttarli in modo esclusivo.

Tuttavia, i concetti classici dell'analisi *antitrust* – come la nozione di benessere dei consumatori, la definizione del mercato rilevante, la misurazione del potere di mercato e le teorie del danno sottostanti – sono stati elaborati in contesti economici caratterizzati dalla presenza di un prezzo, presupponendo che la condotta dei consumatori fosse guidata principalmente dal criterio della convenienza economica, in equilibrio con parametri di qualità e innovazione⁴⁶.

Questo ha condotto, almeno in una prima fase applicativa, a sostenere che la protezione dei dati personali e la *privacy* non fossero considerabili ai sensi del diritto della concorrenza europeo. Celebre è la

⁴³ Cfr. I. LIANOS, *Polycentric Competition Law, Current Legal Problems*, Oxford Accademics, Volume 71, Issue 1, 2018.

⁴⁴ Si veda M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il Diritto Antitrust*, Egea Editore, Milano, 2018, p. 13 e ss.

⁴⁵ M. BOTTA, K. WIEDEMANN, *EU Competition Law Enforcement Vis-À-Vis Exploitative Conducts in the Data Economy Exploring the Terra Incognita*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 18-08*, 2018. Gli A. sottolineano le dimensioni dello sfruttamento dei consumatori al seguito delle pratiche delle piattaforme digitali. L'analisi di tale questione, viene affrontata nel capitolo sesto.

⁴⁶ Per una rassegna sul funzionamento del diritto della concorrenza europeo, si veda P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Giappichelli editore, 2023; P. MANZINI, *Casi e materiali di diritto antitrust europeo*, Giappichelli editore, 2021; R. WHISH, D. BAILEY *Competition Law*, op. cit.

sentenza della Corte di giustizia, nella decisione *Asnef/Equifax*⁴⁷, in cui ha dichiarato che «eventuali questioni relative alla sensibilità dei dati personali non sono, in quanto tali, una questione di diritto della concorrenza, ma possono essere risolte sulla base delle disposizioni pertinenti che regolano la protezione dei dati»⁴⁸.

Tale approccio, ha progressivamente evidenziato i propri limiti strutturali, rivelandosi in parte anacronistico rispetto all'evoluzione concreta delle prassi di mercato, le quali si sono sviluppate con una rapidità e una complessità tali da sfuggire, almeno in quella fase storica, segnatamente nel contesto fattuale del 2006, alla piena comprensione e capacità di reazione sia da parte dei regolatori europei che degli organi giurisdizionali.

Ne discende la necessità di una nuova concettualizzazione del diritto *antitrust*, chiamato oggi a misurarsi non soltanto con le tradizionali distorsioni di prezzo o di quantità, ma anche con forme più complesse e pervasive di accumulazione e di sfruttamento dei dati personali e dei consumatori.

Questo ha portato tale settore del diritto ad essere al centro di dibattiti, tanto nel contesto europeo quanto in quello statunitense⁴⁹.

Numerosi autori hanno sottolineato la necessità di un “risveglio”⁵⁰ o di una “riscoperta”⁵¹ delle radici originarie del diritto *antitrust*, inteso

⁴⁷ Commissione Europea, Decisione COMP/M.3905, *Asnef/Equifax*, 19 marzo 2006,

⁴⁸ C. giust. UE, sentenza 23 novembre 2006, causa C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios*, ECLI:EU:C:2006:734, par. 63.

⁴⁹ Questa non coinvolge solo studiosi di diritto *antitrust*, bensì è guidata dalla stessa *ex Chief* della TFC Lina Khan. Cfr. L. KHAN, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 9, 2018; L. KHAN, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 9, 2018; L. KHAN, *The end of antitrust history revisited*, in *Harvard Law Review*, 1655, 2020; C. ROHIT C., L. KHAN, *The Case for 'Unfair Methods of Competition' Rulemaking*, in *The University of Chicago Law Review* 87, no. 2, 2020; K. G. ELZINGA, M. WEBBER, *Louis Brandeis and Contemporary Antitrust Enforcement*, in *Touro Law Review* 277, 2022.

⁵⁰ Cfr. K. STYLIANOU, M. IACOVIDES, *The goals of EU competition law: a comprehensive empirical investigation*, in *Oxford Legal Studies* 42, 2022, p. 622; K. STYLIANOU, M. IACOVIDES M., *The New Goals Of EU Competition Law: Sustainability, Labour Rights, And Privacy*, in *European Law Open*, 2024.

⁵¹ Sulla necessità di riscoprire le radici del diritto della concorrenza, si veda T. WU, *The Curse of Bigness, Antitrust in the New Gilded Age*, Columbia Global Reports, 2018. L'A. riflette su tale

non solo come meccanismo di efficienza economica, ma anche come strumento di equilibrio dei poteri e di tutela dell'ordine concorrenziale nel suo significato più ampio, al fine di poter includere anche questioni non economiche nell'analisi competitiva e, in particolare, la tutela dei dati personali⁵².

La presente ricerca si propone di contribuire a questo dibattito, riscoprendo le origini ordoliberali⁵³ del diritto della concorrenza europeo, al fine di una prospettiva teorica che consenta di includere, nell'analisi delle condotte anticoncorrenziali, anche il trattamento dei dati personali come dimensione rilevante della concorrenza. L'assunto di fondo è che la tutela della *privacy*⁵⁴ non rappresenti un valore esterno alla concorrenza nei mercati digitali, bensì un alleato essenziale nel garantire l'autonomia individuale, la trasparenza dei rapporti di mercato e il corretto funzionamento dell'economia digitale⁵⁵.

questione, manifestando la necessità di riscoprire le origini del diritto *antitrust* Statunitense, al fine di rispondere alle attuali sfide poste dalla concentrazione di potere nei mercati.

⁵² Si veda, di recente OECD, *The intersection between competition and data privacy*, in *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 310, OECD Publishing, Paris 2024.

⁵³ Deriva dal nome della rivista *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*. La rivista è stata fondata nel 1948 ed è tuttora in vita. Non esiste un unico approccio all'Ordoliberalismo e le idee ad esso sottese possono essere distinte in tre fasi differenti, ciascuna caratterizzata da studiosi Ordoliberali. La prima fase, conosciuta come "Scuola di Friburgo" risale alle origini dell'ordoliberalismo negli anni '30 e '40 in Germania, all'Università di Friburgo, i primi sostenitori furono Walter Eucken, Franz Böhm e Hans Grossmann-Doerth; la seconda fase negli anni '40 e Anni '50, è distinta dalla scuola di Friburgo, è stata sostenuta da Alexander Rüstow, Wilhelm Röpke, Alfred Müller-Armack, Leonhard Miksch e Ludwig Erhard. Questa seconda ondata di pensatori ordoliberali ha sviluppato il concetto di economia sociale di mercato e ha enfatizzato i valori umanistici all'interno delle idee economiche, le cui idee hanno avuto un certo impatto sul progetto europeo (vedi infra); è emersa una terza ondata di ordoliberali, nota come la "Tradizione di Friburgo", rappresentata da Friedrich August von Hayek, Erich Hoppmann, Ernst-Joachim Mestmäcker, Manfred E. Streit e Viktor Vanberg. Questi studiosi si sono concentrati sull'ordine economico e sulla politica della concorrenza in particolare. In dottrina v. G. CONTALDI, *Diritto europeo dell'Economia*, Giappichelli editore, Torino, 2019, pg. 9; D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe*, in *American Journal of Comparative Law*, Vol. 42, No. 1, 1994, pp. 25-84.

⁵⁴ Premessa la sua necessaria definizione e sovrapposizione con il concetto di protezione dei dati personali. Come si avrà modo di spiegare nel capitolo secondo, la nozione di *privacy* come diritto fondamentale (art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE), considerata ai fini di questa ricerca è la *privacy* informativa, la quale comprende la nozione di autodeterminazione informativa e di dignità umana. Tali nozioni si sovrappongono e si completano con il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali (art. 8 della Carta), nonché agli atti di diritto derivato quali il menzionato Regolamento GDPR.

⁵⁵ Per una trattazione generale, si veda O. LYNKEY, *Aligning Data Protection Rights with Competition Law Remedies*, in *European Competition Journal*, 2020; F. COSTA-CABRAL, O.

Un diritto della concorrenza aggiornato e contestualizzato, coerente con i valori costituzionali dell'Unione europea, capace di affrontare le sfide inedite poste dall'economia dei dati, costituisce uno strumento indispensabile per ricostruire la fiducia dei consumatori, riequilibrare i rapporti di forza nei mercati digitali e preservare la sovranità informativa delle persone, sempre più esposte al rischio di concentrazione e controllo da parte di pochi operatori dominanti⁵⁶.

1.2 L'applicazione separata dei due regimi

All'elaborazione di tale teoria, che prevede un approccio olistico tra le due discipline per comprendere e reprimere le nuove condotte lesive, si potrebbe obiettare l'esistenza di due sistemi normativi pienamente effettivi: il sopra descritto diritto della concorrenza europeo e il Regolamento europeo (GDPR) sulla protezione dei dati personali⁵⁷.

Le imprese operanti nell'Unione sono, infatti, tenute a rispettare la normativa europea in materia di protezione dei dati, che riconosce la *privacy* come diritto fondamentale, sancito dagli articoli 7⁵⁸ e 8⁵⁹ della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché dall'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁶⁰. A livello

LYNSKEY, *Family ties: the intersection between data protection and competition*, in *EU Law in Common Market Law Review*, 54 (1), 2017.

⁵⁶ Per una sintesi della richiesta di una riconcettualizzazione dell'antitrust si veda H. SINGER, *The Monopoly Harms that Antitrust Keeps Missing*, in *Promarket*, 2022; The Economist, *What More Should Antitrust Be Doing?*, 2020, <https://www.economist.com/schools-brief/2020/08/07/what-more-should-antitrust-be-doing>.

⁵⁷ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati), in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, L 119, 4 maggio 2016, pp. 1–88.

⁵⁸ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), art. 7, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, C 202 del 7 giugno 2016, p. 393, «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni».

⁵⁹ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), art. 8, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, C 202 del 7 giugno 2016, p. 393, «ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano» e che tali dati devono essere «trattati secondo il principio di lealtà, per scopi determinati e sulla base del consenso della persona interessata o di altro fondamento legittimo previsto dalla legge».

⁶⁰ Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), art. 8, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata dall'Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848, in *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana*, n. 221 del 24 settembre 1955, «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza». La Corte europea dei diritti

secondario, la protezione dei dati personali è disciplinata dal Regolamento (UE) 2016/679 (*General Data Protection Regulation* – GDPR)⁶¹, il quale definisce i limiti giuridici entro cui le imprese possono raccogliere e utilizzare i dati personali. Stabilisce un insieme articolato di principi di liceità, correttezza e trasparenza nel trattamento dei dati, al fine di garantire che gli individui mantengano un controllo effettivo sulle informazioni che li riguardano, soprattutto quando tali dati vengono ceduti per accedere ai servizi digitali. Pur non vietando l'utilizzo dei dati a fini commerciali, il regolamento impone che tale uso sia fondato su basi giuridiche legittime⁶², dove spicca il consenso informato degli interessati⁶³, e che rispetti i principi di minimizzazione, limitazione della finalità e proporzionalità⁶⁴.

Se, da un lato, la *privacy* e i dati personali divengono *de facto* un bene negoziato in condizioni asimmetriche, all'interno di mercati dove la competizione si basa sulla raccolta di dati personali⁶⁵ e comporta la necessità di pensare alle categorie di concorrenza, dall'altro, la stessa normativa europea applicabile sulla protezione dei dati personali non presenta un archetipo che permetta di considerare le condizioni competitive⁶⁶. L'applicazione disgiunta di entrambi i rami

dell'uomo (ECtHR) ha progressivamente interpretato l'articolo 8 CEDU in senso estensivo, ricomprendendovi non solo la sfera intima e familiare, ma anche la protezione dei dati personali come elemento costitutivo della vita privata, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 marzo 1987, *Leander c. Svezia*, ricorso n. 9248/81, ECLI:CE:ECHR:1987:0326JUD000924881; Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 16 febbraio 2000, *Amann c. Svizzera*, ricorso n. 27798/95, ECLI:CE:ECHR:2000:0216JUD002779895; Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, ricorsi nn. 30562/04 e 30566/04, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204.

⁶¹ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR).

⁶² Le basi giuridiche utilizzabili sono previste nel Regolamento (UE) 679/2016, GDPR, all'articolo 6.

⁶³ *Ibidem*, paragrafo 1, lettera a).

⁶⁴ *Ibidem*, articolo 5, lettere a), b) e c).

⁶⁵ Sul tema, R. PODSZUN, *The Consumer As A Market Player: Competition Law, Consumer Choice And Data Protection In The German Facebook Decision*, In *Grur* 2020; M. OHLHAUSEN, A. OKULIAR., *Competition, Consumer Protection, And The Right [Approach] To Privacy*, in *Antitrust Law Journal*, 2015.

⁶⁶ Si veda, A. D'AMICO, *Market Power And The Gdpr: Can Consent Given To Dominant Companies Ever Be Freely Given?*, in *Utrecht University School Of Law, Research Paper*, 2023.

dell'ordinamento dell'Unione si configura, dunque, come inefficace nell'affrontare le sfide poste dalle piattaforme digitali.

Un primo elemento da sottolineare è che le disposizioni del regolamento GDPR in materia di trattamento dei dati personali, per loro natura, si applicano a tutti gli operatori economici digitali, a prescindere dalla dimensione dell'impresa o dalla quota di mercato detenuta⁶⁷. Tale uniformità è un punto di forza in termini di parità di trattamento a livello dell'Unione; tuttavia, l'architettura del GDPR non tiene conto del contesto competitivo in cui opera l'impresa. Uno dei temi fondamentali che verranno affrontati nella ricerca, è quello della legittimità del consenso dell'interessato dei dati, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lett. a) del GDPR⁶⁸, quando prestato dagli utenti alle piattaforme in posizione dominante. Difatti, come osservato da Lynskey, la protezione dei dati personali, da sola, «*non affronta il contesto strutturale che rende possibile il trattamento abusivo*»⁶⁹.

Le imprese, inoltre, quando predispongono le *privacy policy* o i termini e le condizioni d'uso della piattaforma, sono tenute altresì a rispettare i principi previsti dall'articolo 5 del Regolamento GDPR. I dati personali devono essere trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato (liceità, correttezza e trasparenza)⁷⁰; raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità (limitazione della finalità)⁷¹; adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati (minimizzazione dei dati)⁷². Le *privacy policy* e i termini di servizio predisposti dalle grandi piattaforme risultano spesso formulati in modo eccessivamente complesso, opaco e poco comprensibile, rendendo difficile per l'interessato comprendere le reali finalità e l'estensione del trattamento dei dati. Inoltre, i meccanismi di

⁶⁷ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR). Il Regolamento prevede obblighi armonizzati per tutti gli operatori economici, senza distinzione sulla loro intensità a seconda delle condizioni di mercato in cui operano. Si veda, capo II, la sezione dedicata ai «*principi*».

⁶⁸ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), art. 6, paragrafo 1, lettera a).

⁶⁹ Cfr. O. LYNSEY, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, 2015, p. 127 (traduzione dell'autrice).

⁷⁰ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), articolo 5, lettera a).

⁷¹ *Ibidem*, lettera b).

⁷² *Ibidem*, lettera c).

acquisizione del consenso fanno frequentemente uso di *dark patterns*⁷³, ossia interfacce progettate per orientare o manipolare le scelte dell'utente, inducendolo ad accettare condizioni più invasive di quanto desiderato.

In simili circostanze, la libertà di scelta appare fortemente compromessa, al punto da rendere la manifestazione di volontà degli utenti di accettare le condizioni imposte dalle piattaforme più apparente che reale⁷⁴. Come affermato al riguardo dall'*European Data Protection Board* (EDPB), «(w)here there is a limited number of operators or when one operator is dominant, the concept of consent becomes more and more illusory»⁷⁵.

Un'analisi limitata al solo piano della protezione dei dati e del GDPR, che non tenga conto dello squilibrio concorrenziale sottostante, rischia di risultare miope e di sottovalutare la portata del problema.

Allo stesso modo, una valutazione *antitrust* che ignori la dimensione qualitativa del consenso, le finalità di trattamento previste, la loro estensione in termini di quali e quanti dati verranno raccolti, potrebbe non cogliere appieno la misura dello sfruttamento cui è sottoposto l'utente all'interno di mercati digitali fortemente asimmetrici⁷⁶. Inoltre, un diritto *antitrust* che non consideri la rilevanza dei dati personali rischia di fornire analisi incomplete rispetto alle condizioni di mercato: l'esempio paradigmatico è la concentrazione tra Facebook e WhatsApp, approvata dalla Commissione Europea nel 2014⁷⁷.

Un altro aspetto chiave che emerge dalla necessità di un approccio integrato riguarda la questione sanzionatoria e i rimedi. Il GDPR prevede

⁷³ European Data Protection Board (EDPB), *Guidelines 3/2022 on Dark patterns in social media platform interfaces: How to recognise and avoid them*, marzo 2022.

⁷⁴ A. D'AMICO, *Market Power And The Gdpr: Can Consent Given To Dominant Companies Ever Be Freely Given?*, op. cit.; F. H. MAYER, C. V., SCHÖNBERGER, *Notice and Consent in a World of Big Data*, in *International Data Privacy Law*, 2013; B. BALASINGHAM, A. S. D'AMICO, *Beyond exclusion: revisiting exploitative abuses in digital platform markets*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024. E, ancora più puntuale European Data Protection Board (EDPB), *Position Paper on the interplay between data protection and competition law*, 16 gennaio 2025.

⁷⁵ European Data Protection Board (EDPB), *Preliminary Opinion, Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: The Interplay between Data Protection, Competition Law and Consumer Protection in the Digital Economy*, cit. par. 79. Si veda anche K. COATES, *Competition Law and Regulation of Technology Markets*, op. cit., p. 363 e ss.

⁷⁶ Su tutti, F. COSTA-CABRAL, O. LYNSKEY, *Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law* op. cit.

⁷⁷ SI veda Commissione Europea, decisione COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, 3 ottobre 2014.

sanzioni che possono essere molto elevate, fino al 4% del fatturato mondiale annuo, ma occorre chiedersi se ciò costituisca un deterrente sufficiente per colossi con fatturati plurimiliardari⁷⁸.

La mancanza di sinergia tra i due settori potrebbe comportare un doppio difetto: da un lato, la sanzione *privacy* verrebbe percepita come un “costo di esercizio” da parte delle piattaforme dominanti, che continuerebbero a raccogliere dati in modo aggressivo; dall’altro, l’analisi *antitrust*, priva della lente *privacy*, non coglierebbe appieno l’origine del vantaggio competitivo che deriva dallo sfruttamento dei consumatori e dei loro dati personali. La conseguenza è che, nonostante la presenza di un quadro regolatorio apparentemente completo, le piattaforme digitali potrebbero mantenere o addirittura accrescere il proprio potere di mercato, e i diritti degli utenti continuerebbero a essere esposti a possibili abusi.

Sempre in tale contesto, l’*enforcement* del regolamento GDPR si qualifica come decentrato. Mentre per l’applicazione delle regole *antitrust*, accanto alle autorità nazionali di concorrenza (ANC) vi è la Commissione europea per i casi che coinvolgono pratiche transfrontaliere di rilevante entità, non sussistendo, invero, un’analoga competenza per le violazioni del regolamento GDPR. Le violazioni ravvisate sono di competenza delle autorità nazionali di protezione dei dati (DPA)⁷⁹, in caso di violazione transfrontaliera, dell’autorità capofila⁸⁰, sebbene con il coordinamento effettuato dall’*European Data Protection Board*, il quale non si qualifica come autorità competente in ultima istanza⁸¹.

⁷⁸ Regolamento (UE) 679/2016, GDPR, articoli 83 e 84.

⁷⁹ Regolamento 679/2016 (GDPR), art. 51 «Ogni Stato membro dispone che una o più autorità pubbliche indipendenti siano incaricate di sorvegliare l'applicazione del presente regolamento al fine di tutelare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento e di agevolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione (l'«autorità di controllo»).

⁸⁰ In base al principio dello sportello unico (*one-stop-shop*) previsto dal GDPR (artt. 56 e 60), quando un’impresa ha il proprio stabilimento principale in uno Stato membro, l’autorità garante di quello Stato assume il ruolo di autorità capofila (*lead supervisory authority* – LSA) per tutti i trattamenti transfrontalieri.

⁸¹ Il Comitato europeo per la Protezione dei Dati personali, ha varie competenze previste dal GDPR: in materia di linee guida, raccomandazioni e migliori pratiche (art. 48); in materia di pareri (artt. 70, 42 e 64); decisioni vincolanti in caso di contrasto sul progetto di decisione tra le autorità di controllo (art. 65).

Tale architettura, determina incertezze, ritardi applicativi⁸² e disomogeneità rispetto all'applicazione negli Stati membri. Le DPA, inoltre, non posseggono risorse adeguate a fronteggiare i colossi digitali e le loro pratiche di trattamento allorquando si intersecano con questioni di mercato.

Pertanto, se le autorità competenti fossero in grado di coordinarsi e di condividere conoscenze e competenze, l'efficacia nell'individuare e contrastare condotte lesive ne risulterebbe significativamente rafforzata. Al contrario, la mancanza di cooperazione rischia di indebolire entrambe le discipline nel fronteggiare le pratiche dei grandi operatori digitali. Ciò conduce a interrogarsi sull'opportunità di mantenere l'approccio “a compartimenti stagni”, inizialmente adottato dalle autorità *antitrust* quando emersero le prime questioni di rilevanza della tutela dei dati personali nei casi di concorrenza.

⁸² Esplicativo è il caso *Meta Ireland* da parte dell'autorità di protezione dei dati (capofila) dell'Irlanda, riguardo al trattamento dei dati personali degli utenti di Meta. Il 28 agosto 2020 l'autorità di controllo irlandese ha emesso un progetto preliminare di decisione indirizzato a Meta IE, il quale è stato riveduto a seguito delle varie osservazioni presentate. L'autorità di controllo irlandese ha condiviso il progetto di decisione con le autorità di controllo interessate, conformemente all'articolo 60, paragrafo 3, GDPR; visto il meccanismo previsto dal GDPR, diverse autorità di controllo interessate (AC AT, AC DE, AC ES e AC FR) hanno sollevato obiezioni a norma dell'articolo 60, paragrafo 4, GDPR. Inoltre, diverse autorità di controllo interessate hanno formulato osservazioni. Pertanto, il 19 gennaio 2023 l'autorità di controllo irlandese ha rinviato la controversia all'EDPB ai sensi dell'articolo 60, paragrafo 4, GDPR, avviando così la procedura di risoluzione delle controversie ai sensi dell'articolo 65, paragrafo 1, lettera a), GDPR. La decisione vincolante dell'EDPB al riguardo è stata emessa nel 2023 e successivamente l'autorità irlandese, sulla base di tale decisione, ha imposto a Meta le debite sanzioni. Cfr. Decisione vincolante 1/2023 in merito alla controversia presentata dall'autorità di controllo irlandese sui trasferimenti di dati da parte di *Meta Platforms Ireland Limited* per il servizio offerto da *Facebook* (articolo 65 GDPR), adottata il 13 aprile 2023.

1.3 Le prospettive di un approccio integrato

Il ragionamento proposto in questa sede, in linea con un'esperienza istituzionali⁸³ e giurisprudenziali⁸⁴ e dottrinali⁸⁵, sostiene che tali discipline condividano «*legami familiari*»⁸⁶ e, questo, si riverbera nel momento in cui l'impresa, sfruttando il proprio dominio riesce a trarre vantaggi a proprio favore e a scapito dei consumatori.

Tra i commentatori *antitrust* è in corso un acceso dibattito sull'opportunità di prendere in considerazione i dati personali nell'applicazione del diritto della concorrenza (ad esempio, interrogandosi sul se «*la privacy può essere considerata un problema antitrust*»⁸⁷) e, le autorità garanti della concorrenza stanno già valutando da tempo il ruolo concorrenziale dei dati personali. La vera questione è quindi come rendere operativa tale interconnessione, partendo dai fondamenti teorici e normativi.

⁸³ Autorité de la concurrence e CNIL, *Joint Declaration – Competition and Personal Data: A Common Ambition*, Parigi, 2023; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e Garante per la Protezione dei Dati Personali, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 2020 (Indagine n. IC53, Decisione n. 28051); Bollettino AGCM n. 9/2020, 2 marzo 2020; Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, May 10, 2016. Per la Commissione europea cfr. J. CRÉMER, Y. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, in *European Commission Report 2019*; per il Regno Unito cfr. Competition and Market Authority and Information Commissioner's Office, *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*, 19 maggio 2021. Per l'Australia cfr. ACCC, *Australian Competition & Consumer Commission: Digital platform services inquiry*, Interim report, 2021.

⁸⁴ Si veda su tutti C. giust. UE, sentenza del 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta Platforms*, ECLI:EU:C:2023:537.

⁸⁵ Un primo orientamento dottrinale, vorrebbe ampliare significativamente gli obiettivi del diritto della concorrenza, includendovi esplicitamente la tutela della riservatezza e dei dati personali come valori meritevoli di protezione autonoma. Un secondo gruppo di studiosi, più prudente, ritiene che gli strumenti antitrust esistenti siano già sufficienti, purché vengano reinterpretati in modo evolutivo. Ciò che conta, sostengono, è la volontà di porre la privacy al medesimo livello di attenzione tipicamente riservato ai prezzi o alle altre condizioni contrattuali, senza stravolgere la ratio del diritto antitrust, bensì riconoscendo che in un mercato digitale la “moneta” non è sempre il denaro, ma sovente i dati personali. Un terzo approccio, infine, mantiene una certa riserva sulla fusione dei due ambiti, temendo che l'obiettivo della protezione dei dati possa entrare in conflitto con il tradizionale mandato antitrust orientato alla massimizzazione dell'efficienza. Si veda per una ricostruzione K. STYLIANOU, M. IACOVIDES, *The New Goals Of EU Competition Law: Sustainability, Labour Rights, And Privacy*, op. cit. pp. 603 e ss.

⁸⁶ Su tutti, F. COSTA-CABRAL, O. LYNSKEY, *Family ties: the intersection between data protection and competition*, op. cit.

⁸⁷ OECD, *The intersection between competition and data privacy*, op. cit., p. 4 e ss.

In particolare, l'Autorità tedesca della concorrenza (*Bundeskartellamt*) è stata la pioniera nell'indagare, insieme all'autorità garante francese, sul rapporto tra concorrenza e dati personali, pubblicando un *joint report*⁸⁸. Il *Bundeskartellamt*, poi, si è cimentato nell'ipotizzare che violazioni del GDPR possano integrare un abuso di posizione dominante, come emerso nel noto caso *Facebook*⁸⁹.

Inoltre, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella vicenda *Meta Platforms* (C-252/21)⁹⁰, pronunciata in via pregiudiziale, ha affrontato per la prima volta tali questioni, consolidando l'idea che una lettura combinata delle disposizioni *antitrust* e di quelle sulla protezione dei dati sia necessaria quando il fulcro dell'attività d'impresa si basa sulla raccolta e lo sfruttamento dei dati.

Nel 2024, l'entrata in vigore del Regolamento (UE) 1925/2022 *Digital Markets Act* (DMA)⁹¹ ha aperto la strada a ulteriori considerazioni: sebbene il DMA si focalizzi sul comportamento dei c.d. *gatekeeper*, le piattaforme digitali aventi un impatto sul mercato interno, la protezione dei dati personali vi compare come uno dei parametri per garantire trasparenza e correttezza nella gestione delle interazioni tra le diverse parti del mercato.

Pertanto, lo stesso regolamento prevede che l'attività dei *gatekeeper* non debba tradursi in una compressione dei dati personali degli utenti e della loro autodeterminazione informativa, lasciando intendere come la protezione dei dati e *privacy* si collochino in un ambito di tutela che ben si coordina con le finalità di stampo concorrenziale⁹².

Tuttavia, resta da chiarire in che misura la *privacy* possa essere effettivamente qualificata come preoccupazione *antitrust* e in quali casi possa giustificare l'intervento delle autorità della concorrenza.

⁸⁸ Autorité de la concurrence e Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*. May 10, 2016, p. 20 e ss.

⁸⁹ Bundeskartellamt, sentenza del 6 Febbraio 2019, causa B6-22/16, *Facebook*.

⁹⁰ C. giust. UE, sentenza del 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta Platforms* ECLI:EU:C:2023:537.

⁹¹ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo ai mercati contestabili ed equi nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (*Digital Markets Act*). Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 265, 12 ottobre 2022, pp. 1–66.

⁹² *Ibidem*, articolo 5, paragrafo 2, articolo 6, paragrafo 11, articolo 13 e articolo 41, unitamente ai considerando 36 e 37.

Questo lavoro prende posizione su tali questioni proponendo un modello analitico al fine di interpretare in chiave evolutiva gli istituti del diritto della concorrenza, in modo da risultare coerenti con la tutela della *privacy* e dei dati personali.

Questo modello non smentisce la fondatezza e rilevanza di una applicazione disgiunta, teorizzando invero la loro applicazione congiunta per fornire i massimi livelli di protezione possibili ed una più stringente tutela dei mercati concorrenziali e per la protezione dei consumatori europei.

L'analisi si concentrerà, da un lato, sul modo in cui la protezione dei dati possa essere integrata nelle categorie concettuali tradizionali *dell'antitrust*. In particolare, ci si soffermerà sulla sottocategoria degli abusi cd. da sfruttamento⁹³, tradizionalmente meno esplorata rispetto a quella degli abusi escludenti, anche in ragione della complessità probatoria che li caratterizza. Tuttavia, la centralità assunta dai dati personali nei mercati digitali rende urgente una riconsiderazione sistematica di questa categoria, oggi oggetto di rinnovata attenzione da parte delle autorità⁹⁴.

La formulazione dell'articolo 102 lettera a) del TFUE ha chiaramente lo scopo di intervenire contro il comportamento di sfruttamento⁹⁵; questo avviene quando l'impresa dominante «*abbia sfruttato le possibilità che essa offre [la posizione di dominio] per trarne*

⁹³ Si veda per una ricostruzione P. MANZINI, *Figli Di Un Dio Minore: Gli Abusi Di Sfruttamento Nel Diritto Antitrust Europeo*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2022.

⁹⁴ Nel 2024 vi è stata la prima applicazione della categoria di abuso di posizione dominante da sfruttamento nei mercati digitali con il caso *Apple/Spotify* del 2024 da parte della Commissione europea. Commissione Europea, decisione del 4 marzo 2024, caso AT.40437, *Apple App Store Practices (music streaming)*, C(2024), 1307 final.

⁹⁵ Si veda P. DE PASQUALE, F. FERRARO, *La disciplina di concorrenza applicabile alle imprese*, p. 263 e ss, in TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Vol. II, Editoriale Scientifica, 2025; P. MANZINI, *Figli di un dio minore: gli abusi da sfruttamento nel diritto antitrust europeo*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fascicolo 1, anno 2022; G. MONTI, A. DE STREEL, *Exploitative Abuses: The Scope and the Limits of Article 102 TFEU*, in *RSC Working Paper*, 62, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2023. Inoltre, sul punto, M. WASASTJERNA, *Competition, Data and Privacy in the Digital Economy: Towards a Privacy Dimension in Competition Policy?*, Wolters Kluwer, 2020.

vantaggi commerciali che non sarebbe riuscito a procurarsi in caso di concorrenza normale e sufficientemente attiva»⁹⁶.

Inoltre, si procederà a esaminare la nozione di potere di mercato, ad approfondire l'evoluzione dei parametri competitivi nei mercati digitali e a delineare metriche alternative per la definizione del mercato rilevante, in modo da integrare coerentemente nel quadro analitico la dimensione della *privacy* e della protezione dei dati personali.

Infine, la ricerca si soffermerà sulla teorizzazione del concetto di benessere del consumatore e obiettivi che il diritto della concorrenza può perseguire nei mercati digitali, alla luce dei principi di coerenza e della tutela dei diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione europea.

Tale lavoro, mira a dimostrare come le potenzialità di un approccio integrato siano di gran lunga superiori alle possibili criticità, e che solo a partire da una stretta sinergia tra i due ambiti si potrà affrontare in modo efficace il consolidarsi di posizioni monopolistiche nei mercati digitali, foriere di rischi tanto per la concorrenza quanto per la protezione dei diritti fondamentali.

1.4 Gli scopi della trattazione

Ogni capitolo del presente lavoro si propone di esaminare le molteplici interazioni tra diritto della concorrenza e la disciplina della protezione dei dati personali, con l'obiettivo di ricondurle a un quadro teorico e normativo coerente, capace di valorizzarne le sinergie piuttosto che le apparenti contrapposizioni. La suddivisione in parti risponde a un'impostazione logico-argomentativa volta a integrare le due branche del diritto in modo sistematico, al fine di dare risposta ai quesiti giuridici che emergono dai fenomeni tipici dell'economia digitale.

⁹⁶ C. gius. UE, caso 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental v Commission*, ECLI:EU:C:1978:22, para 249. P. AKMAN, *Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 267, 2009; H. SCHWEITZER, *The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC*, diretta da EHLERMANN, MARQUIS, in *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Hart Publishing, 2008.

Il secondo capitolo è dedicato all'illustrazione del duplice valore dei dati personali dei mercati digitali; da un lato, si metterà in evidenza come tale *asset* sia centrale nei modelli di *business* delle piattaforme digitali. Dall'altro, si realizzerà una ricostruzione dei fondamenti normativi e assiologici del diritto alla protezione dei dati personali e della vita privata nell'ordinamento dell'Unione europea, a livello primario e secondario. Ci si soffermerà sul valore del diritto fondamentale alla *privacy* e della protezione dei dati personali nell'attuale contesto digitale, con specifico riferimento al Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), e ai diritti e obblighi da quest'ultimo previsti. L'obiettivo è quello di indicare gli strumenti predisposti dall'Unione, contro i rischi di violazione della *privacy* e della protezione dei dati personali nei mercati digitali, tramite le pratiche delle piattaforme digitali.

Il terzo capitolo esamina il diritto della concorrenza dell'Unione, ricostruendone i fondamenti, l'evoluzione e gli obiettivi. Il capitolo illustra come l'origine di tale settore del diritto sia riconducibile alla Scuola di pensiero ordoliberal, la quale ha plasmato le attuali disposizioni del Trattati. Si mette successivamente in mostra come, come dalla fine degli anni Novanta, l'*enforcement antitrust* si sia orientato verso la tutela del *consumer welfare*, inteso prevalentemente in termini economici. Si metteranno in luce i limiti di tale impostazione economica, nonché si ripercorreranno i plurimi obiettivi perseguiti nell'applicazione delle regole di concorrenza, nel corso del tempo. Sempre nel capitolo terzo, l'attenzione è rivolta all'ascesa delle piattaforme digitali, ai mercati multilaterali, alle nuove forme di potere di mercato, nonché agli effetti di concentrazione che ne derivano, tra cui *data advantage*, *lock-in*, economie di scala e di scopo ed effetti di rete, che caratterizzano le dinamiche competitive nei mercati digitali. Centrale, ulteriormente, è l'analisi dell'abuso di posizione dominante *ex art. 102 TFUE*, nella forma di prezzi e condizioni contrattuali inique.

Il quarto capitolo costituisce un ponte teorico tra i due ambiti, interrogandosi sui legami strutturali e funzionali tra la disciplina della concorrenza e la protezione dei dati personali. Si sostiene che tali settori, lungi dall'essere confliggenti, condividano una comune finalità di riequilibrio degli assetti di potere nei mercati, agendo entrambi contro i

fallimenti di mercato e a tutela dello stesso soggetto giuridico: il consumatore, che nei mercati digitali è anche il soggetto interessato dei dati.

Nel quinto capitolo si analizza l'impatto della decisione del Bundeskartellamt tedesco nel caso *Facebook* (B6-22/16)⁹⁷ e della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nella causa *Meta Platforms* (C-252/21)⁹⁸. Tali pronunce segnano un punto di svolta nell'integrazione tra concorrenza e *privacy*, ponendo le basi per una cooperazione tra autorità *antitrust* e autorità garanti dei dati. La pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia dell'Unione legittima un approccio integrato, pur lasciando irrisolti alcuni nodi applicativi.

Il sesto capitolo affronta il tema dell'integrazione della *privacy* nelle categorie del diritto della concorrenza europeo. Si sostiene che la tutela dei dati personali possa rilevare in termini di *non-price competition*, attraverso i parametri della qualità e della libertà di scelta. La degradazione della *privacy* può così essere letta come una riduzione della qualità del servizio o come una limitazione dell'autonomia dei consumatori. Inoltre, si procede a adattare le metriche di calcolo del mercato rilevante, al fine di includervi la *privacy* e la protezione dei dati personali, in particolare in relazione alla sostituibilità della domanda.

Infine, il capitolo fornirà l'adattamento della categoria degli abusi di posizione dominante da sfruttamento ai mercati *zero-price*, formulando nuove le teorie del danno sulla base della giurisprudenza in materia di prezzi eccessivi e delle condizioni commerciali inique ai sensi del 102 TFUE.

Il settimo capitolo è dedicato al *Digital Markets Act* (DMA), lo strumento regolatorio europeo volto a ristabilire condizioni di contendibilità e equità nei mercati digitali. Particolare attenzione è

⁹⁷ Bundeskartellamt, decisione del 6 febbraio 2019, causa B6-22/16, *Facebook*. Si analizzerà altresì l'impugnazione avverso tale decisione da parte del Tribunale di Dusseldorf, Oberlandesgericht Düsseldorf, Ordinanza Del 26 Agosto 2019, Causa VI-Kart 1/19 (V), e, la decisione della Corte Federale di Giustizia della Germania, Bundesgerichtshof (BGH), sentenza 23 Giugno 2020, causa KVR 69/19, *Facebook*, ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0.

⁹⁸ C. giust. UE, sentenza 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta Platforms Inc. e altri contro Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2023:537.

riservata all'art. 5, par. 2, del DMA che recepisce principi della sentenza *Meta/Bundeskartellamt*. Tale articolo introduce l'obbligo della garanzia di una scelta effettiva nell'accesso ai servizi digitali e un nuovo consenso aggiuntivo richiesto agli utenti, mettendo in mostra gli effetti pro concorrenziali derivanti dal rispetto dei diritti degli utenti in merito al trattamento dei propri dati personali.

Infine, il capitolo ottavo sarà dedicato alle conclusioni della ricerca, con l'obiettivo di dimostrare come il diritto *antitrust* possa e debba essere interpretato in modo tale da ricomprendere, nella propria applicazione, anche obiettivi non strettamente economici, in coerenza con i valori e i principi dell'ordinamento dell'Unione europea. Sotto questa luce, il capitolo conclusivo si propone di ampliare il concetto di *consumer welfare*, in modo che risulti aderente a una visione più coerente di benessere nel contesto digitale, che non si esaurisce nei soli parametri economici di prezzo ed efficienza, ma comprende anche profili quali la tutela della *privacy*, la protezione dei dati personali e la libertà di scelta informata dei consumatori. Inoltre, procede a individuare il fondamento giuridico e assiologico che consente di integrare, nell'applicazione del diritto *antitrust*, la tutela della *privacy*, la protezione dei dati personali e, più in generale, la promozione dei diritti fondamentali. Tale impostazione consente di restituire alla disciplina della concorrenza la sua funzione originaria di garanzia dell'ordine economico e sociale.

Infine, verranno delineate le prospettive di ricerca futura, con particolare attenzione ai nuovi rischi e interrogativi connessi all'interazione tra diritto della concorrenza e innovazione tecnologica dirompente, in particolare quella fondata sull'utilizzo massivo dei dati personali da parte dei sistemi di intelligenza artificiale (IA).

1.5 Delimitazioni

Sebbene la questione dell'intersezione tra diritto della concorrenza e valori non economici coinvolga istanze eterogenee, quali la sostenibilità

ambientale⁹⁹ o la democrazia¹⁰⁰, il suo collegamento con la politica industriale¹⁰¹ – che pure sono entrati nei dibattiti dottrinali in entrambe le sponde dell’Atlantico – in questa ricerca ci si concentra esclusivamente sulle relazioni e le interferenze tra il diritto della concorrenza e il diritto della protezione dei dati personali nell’ordinamento dell’Unione europea.

Nel delineare l’oggetto di questa trattazione, si è ritenuto opportuno non estendere l’analisi all’intero ventaglio degli istituti del diritto *antitrust*: pur tenendo presente l’esistenza di tre “pilastri” (cartelli o intese, controllo delle concentrazioni e abuso di posizione dominante), l’attenzione si è focalizzata sul tema degli abusi di posizione dominante ai sensi del 102 TFUE.

Più precisamente, si avrà particolare riguardo alle ipotesi di abuso di posizione dominante definite da sfruttamento e, non nella categoria concettuale degli abusi di posizione dominante escludenti. La ragione di tale scelta è piuttosto semplice: tale categoria concettuale è stata di recente riscoperta dalle autorità di concorrenza come categoria adatta alla repressione di determinate condotte che ledono i consumatori digitali europei¹⁰². Dall’altra parte, nell’ambito tanto della casistica giurisprudenziale e decisionale tanto negli orientamenti della Commissione europea, gli abusi da sfruttamento sono stati raramente applicati ed esplorati, lasciando un sostanziale vuoto di disciplina e formulazione di teorie del danno. Pertanto, con tale lavoro si è voluta

⁹⁹ Si veda l’opera di S. HOLMES, *Sustainability and competition policy in Europe: recent developments*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 15, 2024. Inoltre, L. CALZOLARI, *Antitrust e ambiente: dall’approccio economico a quello ecologico?*, In MANZINI, *I confini dell’antitrust. Diseguaglianze sociali, diritti individuali, concorrenza*, Giappichelli editore, 2023, p. 41 e ss.

¹⁰⁰ Si veda O. PALLOTTA, *Antitrust e pluralismo dell’informazione: un’alternanza in favore della democrazia*, in MANZINI, *I confini dell’antitrust. Diseguaglianze sociali, diritti individuali, concorrenza*, op. cit., p. 145 e ss; OECD, *The interaction between competition and democracy*, in *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 316, OECD Publishing, Paris, 2024. E. DEUTSCHER, *The Historical and Conceptual Foundations of the Competition–Democracy Nexus*, in *Competition Law and Democracy: Markets as Institutions of Antipower*, *Global Competition Law and Economics Policy*, Cambridge University Press, 2024.

¹⁰¹ Per un magistrale contributo, J. PIECHUCKA, B. SMULDERS, S. L. ROMERO, *Competition and Industrial Policies: a Complementary Action for Eu Competitiveness*, in *Concurrences*, 2024.

¹⁰² Da ultimo, A. C. WITT, *Unfair Trading Conditions —The Revival of a Dormant Concept of EU Competition*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2025.

fornire una panoramica non solo del diritto della concorrenza nell'era digitale ma ci si è voluti concentrare sulle pratiche di sfruttamento dei consumatori e dei loro dati contribuendo a sistematizzare, per quanto possibile, teorie del danno e strumenti utilizzabili.

Le altre forme di violazione *antitrust*, quali cartelli o fusioni, sono richiamate soltanto laddove funzionali a chiarire gli obiettivi generali del diritto della concorrenza o a fornire esempi di casi in cui i dati personali hanno assunto rilevanza strategica nella valutazione della condotta.

Parimenti, la presente trattazione non affronta il rapporto tra diritto della concorrenza e tutela dei consumatori. La disciplina consumeristica, infatti, costituisce un settore munito di finalità e strumenti propri, distinti tanto da quelli del diritto *antitrust* quanto da quelli del GDPR, pur presentando talora interessanti punti di contatto, ad esempio in materia di clausole vessatorie o di informative sulla *privacy*. Tali profili, per quanto rilevanti, esulano dal perimetro analitico di questa ricerca e non saranno oggetto di approfondimento specifico¹⁰³.

Inoltre, sotto il profilo geografico e ordinamentale, l'analisi è circoscritta principalmente al diritto dell'Unione europea. Alcuni riferimenti ai diritti nazionali, in particolare a quello tedesco, sono tuttavia introdotti in considerazione delle innovazioni sviluppate dal Bundeskartellamt e nella legge tedesca di concorrenza. Analogamente, sebbene si menzionino in modo sintetico alcuni sviluppi giurisprudenziali e regolamentari negli Stati Uniti, non si è intrapresa un'analisi comparativa approfondita dell'applicazione della Federal Trade Commission (FTC) o della giurisprudenza statunitense in materia di *digital markets*¹⁰⁴. Difatti, il diritto *antitrust* statunitense (*Sherman Act*)

¹⁰³ European Data Protection Supervisor (EDPS), *Preliminary Opinion Privacy and competitiveness in the age of big data: the interplay between data protection, competition law and consumer protection law in the digital economy* 2014. P. HUSTINX, *Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: The Interplay between Data Protection, Competition Law and Consumer Protection in the Digital Economy*, reperibile al link https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/shared/Documents/Consultation/Opinions/2014/14-03-26_competition_law_big_data_EN.pdf.

¹⁰⁴ Cfr. European Data Protection Supervisor (EDPS), *EDPS Comments on the Federal Trade Commission Trade Regulation Rule on Commercial Surveillance and Data Security Commercial Surveillance ANPR*, R. 111004; A. BANSAL, ARPIT, S. PRADHAN SADEV, *Privacy as a Non-Price Competition Factor: Antitrust Perspectives from the EU and the US*, in SSRN, 2023. Sulla comparazione tra la risposta europea e statunitense al potere di mercato e allo sfruttamento dei

non contempla ipotesi di abusi di posizione dominante da sfruttamento, né possiede un *corpus* normativo in materia di protezione dei dati personali che possa essere assimilato al GDPR.

In conclusione, i confini di questa ricerca sono stati volutamente definiti in funzione del suo obiettivo prioritario, escludendo gli aspetti menzionati, seppur di grande rilievo, in modo da preservare il nucleo tematico dell'indagine e garantire una maggior coerenza metodologica e sostanziale.

consumatori digitali, si veda l'opera di M. WASASTJERNA, *Competition, Data and Privacy in the Digital Economy: Towards a Privacy Dimension in Competition Policy?*, op. cit.

CAPITOLO II - La privacy e i dati personali: i rischi della digital economy e gli strumenti di protezione

2.1 Definizione di dati personali

La rivoluzione digitale che stiamo attualmente sperimentando è stata definita come quarta Rivoluzione Industriale¹⁰⁵, caratterizzata dalla trasformazione da un'era industriale a un'era dell'informazione, in cui le informazioni personali rappresentano l'*asset* strategico di maggior valore nei modelli di *business* delle piattaforme digitali.

Nel tentativo di delineare i tratti salienti dell'economia digitale contemporanea, premessa imprescindibile per lo sviluppo delle argomentazioni contenute nel presente lavoro, in primo luogo, il concetto di *big data* si impone quale elemento paradigmatico, costitutivo della nuova morfologia del potere economico e informativo delle piattaforme digitali.

Sebbene non si rinvenga una definizione univoca nella dottrina e nella prassi, il termine *big data* può essere inteso quale insieme eterogeneo, dinamico e massivo di informazioni costantemente generate attraverso l'attività digitale degli individui nonché dal funzionamento di dispositivi interconnessi, le cui modalità di trattamento e analisi richiedono l'impiego di risorse computazionali avanzate, algoritmi predittivi e sistemi di archiviazione in ambienti virtuali, comunemente denominati *data cloud*¹⁰⁶.

Alla definizione elaborata da D. Laney¹⁰⁷, fondata sulle tre dimensioni di volume (quantità di dati prodotti), varietà (eterogeneità

¹⁰⁵La definizione della rivoluzione digitale come Quarta Rivoluzione Industriale è stata autorevolmente coniata dal *World Economic Forum* e approfondita da Klaus Schwab nel suo volume. Secondo Schwab, questa nuova fase di trasformazione tecnologica si distingue per la fusione di tecnologie che offuscano i confini tra le sfere fisica, digitale e biologica, incidendo in profondità non solo sui modelli economici, ma anche su istituzioni, società e diritti fondamentali. Cfr. K. SCHWAB, *The Fourth Industrial Revolution*, Penguin Books, 2016.

¹⁰⁶ Si veda A. DE MAURO, M. GRECO, M. GRIMALDI, *A Formal Definition of Big Data Based on its Essential Features*, in *Library Review*, 2016, pp. 122-135; Per una trattazione generale, OECD, *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No. 193, OECD Publishing, Paris, 2016.

¹⁰⁷ Ad esempio, secondo Laney, i Big Data si differenziano dai *dataset* tradizionali per le cosiddette “3 V”: maggiore “volume”, maggiore “varietà” delle informazioni raccolte e “velocità” con cui i dati vengono elaborati grazie alla crescita esponenziale della potenza di calcolo. In particolare, l'analisi dei dati sta diventando un'attività sempre più automatizzata. Questo sviluppo è

delle fonti e delle tipologie) e velocità (rapidità di acquisizione, elaborazione e diffusione), si affianca quella proposta da Stucke e Grunes¹⁰⁸, che introduce una quarta dimensione, il valore, evidenziando l'accresciuta rilevanza economica dei dati nell'attuale contesto competitivo. È, infatti, proprio questa valenza economica a rendere i dati un *asset* strategico per gli operatori digitali, in quanto la loro raccolta e successiva elaborazione, anche mediante tecniche avanzate di *machine learning*¹⁰⁹, consente di estrarre conoscenza utile e di ottenere vantaggi economici e concorrenziali significativi.

Alla luce di ciò, se è vero che i *big data* rappresentano il perno attorno al quale ruota l'economia digitale, risulta parimenti necessario procedere a una loro preliminare classificazione giuridica.

In tale prospettiva, riveste importanza primaria la distinzione tra dati personali e dati non personali, ciascuno soggetto a differenti regimi normativi nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, il quale ne disciplina la tutela e ne assicura, al contempo, la libera circolazione.

I dati personali sono definiti, ai sensi dell'art. 4, par. 1, del Regolamento (UE) 2016/679 (Regolamento generale sulla protezione dei dati, c.d. GDPR), come «*qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile*»¹¹⁰, ove per persona identificabile si intende il soggetto che possa essere riconosciuto, direttamente o indirettamente, mediante elementi quali il nome, l'indirizzo, il numero identificativo, dati relativi all'ubicazione, identificatori *online*, o altri

accompagnato dall'uso crescente di *software* che si basano su algoritmi di autoapprendimento e sistemi che utilizzano l'intelligenza artificiale. In secondo luogo, i dati vengono raccolti non solo su Internet, ma anche da un numero crescente di sensori installati nei dispositivi elettronici che interagiscono tra loro (i.e. *Internet of Things*, IoT). Pertanto, l'avvento dell'IoT aumenterà il numero di produttori industriali e fornitori di servizi che raccolgono, elaborano e trasferiscono una grande quantità di dati tramite i loro dispositivi. D. LANEY, *3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety*, Gartners Blog post, 2001.

¹⁰⁸ M. E. STUCKE, A. P. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press, United Kingdom, 2016.

¹⁰⁹ Il *machine learning* è definito come «*a computer program is said to learn from experience E with respect to some class of tasks T and performance measure P, if its performance at tasks in T, as measured by P, improves with experience E*», di T.M. Mitchell, *Machine Learning*, McGraw-Hill, 1997, p. 2; si veda anche S. J. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Pearson, 4th ed., 2020.

¹¹⁰ Regolamento UE 2016/679 (GDPR), articolo 4, paragrafo 1.

fattori specifici relativi all'identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale. La disciplina di riferimento, oltre a tutelare il diritto fondamentale alla protezione dei dati, garantisce la libera circolazione di tali informazioni all'interno dell'Unione europea, e in via condizionata anche al di fuori di essa, nel rispetto delle garanzie stabilite dal Regolamento medesimo¹¹¹.

I dati non personali, disciplinati dal Regolamento (UE) 2018/1807¹¹², presentano una nozione in via residuale, quali tutte le informazioni che non rientrano nella definizione di dati personali ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, del GDPR¹¹³. Questi includono i dati anonimizzati¹¹⁴, che non consentono e, non dovrebbero consentire¹¹⁵, l'identificazione dell'interessato. Questi contemplano dati generati da dispositivi interconnessi, e dati aggregati, quali tendenze di mercato e statistiche economiche e di produzione¹¹⁶.

Nel prosieguo della presente ricerca, ogni qualvolta si farà riferimento al concetto generale di "dati", l'attenzione sarà rivolta in via prioritaria ai dati personali, piuttosto che a quelli non personali.

¹¹¹ Il Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), stabilisce che i trasferimenti di dati personali verso Paesi non appartenenti allo Spazio Economico Europeo (SEE, ossia UE e Norvegia, Liechtenstein, Islanda) o verso un'organizzazione internazionale sono consentiti a condizione che l'adeguatezza del Paese terzo o dell'organizzazione sia riconosciuta tramite decisione della Commissione europea (art. 45 del Regolamento UE 2016/679). In assenza di tale decisione, il trasferimento è consentito ove il titolare o il responsabile del trattamento forniscano garanzie adeguate che prevedano diritti azionabili e mezzi di ricorso effettivi per gli interessati (art. 46 del Regolamento UE 2016/679).

¹¹² Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 relativo a un quadro per la libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea, in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 303, 28 novembre 2018.

¹¹³ *Ibidem*, articolo. 3.

¹¹⁴ I dati anonimizzati sono dati resi anonimi in modo tale che l'individuo non sia o non sia più identificabile con alcun mezzo che sia ragionevolmente probabile che venga utilizzato. Quando l'anonimizzazione è attuata correttamente, il GDPR non si applica più ai dati anonimizzati. Cfr. Gruppo di lavoro articolo 29, parere 05/2014 sulle tecniche di anonimizzazione, 2014.

¹¹⁵ Sebbene i dati anonimizzati siano dati in cui l'identificazione dell'interessato è esclusa, vi sono pratiche di de-anonimizzazione, che determinano, a partire un set di dati anonimizzati, l'identificazione di un individuo, ottenendo così l'accesso ai dati privati e sensibili dell'individuo. Questo determina un tipo di violazione della privacy. Cfr. E. ADAMAKIS, M. BOCH, A. BAMPOULIDIS, G. MARGETIS, S. GINDL, C. STEPHANIDIS, *Visualizing the Risks of De-anonymization in High-Dimensional Data*, in *Information Technology and Systems, ICITS, Lecture Notes in Networks and Systems*, a cura di ROCHA, FERRÁS, IBARRA, vol 691. Springer, Cham, 2024.

¹¹⁶ Cfr. J. CRÉMER, Y. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, op. cit.

L'ambito di applicazione del Regolamento GDPR, è relativo «*al trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali e al trattamento non automatizzato di dati personali contenuti in un archivio o destinati a figurarvi*»¹¹⁷. Dunque, le sue disposizioni si applicano alle operazioni di trattamento, per tali si intende «*qualsiasi operazione (...) con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali (...) come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, (...)*». Le operazioni di trattamento riguardano i dati personali, definiti come «*qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile*» il cd. «*interessato*» dei dati¹¹⁸. Si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale¹¹⁹.

L'interesse prevalente, infatti, è rivolto a quelle informazioni che, anche mediante tecniche di analisi algoritmica o aggregazione predittiva, si rivelano idonee a dischiudere, direttamente o indirettamente, aspetti afferenti alla sfera privata e personalissima dell'individuo. Non si tratta unicamente di dati identificativi in senso stretto, bensì anche di informazioni capaci di restituire un ritratto approfondito delle preferenze, abitudini, opinioni politiche o religiose, condizioni di salute, orientamenti sessuali e tratti comportamentali, che emergono dalla quotidiana interazione con gli strumenti digitali.

È tuttavia necessario fornire un'ulteriore distinzione, che verrà successivamente approfondita: quella tra dati personali e *privacy*, altresì centrale per la tesi sostenuta in questa ricerca.

Sia la *privacy* che la protezione dei dati sono protetti rispettivamente dagli articoli 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali

¹¹⁷ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), articolo 2, par. 1.

¹¹⁸ *Ibidem*, articolo 4, par. 1.

¹¹⁹ *Ibidem*. Inoltre, sulla distinzione tra dati personali e dati non personali, necessaria per determinare l'applicabilità della normativa del GDPR o del Regolamento (UE) 1725/2018, si veda C. giust. UE sentenza 4 settembre 2025, nella causa C-413/23 P, ECLI:EU:C:2025:645.

dell'UE¹²⁰. La differenza concettuale risiede nella loro ampiezza e nella loro commerciabilità; mentre il diritto alla *privacy* è più ampio, quale è un diritto fondamentale che tutela la sfera personale dell'individuo, formalmente protetto e non negoziabile, i dati personali (e dunque, la loro circolazione) possono essere forniti dagli utenti ai titolari del trattamento (le piattaforme digitali) a condizione che l'interessato (e, dunque l'utente consumatore) abbia acconsentito a ciò o che ci sia una base giuridica idonea a legittimare tale trattamento e l'utilizzo per finalità commerciali¹²¹. Come previsto dal Regolamento GDPR, la protezione dei dati personali non è una prerogativa assoluta; questa è temperata con altri diritti e libertà, tra le quali prefigura proprio la libertà di impresa¹²².

La definizione del concetto di *privacy* è vaga per sua natura ed i suoi contorni precisi costituiscono una questione di discussione accademica¹²³. Nel contesto dell'economia digitale, la nozione di *privacy* assume una configurazione specifica, fortemente connessa all'uso delle tecnologie e ai meccanismi attraverso cui vengono raccolte, elaborate e condivise informazioni personali. In tale ambito, la protezione della *privacy* si concretizza prevalentemente nella forma dell'autodeterminazione informativa, intesa come diritto dell'individuo a esercitare un controllo consapevole sull'utilizzo dei propri dati personali. In questa veste, la *privacy* e i dati personali sono strettamente interconnessi; i dati personali sono suscettibili di rivelare, direttamente o indirettamente, anche attraverso tecniche di aggregazione e profilazione, aspetti dell'identità individuale, inclusi tratti comportamentali, preferenze, convinzioni e relazioni sociali e, lo stesso Regolamento

¹²⁰ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata il 7 dicembre 2000 e adattata il 12 dicembre 2007, in GU C 303 del 14.12.2007, articolo 7 codifica il diritto al rispetto della vita privata «Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni»; l'articolo 8, la tutela della protezione dei dati a carattere personale «Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano. (...) Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica».

¹²¹ Le basi giuridiche che legittimano il trattamento sono tassative e predeterminate da legge, si veda Regolamento GDPR, articolo 6 per i dati personali e articolo 9 per i dati personali a carattere sensibile.

¹²² Si veda infra, paragrafi 2.3 e ss.

¹²³ Cfr. D. J. SOLOVE, *Understanding Privacy*, in *Harvard University Press*, 2008.

GDPR, prevede gli strumenti di controllo affinché tale cessione di informazioni avvenga in modo consapevole ed informato¹²⁴.

Poste queste necessarie premesse, il capitolo si propone di approfondire la duplice natura commerciale e giuridica dei dati personali e le ricadute sulla *privacy*. Da un lato, l'economia digitale ha fatto sì che i dati personali e le informazioni da essi inferite, costituiscano una risorsa commerciabile e monetizzabile nei mercati digitali. Dall'altro, tali dati costituiscono oggetto di un diritto fondamentale, inteso quale proiezione della dignità e dell'identità personale, e pertanto protetto in via rafforzata nell'ordinamento dell'Unione.

La dimensione competitiva dei dati personali, verrà invero discussa nel capitolo terzo.

Benché non sia questa la sede per affrontare in modo esaustivo la dibattuta questione relativa all'equiparabilità dei dati personali a una vera e propria controprestazione¹²⁵ con le tensioni che ne deriverebbero in ordine alla natura inviolabile dei diritti fondamentali, è tuttavia imprescindibile metterne previamente in luce l'utilizzo commerciale.

2.2 La monetizzazione dei dati personali e modelli di business nella data-driven economy

«Companies are increasingly adopting business models that rely on personal data as a key input. (...) companies offer individuals free services

¹²⁴ Si vedano i paragrafi successivi del presente capitolo.

¹²⁵ Si veda, sul punto, la Sentenza del Consiglio di Stato, del 2021, sull'impugnazione della delibera AGCM nel caso Facebook. Il CdS, avalla l'impostazione seguita dall'autorità di concorrenza, la quale ha ritenuto che il *claim* di Facebook “*è gratis e lo sarà sempre*” come pratica commerciale ingannevole, se, per usufruirne, l'utente deve effettivamente prestare la propria disponibilità di dati personali per finalità commerciali. La patrimonializzazione dei dati personali, «*l'asset*» che la piattaforma monetizza, è riconosciuta, almeno in questo contesto, come effettuata dalla piattaforma che li raccoglie per uso commerciale. Precisamente, «*non viene in emersione la commercializzazione del dato personale da parte dell'interessato, ma lo sfruttamento del dato personale reso disponibile dall'interessato in favore di un terzo soggetto che lo utilizzerà a fini commerciali, senza che di tale destino l'interessato conosca in modo compiuto le dinamiche, fuorviato peraltro dalle indicazioni che derivano dalla lettura delle condizioni di utilizzo (come nel caso di specie) di una “piattaforma informatica”*», Consiglio di Stato, sentenza 29 marzo 2021, n. 2631, in Foro amm. CDS, 2021, punto 9.

with the aim of acquiring valuable personal data to assist advertisers to better target them with behavioural advertising»¹²⁶.

Nel contesto dell'economia digitale contemporanea, spesso definita anche *data-driven economy*, i dati e, in particolare, i dati personali si configurano come una risorsa economica di primaria rilevanza per i modelli di *business* delle imprese operanti nel mercato digitale.

L'evoluzione tecnologica e la pervasività dei dispositivi connessi hanno reso possibile una trasformazione strutturale dei paradigmi economici: le imprese offrono prodotti e servizi digitali, quali motori di ricerca, piattaforme sociali, sistemi di localizzazione e applicazioni mobili gratuitamente ai consumatori.

Poiché non esistono servizi offerti esclusivamente in maniera gratuita nel mercato¹²⁷, la controprestazione per l'accesso a tali servizi (come si vedrà nel capitolo terzo) è la disponibilità degli utenti a fornire, direttamente o indirettamente, i propri dati personali alla piattaforma.

Ogni interazione digitale quotidiana, dalla consultazione di contenuti su un motore di ricerca, alla navigazione su una piattaforma *social*, fino all'utilizzo di *app* di tracciamento e geolocalizzazione, lascia dietro di sé una traccia digitale, un insieme strutturato di dati che può essere raccolto, incrociato, analizzato e successivamente commercializzato¹²⁸.

Per la precisione, i modelli di *business* attualmente implementati si basano sulla fornitura del servizio principale al consumatore (es. social network) "gratuito"¹²⁹, dove la gratuità risiede nell'assenza di una controprestazione in termini pecuniari.

¹²⁶ Si veda A. EZRACHI, M. E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, 2016, p. 214.

¹²⁷ M. S. GAL, D. L. RUBINFELD, *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*, in *Antitrust Law Journal*, 2016, p. 521, «It is sometimes important to distinguish between non-monetary free goods for which the consumer pays in another "currency," such as privacy, media diversity, etc. ("pseudo free goods"), and those for which the consumer does not pay at all, at least not in the short run ("real free goods")».

¹²⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Building A European Data Economy*, {SWD(2017) 2 Final} Brussels, 10.1.2017 COM(2017) 9 Final.

¹²⁹ Lo stesso Consiglio di Stato ha qualificato il *claim* di utilizzato da Facebook «è gratuito e sempre lo sarà», come pubblicità ingannevole, tralasciando il ruolo dei dati personali come valore

Come sottolineato dall'EDPB non tutti i *big data* sono personali, ma per molte offerte online che sono presentate o percepite come “gratuite”, le informazioni personali funzionano come una sorta di valuta indispensabile utilizzata per “pagare” tali servizi¹³⁰.

Al fine di giustificare gli ampi fatturati delle piattaforme digitali, è necessario individuare le principali modalità di reperimento dei finanziamenti per la sostenibilità del modello economico prescelto.

Vi sono varie modalità di monetizzazione dei dati personali.

In primo luogo, si segnala il loro utilizzo nell'ambito dell'ottimizzazione e dello sviluppo di prodotti e servizi digitali¹³¹. Le piattaforme che raccolgono i dati personali degli utenti li utilizzano per migliorare le prestazioni, l'usabilità e la rilevanza dei propri servizi esistenti. In altri termini, i dati personali vengono analizzati al fine di identificare inefficienze, preferenze ricorrenti, ostacoli all'uso e nuove esigenze dei consumatori, permettendo di perfezionare l'offerta digitale e a rafforzare la fidelizzazione dell'utente¹³².

In aggiunta, l'analisi sistematica dei dati raccolti consente alle imprese digitali di anticipare bisogni non ancora espressi o pienamente consapevoli da parte degli utenti, fungendo da leva per la progettazione e commercializzazione di nuovi prodotti o servizi¹³³. Tale funzione predittiva, fondata sull'elaborazione di modelli comportamentali, si converte in opportunità imprenditoriali e vantaggi competitivi rispetto ai concorrenti privati di tale *asset*.

(economico) per il servizio di *social network*, cfr. Consiglio di Stato, sentenza 29 marzo 2021, n. 2631, in Foro amm. CDS, 2021. Secondo l'OCSE, l'espressione servizio online gratuito è generalmente considerata fuorviante per i consumatori. I servizi *online* forniti, infatti, «... comportano costi non pecuniari (per i consumatori) sotto forma di fornitura di dati personali, attenzione agli annunci o costi di opportunità di lettura della privacy» cfr. OECD, *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No. 193, OECD Publishing, Paris, 2016.

¹³⁰ European Data Protection Board (EDPB), *Opinion 8/2016 on the coherent enforcement of fundamental rights in the age of Big Data*, 2016 p. 6 e ss.

¹³¹ J. CRÉMER, Y. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, Commissione europea, 2019, p. 4 ss.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ *Ibidem*.

In secondo luogo, si assiste all'emersione della pubblicità personalizzata, anche nota come pubblicità comportamentale o *behavioural advertisement*¹³⁴.

Si può agevolmente notare come con la progressiva transizione delle quasi totalità delle interazioni economiche negli ambienti *online*, il rapporto tra consumatori e fornitori si sia "smaterializzato", caratterizzato da una condizione di non immediata conoscibilità dei consumatori da parte dei fornitori di servizi, celati dietro l'interfaccia di uno schermo¹³⁵.

È ben vero che il monitoraggio delle visite e delle interazioni degli utenti sulle pagine del *web* sia una pratica risalente alle origini della stessa rete; tuttavia, lo sviluppo e l'ascesa dei modelli computazionali e di algoritmi predittivi, ha reso tecnologicamente possibile incorporare sistemi di tracciamento sempre più invasivi¹³⁶.

A livello di sorgenti di raccolta, i dati personali possono essere reperiti sia tramite sistemi di tracciamento nell'ambiente *online* diretto (come la pagina *web* consultata) e sia sui diversi dispositivi come smartphone, computer ed oggetti intelligenti¹³⁷.

Ulteriormente, possono essere reperiti all'interno della piattaforma e dunque, relativi all'attività che l'utente ivi svolge, sia tramite il cd. tracciamento di terze parti¹³⁸, sistemi software che permettono di far

¹³⁴ Per una ampia trattazione sulla pubblicità comportamentale e il diritto della protezione dei dati personali, si veda Gruppo di lavoro Articolo 29 per la Protezione dei Dati, Parere 2/2010 sulla pubblicità comportamentale online, 2010.

¹³⁵ Si veda similmente, OECD, *Competition in Digital Advertising Markets*, OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No. 259, OECD Publishing, Paris, 2021.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ OECD, *Competition in Digital Advertising Markets*, OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No. 259, OECD Publishing, Paris, 2021, p. 9 e ss.

¹³⁸ Per tracciamento (o *cookie*) di terze parti si intendono le stringhe di codice che vengono installate sul dispositivo dell'utente da un soggetto diverso rispetto al gestore del sito *web* visitato. A differenza dei cookie di prima parte – che sono impostati direttamente dal dominio del sito consultato – i *cookie* di terze parti sono inviati da domini esterni, solitamente partner commerciali o fornitori di servizi (quali ad esempio piattaforme pubblicitarie, motori di ricerca o *social network*), con finalità prevalentemente di profilazione, marketing comportamentale e tracciamento dell'utente attraverso più siti. Al riguardo, nella causa C40/17, *Fashion ID*, la C. giust. UE ha affrontato un plug-in social di terze parti (un pulsante "mi piace" di Facebook) incluso in un sito web. Il plug-in ha fatto sì che il browser di un visitatore di quel sito Web richiedesse contenuti al proprietario del plug-in (Facebook) e trasmettesse i dati personali del visitatore a tale proprietario. La Corte ha affermato (par. 100-102) che il gestore del sito web deve richiedere solo il consenso relativo alla trasmissione al proprietario del plugin. Ciò comporta che spetti al titolare del plugin individuare una

confluire i dati provenienti da numerose fonti, direttamente alla piattaforma. Studi recenti confermano come la maggioranza dei principali siti web e delle applicazioni mobili gratuite presenti negli *app store* integri meccanismi di tracciamento gestiti da soggetti terzi. In particolare, risulta che circa il 95% dei primi 10.000 siti per volume di traffico e oltre il 90% delle *app* gratuite disponibili incorporino componenti di *tracking* esterni¹³⁹. Le cifre mostrano inoltre, che un piccolo numero di aziende è attivo nella maggioranza operazioni di tracciamento di terze parti che avviene sul *web* o tramite *app*, creando un'elevata concentrazione di informazioni personali che ci riguardano, segnatamente Alphabet, Microsoft e Meta¹⁴⁰.

A livello di tipologie di dati raccolti, questi non sono anonimi; principalmente i dati raccolti sono personali, volontariamente o involontariamente ceduti dall'utente o osservati tramite le attività *online*¹⁴¹. Questi riguardano, a titolo esemplificativo, l'età, il sesso, l'area geografica, le vendite nello stesso negozio, i quali si combinano a dati provenienti da una pluralità di fonti, combinando la cronologia degli acquisti, la storia creditizia, la disponibilità a pagare, fattori socioeconomici. A questi si aggiungono i dati, come sopra riferito, reperiti tramite i dispositivi IoT (*Internet of Things*): orologi intelligenti, assistenti vocali ed elettrodomestici *smart*, producono un flusso continuo di dati di estrema sensibilità¹⁴², come dati sanitari e biometrici, (come battito

base giuridica per qualsiasi trattamento successivo. Cfr. C. giust. UE, sentenza 29 luglio 2018, causa C40/71, *Fashion ID*.

¹³⁹ Si veda R. BINNS, U. LYNGS, M. VAN KLEEK, ET AL., *Third Party Tracking in the Mobile Ecosystem*, in *Proceedings of the 10th ACM Conference on Web Science*, 2018, pp. 23–31.

¹⁴⁰ Cfr. M. FALAHRASLEGAR, H. HADDADI, S. UHLIGM, R. MORTIER, *Anatomy of the Third-Party Web Tracking Ecosystem*, 2014. Per i *tracker* basati su *app*, Alphabet è il *tracker* più diffuso, seguito da Microsoft, Meta e X. Il quadro è solo leggermente diverso per i *tracker* basati sul *web*, dove Alphabet è il *tracker* di maggior successo, seguito da Meta e Twitter. Anche le fusioni di *Microsoft/LinkedIn* (2016), e *Google/DoubleClick* (2007) hanno contribuito all'emergere di una struttura di mercato dominata da un numero limitato di aziende e da una lunga lista di altri *tracker* meno significativi. Le suddette fusioni verranno analizzate nel capitolo quarto.

¹⁴¹ Inoltre, uno studio ha rilevato che, nel 75% dei casi, i *tracker*, riescono a venire a conoscenza (incrociando le varie informazioni anonime) dell'identità dell'utente. Cfr. B. KRISHNAMURTHY, K. NARYSHKIN, C. WILLS, *Privacy Leakage vs. Protection Measures: The Growing Disconnect*, in *Proceedings of the Web 2.0 Security and Privacy Workshop*, 2011.

¹⁴² *Ibidem*. Si veda anche il tentativo di Amazon per acquistare l'azienda iRobot, dove, una delle finalità precipue (oltre all'acquisto dei brevetti per il prodotto) era l'acquisto del data set di dati non personali e personali generato dal dispositivo intelligente. Cfr. Commissione

cardiaco, cicli del sonno o livelli di attività fisica), nonché dati su abitudini domestiche¹⁴³, spostamenti giornalieri e, in alcuni casi, perfino inquadrare lo stato emotivo dell'utente, attraverso schemi di interazione e intonazioni vocali¹⁴⁴.

Dati che, se comparati a quelli raccolti in una condizione di rapporto diretto e fisico acquirente-venditore, sarebbero stati difficilmente reperibili. I progressi tecnologici nell'analisi dei dati facilitano la previsione dei tratti e degli attributi della personalità, anche a partire da poche informazioni sul comportamento umano, come i "mi piace" o gli interessi su Facebook¹⁴⁵.

Queste combinazioni facilitano la costruzione di una precisa identità individuale dei consumatori¹⁴⁶ enfatizzandone i tratti suscettibili a scopi commerciali¹⁴⁷, segmentando l'utenza in gruppi di consumo altamente mirati¹⁴⁸.

Tali informazioni, risultano di fondamentale rilevanza per gli inserzionisti pubblicitari¹⁴⁹. Questi non risultano disposti a corrispondere somme ingenti per ottenere accesso a tali informazioni e, di conseguenza, ai gruppi di utenza, al fine di veicolare messaggi pubblicitari

Europea, *Amazon/iRobot merger: Commission opens in-depth investigation*, Comunicato stampa IP/23/3702, 6 luglio 2023, disponibile su: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_3702

¹⁴³ OECD, *Competition in Digital Advertising Markets*, *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 259, OECD Publishing, Paris, 2021 p. 10 e ss.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ M. KOSINSKI, D. STILLWELL, T. GRAEPEL, *Private Traits and Attributes are Predictable from Digital Records of Human Behaviour*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 110(15), 2013, pp. 5802–5805.

¹⁴⁶ Per una trattazione ampia sul tema, si rimanda a R. BINNS ED AL., *Measuring Third Party Tracker Power Across Web and Mobile*, 2018; R. BINNS ED AL., *Third Party Tracking in the Mobile Ecosystem*, op. cit.

¹⁴⁷ N. ECONOMIDES, I. LIANOS, *Restrictions On Privacy and Exploitation In The Digital Economy: A Market Failure Perspective*, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 17, 2021, pp. 765–847.

¹⁴⁸ European Data Protection Board (EDPB), *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR*, 2019, p. 4.

¹⁴⁹ La pubblicità comportamentale implica l'intervento dei seguenti attori: a) fornitori di reti pubblicitarie, che sono i più importanti distributori di pubblicità comportamentale, in quanto mettono in contatto gli editori con gli inserzionisti; b) inserzionisti, che vogliono promuovere un prodotto o un servizio presso un determinato pubblico; c) editori, ovvero i proprietari di siti web, che cercano di realizzare guadagni attraverso la vendita di spazi pubblicitari sul loro sito o sui loro siti. Cfr. Gruppo di lavoro Articolo 29 per la Protezione dei Dati, *Parere 2/2010 sulla pubblicità comportamentale online*, 2010, p. 5.

personalizzati basati su tali profili, generando così un flusso economico considerevole a favore delle piattaforme titolari dei dati¹⁵⁰.

Si parla quindi di pubblicità comportamentale o *behavioural asdvertisement*¹⁵¹, basata sulla targettizzazione degli utenti/consumatori, quale la pubblicazione di annunci *online* a utenti specifici in base ai profili (completi) degli utenti generati osservando le loro abitudini di navigazione¹⁵².

Questa si differenzia dalla pubblicità generalista che fornisce una pubblicità indistinta al pubblico (a prescindere da qualsivoglia individuazione settoriale del pubblico di riferimento, la quale risulta nettamente meno remunerativa) come dalla pubblicità contestuale¹⁵³ e da quella segmentata¹⁵⁴.

La pratica specifica della pubblicità comportamentale solleva preoccupazioni significative in termini di protezione dei dati e della vita privata. Le tecnologie di base di Internet consentono ai fornitori di reti pubblicitarie di tracciare gli interessati attraverso diversi siti *web* nel corso del tempo¹⁵⁵; nella maggior parte dei casi, tutto ciò avviene all'insaputa degli interessati.

Oltre alla finalità pubblicitaria, un aspetto centrale nel meccanismo di monetizzazione risiede nella possibilità di rivendere i dati personali o

¹⁵⁰ Il valore intrinseco dei dati risiede, in particolare, nella loro capacità di rivelare pattern comportamentali, preferenze, abitudini e inclinazioni individuali, che consentono alle imprese di sviluppare strategie di personalizzazione dell'offerta, indirizzare con precisione messaggi pubblicitari e massimizzare così la redditività dei propri servizi. Cfr. OECD, *Competition in Digital Advertising Markets*, op. cit., p. 11 e ss.

¹⁵¹ La definizione più accurata che è stata rintracciata è presente nel documento del Gruppo di lavoro Articolo 29 per la Protezione dei Dati, Parere 2/2010 sulla pubblicità comportamentale online, 2010, pg. 5: «*La pubblicità comportamentale si basa sull'osservazione del comportamento delle persone nel tempo. Questo tipo di pubblicità cerca di studiare le caratteristiche del comportamento delle persone attraverso le loro azioni (frequentazione ripetuta di certi siti, interazioni, parole chiave, produzione di contenuti online, ecc.) al fine di elaborare un profilo specifico e quindi inviare messaggi pubblicitari che corrispondano perfettamente agli interessi dedotti*».

¹⁵² Cfr. OECD, *Competition in Digital Advertising Markets*, op. cit. p. 12 e ss..

¹⁵³ Gruppo di lavoro Articolo 29 per la Protezione dei Dati, Parere 2/2010 op. cit., p. 5: «*La pubblicità contestuale rappresenta un tipo di pubblicità selezionata in base ai contenuti visualizzati in quel momento dall'interessato. Nel caso dei motori di ricerca, il contenuto può essere dedotto dalle parole chiave della ricerca effettuata, dalla ricerca precedente o dall'indirizzo IP dell'utente (se indica la probabile ubicazione geografica dell'utente)*».

¹⁵⁴ *Ibidem*, «*Pubblicità selezionata in base a caratteristiche note dell'interessato (età, sesso, ubicazione, ecc.), fornite dallo stesso nella fase di registrazione a un sito*».

¹⁵⁵ *Ibidem*.

di condividerli con partner commerciali o *data broker*¹⁵⁶. Questi aggregano informazioni provenienti da diverse fonti talvolta senza che l'utente ne sia consapevole e ne potenziano la capacità descrittiva e predittiva.

Al fine di mostrare la pervasività di tali attività di tracciamento, si menziona l'indagine aperta nel 2024 dalla Federal Trade Commission¹⁵⁷. L'autorità antitrust statunitense (*Federal Trade Commission – FTC*) ha promosso un'azione nei confronti del broker di dati Kochava, accusandolo di aver commercializzato dati di geolocalizzazione provenienti da centinaia di milioni di dispositivi mobili. Tali informazioni, secondo l'accusa, consentivano di individuare con precisione le visite degli utenti a luoghi altamente sensibili, quali cliniche di salute riproduttiva, luoghi di culto, rifugi per senzatetto e per vittime di violenza domestica, nonché centri di recupero dalle dipendenze.

La FTC ha sostenuto che la vendita di tali dati, idonei a tracciare gli spostamenti individuali, permettesse a terzi di identificare specifiche persone, esponendole a rischi concreti di stigma sociale, stalking, discriminazione, perdita dell'impiego e persino violenza fisica. Con la propria azione legale, la Commissione ha richiesto di porre fine alla commercializzazione da parte di Kochava di dati di geolocalizzazione sensibili e di imporre all'impresa l'eliminazione delle informazioni già raccolte in violazione dei diritti degli interessati.

Ulteriormente, il valore economico dei dati personali deriva anche dalla loro funzione abilitante rispetto allo sviluppo di sistemi algoritmici¹⁵⁸. Sistemi di raccomandazione, motori di ricerca intelligenti, applicazioni per il monitoraggio della salute o per l'ottimizzazione dei flussi urbani utilizzano i dati grezzi come risorsa primaria per elaborare

¹⁵⁶ Cfr. H. RUSCHEMEIER, *Data Brokers and European Digital Legislation*, in *European Data Protection Law Review* Volume 9, Issue 1, 2023, pp. 27–38.

¹⁵⁷ Si veda Federal Trade Commission, Plaintiff, V. Kochava Inc., Corporation, Defendant, 15 luglio 2024.

¹⁵⁸ Di recente, è l'acquisizione da parte di Meta del 49% delle quote della società di AI, Scale AI, per un valore pari a 14,3 milioni di dollari. Tale acquisizione sottolinea da un lato la volontà della piattaforma social di implementare sistemi di AI all'interno dei propri servizi per il futuro, per effettuare una concorrenza ai rivali come Open AI e, dall'altro, l'impegno a collaborare con Scale AI al fine di allenare i sistemi algoritmici. Reperibile al link https://scale.com/blog/scale-ai-announces-next-phase-of-company-evolution?utm_source=chatgpt.com

analisi di mercato, previsioni comportamentali e soluzioni personalizzate¹⁵⁹.

Un ulteriore profilo della monetizzazione e dello sfruttamento economico dei dati personali concerne la personalizzazione delle offerte e la discriminazione (economica e sociale) dei consumatori¹⁶⁰.

I sistemi algoritmici predittivi, fondati sull'elaborazione dei dati, permettono di differenziare i prezzi dei prodotti proposti agli utenti, adattandoli progressivamente ai comportamenti e alle caratteristiche di ciascun consumatore. In tal modo, si realizzano forme di discriminazione personalizzata dei prezzi, che riflettono la capacità dell'operatore economico di calibrare l'offerta, in maniera dinamica, sulla specifica disponibilità a pagare dell'utente¹⁶¹.

In particolare, tali sistemi possono differenziare non solo il costo del prodotto visualizzato, ma anche la stessa struttura e tempistica dell'offerta commerciale, calibrando la presentazione in funzione di variabili individuali quali la localizzazione geografica, la cronologia di navigazione, la fascia di reddito presunta o la propensione all'acquisto¹⁶².

Tali modelli consentono una segmentazione avanzata dei consumatori, distinguendo tra potenziali consumatori ad alta probabilità di conclusione della transazione e utenti meno suscettibili all'acquisto, così come tra fasce di consumatori economicamente più abbienti e soggetti in condizioni di minore disponibilità economica¹⁶³. Questa capacità "discriminatoria" alimenta un meccanismo pubblicitario mirato, volto a massimizzare il ritorno economico delle campagne attraverso un accoppiamento dettagliato (*matching*) tra l'offerta commerciale e le caratteristiche dell'utente.

Questo meccanismo comporta una radicale trasformazione dell'interazione tra domanda e offerta, esponendo il consumatore digitale

¹⁵⁹ Si veda, sul punto, J. CRÉMER, Y. DE MONTJOYE, H. ASCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, in *European Commission Report* 2019.

¹⁶⁰ J. BACH, *The Red and the Black: China's Social Credit Experiment as a Total Test Environment*, in *British Journal of Sociology*, 2020, p. 489.

¹⁶¹ M. GROCHOWSKI, A. JABLONOWSKA, F. LAGIOIA, G. SARTOR, *Algorithmic Price Discrimination and Consumer Protection: A Digital Arms Race?*, in *Technology and Regulation* 2022, pp. 36-47.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ *Ibidem*, si veda capitolo 5.

a una segmentazione invisibile e potenzialmente opaca, rispetto alla quale risulta complesso esercitare un controllo consapevole.

In definitiva, le varie modalità di monetizzazione dei dati personali per le piattaforme digitali sono state rese possibili da alcuni fattori concomitanti¹⁶⁴.

In primo luogo, rileva l'integrazione della tecnologia e dei servizi di rete nella maggior parte, se non di tutti i settori della vita, la quale permette di catturare il comportamento degli individui in modo sistematico e granulare.

In secondo luogo, lo sviluppo dell'intelligenza artificiale ha radicalmente ampliato le possibilità di utilizzo dei dati personali a fini commerciali. Un esempio significativo è rappresentato dai sistemi di raccomandazione impiegati dalle piattaforme di *e-commerce* e di streaming, nei quali l'intelligenza artificiale analizza in tempo reale le abitudini, le preferenze e la cronologia di navigazione degli utenti per prevederne i gusti e orientarne le scelte di consumo.

Il terzo fattore è di ordine economico: la profilazione comportamentale ha dimostrato di essere estremamente redditizia, tanto da spingere le imprese a investire ingenti risorse nel perfezionamento delle tecnologie che la rendono possibile, nonché di diversificare l'uso commerciale dei dati personali per finalità differenti¹⁶⁵.

Si assiste, così, a fenomeni di monetizzazione a catena, caratterizzati da una progressiva stratificazione del valore informativo del dato; in linea generale, si può assumere che il modello di *business* principalmente adottato nonché maggiormente redditizio per le piattaforme digitali è quello della pubblicità personalizzata e, per il futuro, il *training* dei modelli di IA.

¹⁶⁴ La definizione di pubblicità comportamentale è stata fornita in Article 29 Working Group (WP29), quale «*advertising that is based on the observation of the behaviour of individuals over time*», sottolineando che la pubblicità comportamentale «*seeks to study the characteristics of this behaviour through their actions (repeated site visits, interactions, keywords, online content production, etc.) in order to develop a specific profile and thus provide data subjects with advertisements tailored to match their inferred interests*». Article 29 Working Party, Opinion 2/2010 on online behavioural advertising, 2010, p. 4. Cfr. anche S. C. BOERMAN, S. KRUIKEMEIER, F. J. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Online Behavioral Advertising: A Literature Review and Research Agenda*, in *Journal of Advertising*, 2017, pp. 363–376.

¹⁶⁵ Bundeskartellamt, Autorità de la Concurrences, *Joint Report*, op. cit., p. 15 e ss.

Questo, sebbene determini un vantaggio indiscusso per la piattaforma, determina un potenziale rischio per i consumatori; sebbene questi non siano tenuti ad un esborso economico diretto, tali modalità di monetizzazione basate sullo sfruttamento parallelo e massivo delle proprie informazioni personali, sia rispetto alla fonte di provenienza (piattaforma, tracciamento di terze parti, oggetti di *IoT*), sia rispetto alla tipologia di dati personali raccolti (consapevolmente ed inconsapevolmente), determinano una contestuale perdita di controllo da parte dell'utente, sulle proprie informazioni personali¹⁶⁶.

2.3 La doppia dimensione dei dati personali: valore economico e competitivo e diritto fondamentale

Nel contesto dei mercati digitali, pertanto, i dati personali sono un *asset* economico per l'impresa che li detiene, permettendo di reperire informazioni successivamente sfruttabili economicamente secondo le modalità sopra indicate.

Facendo un esempio, nel 2024 Meta ha generato tramite la pubblicità comportamentale un fatturato di circa 161 miliardi di dollari, il quale rappresenta il 97% del fatturato totale¹⁶⁷. Nello stesso anno, Google ha generato un fatturato annuo pari a 264.59 miliardi di dollari¹⁶⁸, tramite la sua piattaforma pubblicitaria *Google Ads*.

Questo ha portato inevitabilmente a definire i dati personali come il «*new oil*»¹⁶⁹ o la nuova valuta dell'economia digitale¹⁷⁰, sottintendendo un rilevante interesse economico e strategico per le piattaforme che li detengono.

¹⁶⁶ C. KUNER, *Transborder Data Flows and Data Privacy Law*, OUP Oxford, 2013.

¹⁶⁷ Informazioni reperibili al link https://investor.atmeta.com/investor-news/press-release-details/2025/Meta-Reports-Fourth-Quarter-and-Full-Year-2024-Results/?utm_source=chatgpt.com

¹⁶⁸ Advertising revenue of Google from 2001 to 2024 (in billion U.S. dollars), <https://www.statista.com/statistics/266249/advertising-revenue-of-google/>

¹⁶⁹ European Parliament, European Parliamentary Research Service, PE 646.117, *Is data the new oil? Competition issues in the digital economy*, 2020.

¹⁷⁰ The Economist, *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, 2017 <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>.; S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The fight for a human future and the new frontier of power*, in New York, Public Affairs, 2019, pg. 21.

La rilevanza dei dati personali nell'attività di impresa si è tradotta nell'implementazione di strategie commerciali, finalizzate a: 1) escludere concorrenti e divenire monopolisti nel mercato e ottenere il controllo su una base di utenti sempre più ampia; 2) sfruttare i consumatori per reperire il maggior quantitativo di dati personali per ottenere un vantaggio informativo e, successivamente competitivo rispetto alle imprese che non detengono tali dati.

A livello semplicistico, un maggior numero di utenti corrisponde alla raccolta di un maggior numero di dati personali reperiti ed analizzati; ad un maggior numero di consegua che l'impresa sarà maggiormente attrattiva per gli inserzionisti e, dunque, maggiori profitti, oltre che con servizi e prodotti potenzialmente più competitivi sul mercato.

Al giorno d'oggi, la quasi totalità dei dati personali raccolti con le modalità e finalità sopra menzionate, è realizzata da parte poche e grandi piattaforme *online*; le famose e note *Big Tech*, le “*GAMMA*” acronimo di Google Apple, Meta, Microsoft e Amazon.

Le stesse aziende sono oggi attivamente impegnate per la corsa allo sviluppo di sistemi di IA al fine di essere implementate all'interno dei propri servizi nonché, allenate tramite i dati personali raccolti e reperiti anche tra i servizi di piattaforma da essi offerti¹⁷¹.

Mentre questi aspetti riflettono il valore economico e commerciale dei dati personali all'economia digitale, il valore strategico ciò che non riescono a catturare è che i dati personali sono anche essenzialmente legati alla dignità, all'autonomia e alla *privacy* dei soggetti che conferiscono tali dati, i quali sono consumatori ed allo stesso tempo, «*interessati dei dati*»¹⁷².

Come osserva acutamente Tim Wu¹⁷³, l'attenzione umana è la risorsa (che si tramuta in dato personale), la quale si attesta come un vero e proprio settore dell'economia.

¹⁷¹ Per l'uso dei dati personali per l'allenamento dell'AI generativa e le ricadute competitive, si veda OECD, *Artificial intelligence, data and competition*, OECD Artificial Intelligence Papers, No. 18, OECD Publishing, Paris, 2024.

¹⁷² Regolamento UE 679/2016 (GDPR), articolo 4, paragrafo 1. Si tornerà su questo *infra*.

¹⁷³ Si veda l'opera di T. WU, *Blind Spot: The Attention Economy and the Law*, op. cit.

«Human attention, valuable and limited in supply, is a resource. It has become commonplace, especially in the media and technology industries, to speak of an "attention economy" and of competition in "attention markets"»¹⁷⁴.

Le aziende tecnologiche come Google e Meta, dunque strutturano la propria redditività in funzione di ciò che viene comunemente definito “mercato dell’attenzione”.

Poiché questa tesi di ricerca è volta a valutare una teoria unificata tra diritto della concorrenza e protezione dei dati personali e la *privacy* nei mercati digitali, è bene, prima di procedere ad illustrare la rilevanza dei dati personali nel diritto della concorrenza e le implicazioni sottese, fornire le nozioni *privacy* nell’ambiente digitale, i relativi pericoli emersi dall’erompere di tali tecnologie e modelli di *business*, nonché fornire il quadro giuridico rispetto la normativa europea sulla protezione dei dati personali.

2.4 Le varie dimensioni della privacy

Le condotte delle piattaforme digitali in particolare, ed in generale il fenomeno della *data-driven economy*, pone tensioni rispetto alla duplice natura dei dati personali. Da un lato, essi costituiscono una risorsa economica, oggetto di processi intensivi di raccolta, elaborazione e sfruttamento da parte delle piattaforme digitali per finalità commerciali, con implicazioni sul piano della concorrenza tra le imprese. Dall’altro, non bisogna dimenticare che i dati personali riguardano la sfera più intima della persona e che i dati personali e la loro protezione contro indebite ingerenze è oggetto di tutela da diritti fondamentali.

Non si può, dunque, trascurare che il trattamento dei dati personali per finalità commerciali avvenga su un terreno che tocca principi fondamentali dell’ordinamento europeo ed internazionale.

Se si tratta di valutare i possibili rischi di lesione della *privacy* degli utenti dalle condotte delle piattaforme digitali, è in *primis* necessario

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 771.

individuare la definizione di *privacy* nonché delineare gli specifici rischi riguardanti il consumatore digitale.

L'individuazione della nozione di *privacy* è un'operazione piuttosto articolata; la sua definizione, è da sempre connotata da ampia vaghezza, sensibile alle tradizioni e culture delle varie giurisdizioni¹⁷⁵, alle forme di tutela che queste differentemente accordano e si basa sull'equilibrio tra sfera pubblica e privata tra individui, organizzazioni e governi¹⁷⁶.

Secondo Daniel J. Solove¹⁷⁷ la *privacy* può essere suddivisa in quattro categorie principali: informazioni, corpo, territorio e comunicazioni. Tali dimensioni si sovrappongono e si influenzano reciprocamente. Questa pluralità di aspetti evidenzia come la *privacy* non sia un concetto monolitico, bensì un insieme di aspettative e di diritti che variano a seconda dei contesti sociali, culturali e tecnologici di riferimento¹⁷⁸.

Pertanto, accanto ad un concetto di *privacy* fisica o territoriale¹⁷⁹, la *privacy* relazionale¹⁸⁰ (che attiene alla libertà di associarsi), alla *privacy* psicologica o cognitiva¹⁸¹ (afferente al diritto di mantenere il controllo su emozioni, credenze e identità personale), per citarne solo alcune¹⁸² si

¹⁷⁵ Cfr. D. J. SOLOVE, *A Taxonomy of Privacy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2006.

¹⁷⁶ Si veda A. ACQUISTI, T. CURTIS., W. LIAD, *The Economics Of Privacy*, in *Journal Of Economic Literature*, 2016. p. 446.

¹⁷⁷ D. J. SOLOVE, *Understanding Privacy*, Harvard University Press, 2008.

¹⁷⁸ Secondo Neil Richards la *privacy* possiede un'ampia varietà di significati. Può essere utilizzata per indicare le attività di trattamento dei dati personali, all'uso improprio di tali informazioni (come i furti di identità), sia al diritto di essere lasciati soli. Nel l'uso quotidiano della lingua inglese, e nel linguaggio tecnico del diritto, la parola "*privacy*" è stata usata per indicare ciascuno di questi esempi ed anche altri, affermando che vi sia una mancanza di precisione. Altresì, «*privacy isn't dead, nor should it be*», nonostante la società dell'informazione attuale consenta di reperire o sorvegliare i cittadini in un'ampia gamma di modalità. Pertanto, ritiene che «*But privacy is up for grabs. Our conversation about privacy are just the lively battleground over this "new oil" of personal information. They are fights over social power because information is power, and in any society, information about the people in it confers social power*». R. NEIL, *Why Privacy Matters*, Oxford University Press, 2021, p. 3 e ss.

¹⁷⁹ E. J., BLOUSTEIN, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, in *New York University Law Review*, 1964.

¹⁸⁰ J. E. COHEN, *What Privacy Is For*, in *Harvard Law Review*, 2013.

¹⁸¹ P. M. REGAN, *Privacy, Surveillance, and Public Trust*, Palgrave, 2015.

¹⁸² Si rimanda a D. J. SOLOVE, *A Taxonomy of Privacy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2006 il quale individua plurime dimensioni della *privacy*.

colloca la *privacy* informativa come limitazione e controllo rispetto alle informazioni personali che riguardano il soggetto¹⁸³.

Questa forma di *privacy* è sempre più rilevante, poiché l'operatività dell'economia digitale e le nostre interazioni digitali quotidiane, richiedono un certo grado di divulgazione dei dati personali e rinuncia alla *privacy* per vari scopi sociali e commerciali.

La *privacy*, intesa come diritto a un ambito personale di autodeterminazione e di protezione dall'accesso indiscriminato alle proprie informazioni, originariamente associata al "diritto a essere lasciati in pace"¹⁸⁴, si è progressivamente estesa a una serie di dimensioni che includono l'autonomia individuale, la riservatezza dei dati, la costruzione dell'identità personale e la tutela della dignità umana¹⁸⁵.

Se si adotta questa impostazione, ampiamente condivisa e adottata anche a livello normativo, si può assumere che quando le norme che regolano i flussi di informazioni vengono violate, si sperimenta una violazione della *privacy*¹⁸⁶.

Pertanto, verranno analizzati i contesti legali della disciplina della *privacy* in Europa nella sua accezione di *privacy* informativa e di controllo delle informazioni personali che riguardano l'utente. Comprendere questo concetto permette di capire il valore della *privacy* come dignità ed autodeterminazione informativa, rispetto alle interazioni tra concorrenza e dati personali e la lesione di tale valore nelle pratiche anti-competitive.

¹⁸³ Cfr. L. FLORIDI, *The Ontological Interpretation of Informational Privacy*, in *SSRN Electronic Journal*, 2023.

¹⁸⁴ Si veda la celebre opera S. D. WARREN, L. D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, pp. 193–220.

¹⁸⁵ Si rimanda a D. J. SOLOVE, *A Taxonomy of Privacy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2006 il quale individua plurime dimensioni della *privacy*.

¹⁸⁶ H. NISSENBAUM, *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*. Stanford University Press, 2010. L'A. elabora la teoria della "*contextual integrity*", secondo la quale la *privacy* è preservata quando i flussi di informazioni rispettano le norme contestuali specifiche; una violazione della *privacy* si verifica quando queste norme vengono infrante.

2.5 La privacy informativa e gli sviluppi tecnologici

La tradizione europea sulla tutela della *privacy* nasce dalla tutela della dignità umana, verso la fine del 19° secolo¹⁸⁷.

Già all'epoca, la tecnologia aveva un enorme impatto su quella che era concepita come *privacy*: la stampa e la fotografia avevano permesso di registrare, diffondere e acquisire informazioni che altrimenti sarebbero state condivise solo tra una piccola cerchia di persone¹⁸⁸. Nel loro fondamentale articolo sul diritto alla *privacy* pubblicato nel 1890, gli autori Warren e Brandeis, sollevarono le prime preoccupazioni. Dall'originaria concezione come diritto di essere lasciati in pace, dove la protezione della *privacy* era intesa come impedire ad altri di intromettersi nella sfera personale di un individuo a partire da spazi fisici e territoriali, hanno iniziato ad affermare che ogni individuo dovrebbe essere protetto contro le pubblicazioni improprie. Pertanto, mentre l'attenzione iniziale era rivolta alla presenza fisica degli altri nella sfera personale di qualcuno (*privacy* fisica), la crescente raccolta, archiviazione e uso delle informazioni personali ha spostato l'attenzione sulla cd. *privacy* informativa¹⁸⁹; «*numerosi dispositivi meccanici minacciano di realizzare la previsione che ciò che viene sussurrato nell'armadio sarà proclamato dai tetti delle case*»¹⁹⁰. La tecnologia, nelle sue prime forme, aveva già offuscato i confini tra ciò che doveva essere mantenuto privato e ciò che doveva o poteva essere condiviso con gli altri.

A partire dagli anni '60, con lo sviluppo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e delle grandi banche dati elettroniche, si sono rafforzati i rischi per la *privacy* degli individui. In quei decenni, i computer avevano iniziato ad essere utilizzati per il trattamento dei dati personali; potevano essere memorizzati, confrontati, collegati, selezionati e accessibili in modi senza precedenti e, la

¹⁸⁷ Per una esposizione cfr. J. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity v. Liberty*, The Yale Law Journal, 2004.

¹⁸⁸ CNIL (2021), *Scènes de la vie numérique*, Cahiers IP No. 8, https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/atoms/files/cnil_cahier_ip8.pdf.

¹⁸⁹ Per le prime concettualizzazioni della *privacy* informativa o *informational privacy* si veda C. GOODWIN, *Privacy: Recognition of a consumer right*, in J. *Public Policy Mark*, 1991, pp. 149–166; R. MASON, *Four ethical issues of the information age*, in *MIS Quarterly*, JSTOR, 1986, pp. 5–12.

¹⁹⁰ S. D. WARREN E L. D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, vol. 4, n. 5, 1890, pp. 193–220 (traduzione mia).

tecnologia, ha anche permesso di raccogliere i dati personali di migliaia di utenti in luoghi geograficamente dispersi e di metterli in comune con la creazione di complesse reti di dati nazionali e internazionali¹⁹¹. Nel suo libro del 1967 *Privacy and Freedom*, Westin notò «una profonda preoccupazione per la salvaguardia della privacy sotto le nuove pressioni della tecnologia di sorveglianza»¹⁹².

In risposta, il diritto alla *privacy* è stato intimamente considerato insieme alla disciplina della protezione dei dati personali; quest'ultima potrebbe essere definita come complemento del diritto alla *privacy* per promuovere la capacità delle persone di decidere come condividere e utilizzare i propri dati personali e, di conseguenza, rafforzare la fiducia dei cittadini e dei consumatori nei sistemi delle tecnologie dell'informazione che si stavano evolvendo.

L'ambiente digitale del 21° secolo ha ancora una volta posto l'accento su tale tipologia di *privacy* e dato origine a nuove forme di rischio. Gli strumenti di elaborazione dei dati sono diventati sempre più potenti, sofisticati, onnipresenti e poco costosi e, saranno più potenti ancora con lo sviluppo tecnologico dirompente dell'IA¹⁹³.

Questo fenomeno diviene particolarmente allarmante quando si considera che le modalità di reperimento delle informazioni aumentano esponenzialmente: sia tramite l'osservazione delle attività sulla piattaforma in cui si trovano, che siano raccolti tramite tracciamento di terze parti, o reperiti da oggetti intelligenti. Inoltre, tali tecnologie sono capaci di catturare non solo testo e numeri, ma anche immagini, suoni e, sempre più, coinvolgono e coinvolgeranno l'intero corpo umano.

In altri termini, l'utente cede, più o meno consapevolmente, il controllo su una parte significativa della propria vita digitale¹⁹⁴.

Lo stesso Solove, nel 2008, nel delineare la *privacy* e le sue dimensioni nell'era dell'informazione, individuava quelle che all'epoca

¹⁹¹ Per una ricostruzione si veda OECD, *Explanatory memoranda of the OECD Privacy Guidelines*, OECD Digital Economy Papers, No. 360, OECD Publishing, Paris, 2023.

¹⁹² Si veda l'opera di A. F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, New York, 1967.

¹⁹³ OECD, *Data shaping firms and markets*, OECD Digital Economy Papers, No. 344, OECD Publishing, Paris, 2022, p. 15 e ss.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

erano, ed oggi ancora attuali, le indebite intrusioni che si possono sperimentare quando si tratta di *privacy* informativa.

Solove ha posto l'accento sulle sfumature pervasive della sorveglianza operata tramite i mezzi della tecnologia del tempo, sottolineandone i rischi. Afferma *«Si potrebbe tentare di immaginare una sorveglianza così segreta che i suoi soggetti siano completamente ignari persino della possibilità di essere osservati. Mentre tale sorveglianza ben nascosta potrebbe eliminare il potenziale di qualsiasi disagio o effetto raggelante, consentirebbe comunque agli osservatori di raccogliere un grado sostanziale di informazioni sulle persone, creando un problema architettonico. La sorveglianza è una forma radicale di potere investigativo. Si estende oltre una ricerca, perché registra il comportamento, l'interazione sociale e potenzialmente tutto ciò che una persona dice e fa. Piuttosto che mirare a informazioni specifiche, la sorveglianza può intrappolare una quantità significativa di dati oltre a quelli originariamente cercati»*¹⁹⁵.

Questo si ricollega a quanto elaborato successivamente Zuboff, la quale ha proceduto a teorizzare una vera e propria forma di capitalismo della sorveglianza¹⁹⁶ che si sta sperimentando negli odierni mercati digitali, descrivendo tale nuovo paradigma economico fondato sull'estrazione di dati comportamentali sugli utenti. Questi, vengono scambiati in un nuovo tipo di mercato di previsioni comportamentali, prevedendo il comportamento a breve e medio termine, definito quale *«mercato dei comportamenti futuri»*¹⁹⁷.

In tale schema, l'utente non riveste il ruolo di cliente, bensì di fonte primaria di dati. L'asimmetria tra chi fornisce (inconsapevolmente) dati ed è soggetto a forme di sorveglianza e, chi li capitalizza a fini predittivi e commerciali, assume proporzioni strutturali; i veri clienti delle piattaforme non sono gli utilizzatori finali dei servizi, bensì le imprese terze (come gli inserzionisti pubblicitari) interessate all'acquisto di

¹⁹⁵ D. J. SOLOVE, *A Taxonomy of Privacy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2006, p. 501, traduzione dell'autrice.

¹⁹⁶ S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The fight for a human future and the new frontier of power*, op. cit.

¹⁹⁷ Similmente, J. NAUGHTON, *The goal is to automate us: welcome to the age of surveillance capitalism*, in *The Observer*, 2019.

previsioni dettagliate su comportamenti, preferenze e inclinazioni dei soggetti digitali¹⁹⁸.

Tale modello economico comporta un significativo squilibrio nel controllo delle informazioni. Da un lato, le piattaforme digitali detengono conoscenze approfondite e sistematiche sugli individui; dall'altro, gli utenti sono privi di strumenti adeguati a comprendere, limitare o negoziare consapevolmente la raccolta e il successivo utilizzo dei propri dati personali. Si realizza, in tal modo, un'asimmetria informativa, che mina il principio di autodeterminazione informativa e solleva questioni rilevanti sul piano della protezione dei diritti fondamentali. Le modalità di raccolta dei dati personali e il loro utilizzo determina dunque una diffusa perdita di controllo sulle proprie informazioni personali, accompagnata da una crescente percezione di sorveglianza generalizzata, estesa a ogni attività digitale¹⁹⁹.

Dunque, nell'era dell'economia digitale, la *privacy* può essere definita come il diritto e la capacità effettiva dell'individuo di controllare la circolazione, l'uso e la monetizzazione dei propri dati personali, in un contesto in cui tali dati costituiscono una risorsa economica strategica.

Non è più soltanto una sfera di riservatezza o di protezione dall'intrusione, ma un principio di autodeterminazione informativa, che implica la possibilità di scegliere consapevolmente chi utilizza i propri dati e per quali finalità.

2.5.1 Privacy come autodeterminazione informativa

*«Non tutto ciò che è tecnologicamente possibile è anche socialmente desiderabile, eticamente accettabile, legalmente giustificato»*²⁰⁰.

Come accennato nei paragrafi precedenti, la nozione di *privacy* analizzata ai fini di questa ricerca è la *privacy* informativa. Questa ricomprende, in primo luogo, la dimensione dell'autodeterminazione

¹⁹⁸ S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The fight for a human future and the new frontier of power*, op. cit.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ S. RODOTÀ, *Discorso del Presidente del Garante*, Relazione 2003, p. 6.

informativa, la quale rappresenta uno dei pilastri fondamentali del dibattito contemporaneo sulla protezione dei dati personali e sui diritti digitali²⁰¹.

L'autodeterminazione informativa è stata riconosciuta come diritto attraverso la decisione emessa dalla Corte costituzionale tedesca nel 1983, affermando che ogni persona ha il diritto di decidere sul trasferimento, la circolazione e l'utilizzo dei propri dati personali (*das information Selbstbestimmungsrecht*)²⁰².

La Corte tedesca, riconoscendo i rischi per la dignità e sul libero sviluppo della personalità dettate dalle moderne tecnologie ed il trattamento automatizzato dei dati personali, fenomeni pressoché assenti nei primi anni del novecento, ha individuato tale diritto tramite due libertà fondamentali: il diritto al libero sviluppo della propria personalità (articolo 2, paragrafo 1, della Costituzione tedesca) e l'inviolabilità della dignità umana (articolo 1, paragrafo 1, della Costituzione tedesca). Da queste norme emerge un diritto fondamentale che prevede il diritto degli individui all'autodeterminazione informativa.

Questo si presenta come un meccanismo di protezione bifasico²⁰³; da un lato, vi è il responsabile del trattamento che procede a fornire le informazioni all'interessato riguardo le attività di trattamento. Dall'altro, vi è l'interessato che, decidendo, può optare per concedere flussi di comunicazione relativi ai propri dati personali²⁰⁴.

Ulteriormente, il Garante Privacy italiano, nella sua decisione nel caso BNL, riconosce il diritto all'autodeterminazione informativa, ritenendo che «*il consenso può essere ritenuto effettivamente libero solo se si presenta come manifestazione del diritto all'autodeterminazione informativa, e dunque al riparo da qualsiasi pressione, e se non viene*

²⁰¹ M. GHARIB, *Privacy and Informational Self-determination Through Informed Consent: The Way Forward*. In: Katsikas, S., et al. Computer Security. ESORICS 2021 International Workshops. ESORICS 2021. Lecture Notes in Computer Science, vol 13106. Springer, 2022.

²⁰² *Volkszählungsurteil*, Bundesverfassungsgericht 15 December 1983, 1 BvR 209/83, *Neue juristische Wochenschrift*, 419, 1984.

²⁰³ A. MANTELERO, *Privacy*, in *Contratto e impresa*, 2008, p. 757 e ss.

²⁰⁴ *Ibidem*.

condizionato all'accettazione di clausole che determinano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto»²⁰⁵.

Pertanto, la teoria dell'autodeterminazione informativa prende le mosse dall'idea che ogni individuo debba poter stabilire i confini della propria sfera privata, decidendo autonomamente quali informazioni rendere pubbliche e quali mantenere riservate.

A differenza di una concezione statica della riservatezza, come semplice opposizione a indebite intrusioni, l'autodeterminazione informativa risponde alla complessità crescente delle tecnologie digitali, che consentono la raccolta, l'elaborazione e lo scambio di dati a una velocità e con un'estensione senza precedenti. Questo segna il passaggio alla *privacy* informativa²⁰⁶. Mutano i paradigmi: si trasla dal concetto tradizionale di *privacy* caratterizzata dal trionomio persona, informazione, segretezza al quadriminio persona, informazione, circolazione, controllo²⁰⁷.

In tal senso, l'individuo non è più soltanto un soggetto passivo, ma diviene parte attiva di un processo decisionale che include anche la possibilità di mantenere il controllo sui dati personali, sia nella fase in cui tali dati vengono concessi, sia quando vengono successivamente trattati per scopi commerciali.

Questo tipo di attività di controllo rispetto alla divulgazione delle proprie informazioni personali passa attraverso un istituto che, sarà oggetto della trattazione di questa ricerca: il consenso al trattamento dei dati personali. Come vedremo, l'istituto del consenso (presente già nella Direttiva CE 95/64) è disciplinato attualmente dal Regolamento 679/2016 (GDPR) all'articolo 6, svolge un ruolo cruciale sia nel discorso sull'autodeterminazione informativa²⁰⁸ e, quindi sulla protezione dei dati personali e della *privacy* sia, come vedremo, nel diritto della concorrenza.

Basti qui premettere che con l'evoluzione delle tecnologie digitali, il consenso dell'utente diventa lo strumento di regolamentazione dei flussi

²⁰⁵ Autorità garante per la protezione dei dati personali, decisione del 1997, Bollettino 'Cittadini e Società dell'Informazione', Anno I, paragrafo 2.

²⁰⁶ Si veda, su tutti S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Edizioni Laterza, 2013.

²⁰⁷ *Ibidem*, pg. 101 e ss.

²⁰⁸ European Data Protection Board (EDPB), *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679*, adopted on 4 May 2020.

di informazioni, e l'avvento dei *social network* e delle piattaforme di condivisione online fanno del consenso uno strumento per costruire l'identità di sé nel mondo digitale²⁰⁹.

Un ulteriore aspetto da evidenziare è il ruolo dell'autodeterminazione informativa nel contesto dell'accesso gratuito ai servizi digitali: la gratuità dei servizi digitali (in luogo della cessione dei dati personali e dell'attenzione verso la piattaforma) induce gli utenti a preferire l'accesso ad un servizio gratuito, senza soffermarsi, per il vantaggio ottenuto, al costo in termini di *privacy* relativo alla diffusione e l'utilizzo delle loro informazioni per finalità commerciali²¹⁰.

2.5.2 Privacy come dignità

Un'ulteriore dimensione della *privacy* informativa è la *privacy* quale aspetto fondamentale della dignità umana. La possibilità di controllare le informazioni che ci riguardano, di decidere come essere rappresentati nello spazio pubblico e di proteggere la nostra sfera intima non è solo una questione di autonomia, ma tocca direttamente il rispetto della persona in quanto tale. Questa connessione tra *privacy* e dignità è stata ampiamente sviluppata in ambito giuridico, filosofico e normativo, ed è riconosciuta sia dalla dottrina che dalle istituzioni internazionali.

Uno dei primi autori a porre in relazione *privacy* e dignità è Bloustein²¹¹ il quale sostiene che la *privacy* sia una componente essenziale della dignità individuale, in quanto garantisce all'individuo uno spazio di autodeterminazione e protezione contro forme di umiliazione, controllo e sorveglianza indebita. Secondo Bloustein, senza *privacy*, l'individuo perde il controllo della propria immagine e della propria identità sociale, diventando vulnerabile a manipolazioni e strumentalizzazioni.

²⁰⁹ V. CARBONE, *Il consenso, anzi i consensi, nel trattamento informatico dei dati personali*, Danno e responsabilità, 1998; D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1998.

²¹⁰ S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The fight for a human future and the new frontier of power*, in *New York, Public Affairs*, 2019; A. EZRACHI, M. E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, op. cit. Su questo si tornerà successivamente, nel capitolo terzo.

²¹¹ Cfr. E. BLOUSTEIN, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, in *New York University Law Review*, 1964, p. 962 e ss.

La stessa connessione tra *privacy* e dignità è stata ripresa da Fried²¹² sostenendo che la *privacy* sia un elemento fondante della dignità dell'uomo. Egli sostiene che la possibilità di scegliere a chi rivelare determinate informazioni su di sé è un'espressione della propria individualità, e che la violazione della *privacy* costituisce un attacco alla dignità, poiché priva l'individuo della libertà di gestire la propria sfera personale.

Lynskey descrive questo duplice ruolo dignitario-economico per i dati personali come dati personali che guidano una doppia vita nella società digitale; da un lato, i dati personali sono un riflesso digitale del nostro sé fisico e identitario e, dall'altro, i dati personali hanno una vita economica come risultato delle intuizioni informative che possono essere ricavate da tali²¹³.

I diritti distinti alla protezione dei dati e alla *privacy* sopra menzionati fanno parte dell'impianto costituzionale europeo e riflettono i valori sottostanti più profondi del rispetto e della dignità personale. Nelle parole della Commissione europea:

«[b]eing European means the right to have your personal data protected by strong, European laws. [...] Because in Europe, privacy matters. This is a question of human dignity»²¹⁴.

Lo stesso European Data Protection Board afferma *«In this notion of dignity, privacy or the right to a private life, to be autonomous, in control of information about yourself, to be let alone, plays a pivotal role. Privacy is not only an individual right but also a social value»²¹⁵*

L'OECD, ha affrontato il tema²¹⁶, affermando che la protezione della *privacy* non è solo una questione di sicurezza dei dati, ma un principio essenziale per garantire il rispetto della dignità individuale. Il

²¹² F. CHARLES, *An Anatomy of Values: Problems of Personal and Social Choice*, in *Harvard University Press*, 1970, p. 140 e ss.

²¹³ Cfr. F. COSTA-CABRAL, O. LYNKEY, *Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law* op. cit.

²¹⁴ L'ex Presidente della Commissione europea, Jean-Claude Juncker, nello State of the European Union speech, 14 settembre 2016, e successivamente ripreso in European Commission, *Exchanging and Protecting Personal Data in a Globalized World*, COM(2017), par. 1.

²¹⁵ Si veda il seguente link: https://www.edps.europa.eu/data-protection/data-protection_en

²¹⁶ OECD, *The Evolving Privacy Landscape: 30 Years After the OECD Privacy Guidelines*, OECD Digital Economy Papers, No. 176, OECD Publishing, Paris, 2011.

documento evidenzia come la trasparenza e il controllo da parte dell'utente siano elementi chiave per evitare che la gestione dei dati personali possa diventare uno strumento di dominio e sfruttamento.

2.6 Privacy e protezione dei dati personali: differenze e legami

Nel corso di questa trattazione, l'accento è posto sui concetti di *privacy* e di protezione di dati personali.

Spesso vengono utilizzati come sinonimi; la sovrapposizione tra il concetto di *privacy* e quello di dati personali è un aspetto piuttosto dibattuto, sia a livello dottrinale²¹⁷ sia a livello giurisprudenziale²¹⁸. Ai fini della presente ricerca, è importante individuare le differenze e le sovrapposizioni tra tali due categorie concettuali.

La *privacy* e protezione dei dati personali differiscono per una questione fondamentale: mentre i dati personali sono soggetti a logiche di mercato e cedibili dal singolo interessato alle condizioni previste dalle leggi che ne disciplinano il trattamento, questo non avviene per la *privacy* intesa come tutela della vita privata, protetta contro indebite ingerenze esterne in tutte le sue forme. La *privacy*, intesa nella sua accezione più ampia di diritto alla riservatezza e di libertà dalle interferenze arbitrarie nella propria sfera personale e relazionale, si configura come un diritto fondamentale di rango costituzionale e sovranazionale, che non tollera forme di alienazione o negoziazione. In tal senso, la *privacy* non è suscettibile di essere trasformata in merce, poiché appartiene alla sfera

²¹⁷ T. LOCK, ARTICLES 6-19, in KELLERBAUER e KLAMERT, TOMKIN, *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, in Oxford University Press, 2019, p. 2123.

²¹⁸ A livello giurisprudenziale, come si esporrà successivamente, l'evoluzione dei due diritti presenta contorni sfumati; Il quadro giuridico dell'Unione in materia di protezione dei dati personali si è evoluto, negli ultimi decenni, a partire dal collegato all'articolo 8 della CEDU, relativo al diritto al rispetto della tutela della vita privata, Prima della stesura della Carta dell'Unione europea. A livello nazionale, non si può affermare che il riconoscimento di un diritto distinto alla protezione dei dati personali faccia parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, in quanto le tradizioni nazionali sono in realtà molto diverse e non tutte comprendono l'esistenza separata di tale diritto. Ciononostante, come evidenziato da Erdos, nell'esaminare gli Stati membri che hanno incorporato un diritto alla protezione dei dati personali «*all'interno dei loro testi primari o costituzionali, ciò che colpisce è che questo riconoscimento è quasi invariabilmente emerso parallelamente, piuttosto che successivamente, all'inclusione di un diritto generale alla privacy*» D. ERDOS, *Comparing Constitutional Privacy and Data Protection Rights within the EU*, in University of Cambridge Faculty of Law, Research Paper 21/2021, p. 20.

inviolabile della dignità della persona, e come tale risulta indisponibile anche da parte del titolare del diritto.

Tuttavia, *privacy* e protezione dei dati personali sono intimamente legati.

Daniel J. Solove, spiega che la *privacy* è un concetto ampio, che riguarda l'autonomia individuale e la libertà dall'interferenza, mentre la protezione dei dati si concentra specificamente sul controllo, sulla gestione e sulla sicurezza delle informazioni personali²¹⁹. L'OECD distingue tra *privacy* come diritto generale e protezione dei dati come disciplina specifica, volta a garantire che le informazioni personali siano trattate in modo corretto e sicuro²²⁰.

Come evidenziato da Julie E. Cohen²²¹, la *privacy* nell'era digitale non è solo una questione di protezione passiva, ma di attiva autodeterminazione sui propri dati. Se un individuo non può decidere come vengono usati i suoi dati personali, la sua *privacy* è compromessa, anche se tecnicamente tali dati sono "protetti" da misure di tutela.

Lynskey considera diversi modi di concettualizzare il rapporto tra protezione dei dati e *privacy*, sostenendo che il legame tra i due diritti si comprende concependo la protezione dei dati come un diritto indipendente che svolge molte funzioni tra cui, ma non solo, la protezione della *privacy*²²².

Pertanto, si può riassumere che la *privacy* informativa, sia una questione di autonomia e controllo sulla raccolta, l'archiviazione e l'uso

²¹⁹ D. J. SOLOVE, *Understanding Privacy*, op. cit.

²²⁰ OECD, *The Evolving Privacy Landscape: 30 Years After the OECD Privacy Guidelines*, OECD Digital Economy Papers, No. 176, OECD Publishing, Paris, 2011, p. 15 e ss.

²²¹ J. E. COHEN, *Configuring the Networked Self: Law, Code, and the Play of Everyday Practice*, in *Yale University Press*, 2012. Nell'opera, l'A. nel Capitolo 5, intitolato "*Privacy, Autonomy, and Information*". Introduce due figure emblematiche per illustrare le diverse interpretazioni della *privacy*: il "*rational chooser*" e il "*romantic dissenter*". Il "*rational chooser*" rappresenta l'individuo che considera la *privacy* come una merce scambiabile, valutando le proprie preferenze in termini economici e accettando di cedere informazioni personali in cambio di benefici tangibili. Al contrario, il "*romantic dissenter*" vede nella *privacy* un elemento fondamentale per l'autonomia personale e lo sviluppo dell'identità, richiedendo protezioni più robuste per garantire la libertà di pensiero e di associazione.

²²² F. COSTA-CABRAL, O. LYNSKEY, *Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law* in op. cit.

delle informazioni²²³. Dall'altro canto, tale diritto è completato dalla normativa a protezione dei dati personali, sia come diritto fondamentale sia nel diritto secondario, offrendo gli strumenti per il controllo sui dati personali, con obblighi e diritti che garantiscono un'architettura di tutele rispetto al diritto alla *privacy* quando applicato nel contesto del trattamento dei dati²²⁴.

Entrambi, perseguono l'obiettivo comune di tutelare l'individuo da interferenze indebite nella propria sfera personale e informativa, seppur mediante strumenti e logiche normative differenti.

Per tali ragioni, verrà qui di seguito esposta la normativa in relazione alla *privacy* e della protezione dei dati personali nel diritto dell'Unione europea.

2.7 La Privacy e la Protezione dei dati personali nel diritto dell'Unione

2.7.1 La privacy e la protezione dei dati nel diritto primario

Sia la *privacy* che la protezione dei dati personali costituiscono oggetto di tutela a livello europeo ed internazionale.

A livello internazionale, il diritto umano alla *privacy* è stato inizialmente tutelato dall'articolo 12 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo²²⁵, e dall'articolo 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, (ICCPR)²²⁶. Nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), la *privacy* e la protezione dei dati personali sono

²²³ A. F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, New York, 1967; I. ALTMAN, *The Environment and Social Behavior: Privacy, Personal Space, Territory, and Crowding*, Brooks/Cole Publishing, 1975.

²²⁴ Si veda paragrafo 2.7.2 e ss.

²²⁵ L'Articolo 12 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (*Universal Declaration of Human Rights – UDHR*) stabilisce quanto segue: «*no one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks*», UN General Assembly (1948), *Universal Declaration of Human Rights*.

²²⁶ L'Articolo 17 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (*International Covenant on Civil and Political Rights – ICCPR*) stabilisce «*no one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his or her honour and reputation*» e, «*everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks*». UN General Assembly (1966), *International Covenant of Civil and Political Rights*.

tutelate principalmente attraverso l'articolo 8, che stabilisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare²²⁷.

A livello del diritto dell'Unione europea, la protezione della *privacy* e dei dati personali è presente sia nella legislazione primaria sia in quella secondaria. Nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, il diritto alla *privacy* è stabilito nel suo articolo 7: «*Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni*»²²⁸.

Il diritto alla protezione dei dati è stabilito nell'articolo 8²²⁹. L'analisi testuale dell'articolo 8, rivela che tale disposizione comprenda tre tipi di elementi: i principi del trattamento dei dati da rispettare (par. 2, «*Tali dati devono essere trattati in modo leale per finalità determinate e sulla base del consenso dell'interessato o di un'altra base legittima prevista dalla legge*»), i diritti riconosciuti all'interessato (par. 1 «*Ogni persona ha il diritto di accedere ai dati raccolti che la riguardano e di ottenere la rettifica*») e l'obbligo di garantire un controllo indipendente (par. 3 «*Il rispetto di tali norme è soggetto al controllo di un'autorità indipendente*»).

Oltre alle sovrapposizioni concettuali sopra esposte, è interessante esplorare ai fini di questa ricerca, l'evoluzione congiunta di tali diritti che è stata sviluppata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia.

Questo è fondamentale ai fini di questa ricerca, in quanto tale interferenza permette di inquadrare una possibile violazione della protezione accordata ai dati personali dalla Carta e, come successivamente si vedrà anche nel diritto secondario dell'Unione, come una possibile violazione del diritto fondamentale alla *privacy*.

L'evoluzione giurisprudenziale europea in materia di protezione dei dati personali, già prima della stesura della Carta dei diritti fondamentali

²²⁷ Questo articolo è stato interpretato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) che ha riconosciuto nella sua giurisprudenza che il diritto alla *privacy* previsto dall'articolo 8 della CEDU deve essere interpretato per includere un diritto alla protezione dei dati. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Leander v Sweden*, sentenza 26 marzo 1987 (Appl no 9248/81) e *Rotaru v Romania*, sentenza 4 maggio 2000 (Appl. No. 28341/95).

²²⁸ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata il 7 dicembre 2000 e adattata il 12 dicembre 2007, in GU C 303 del 14.12.2007, articolo 7.

²²⁹ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata il 7 dicembre 2000 e adattata il 12 dicembre 2007, in GU C 303 del 14.12.2007, articolo 8.

dell'UE, collegava la protezione dei dati all'articolo 8 della CEDU, relativo al diritto al rispetto della tutela della vita privata²³⁰.

Nel corso del tempo, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha chiarito questo rapporto nel caso *Schrems I*, affermando che la protezione dei dati personali costituisca una componente essenziale del diritto alla *privacy* sancito dall'articolo 7 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE²³¹.

In modo più incisivo, nel 2013, l'avvocato generale Cruz Villalón nelle sue conclusioni nella *causa Digital Rights Ireland*²³² sostiene che «l'articolo 8 della Carta sancisce il diritto alla protezione dei dati personali come un diritto distinto dal diritto alla vita privata», ma che, anche se «soggetta a un regime autonomo», «la protezione dei dati mira a garantire il rispetto della vita privata»²³³.

Cruz Villalón ha anche spiegato come il diritto alla protezione dei dati personali sia fondato sul diritto al rispetto della vita privata (citando l'Avvocato Generale Kokott in *Promusicae*²³⁴), risultando così strettamente connessi, tali da poter essere considerati come la creazione di un unico «diritto al rispetto della vita privata con riguardo al trattamento dei dati personali»²³⁵.

L'AG, si spinge sino a ritenere che tale constatazione «non può applicarsi sistematicamente». Particolarmente rilevante ai fini di tale trattazione è la distinzione operata tra dati che «sono personali, ma non di

²³⁰ European Data Protection Supervisor (EDPS), *Study on the essence of the fundamental rights to privacy and to protection of personal data*, n. 2021/0932, December 2022.

²³¹ C. giust. UE, sentenza 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Maximillian Schrems/Data Protection Commissioner*, ECLI:EU:C:2015:650. Al paragrafo 39, «Risulta dall'articolo 1, nonché dai considerando 2 e 10 della direttiva 95/46, che essa è intesa a garantire non solo una tutela efficace e completa delle libertà e dei diritti fondamentali delle persone fisiche, e segnatamente del diritto fondamentale al rispetto della vita privata con riguardo al trattamento dei dati personali, ma anche un livello elevato di protezione di tali libertà e diritti fondamentali. L'importanza sia del diritto fondamentale al rispetto della vita privata, garantito dall'articolo 7 della Carta, sia del diritto fondamentale alla tutela dei dati personali, garantito dall'articolo 8 della stessa»

²³² Conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón, presentate il 12 dicembre 2013, *Digital Rights Ireland*, cause riunite C-293/12 e C-594/12, ECLI:EU:C:2013:845.

²³³ *Ibidem*, punto 55.

²³⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, presentate il 18 luglio 2007, *Promusicae*, causa C-275/06, ECLI:EU:C:2007:454.

¹⁰⁹ *Ibidem*, punto 51.

²³⁵ Conclusioni dell'AG Cruz Villalón, op. cit., par. 63.

più», «per i quali la struttura e le garanzie di cui all'articolo 8 della Carta sono le più adatte»²³⁶ (e dunque, anche delle Regole del GDPR) e «dati che sono in un certo senso più che personali», poiché «si riferiscono essenzialmente alla vita privata, alla riservatezza della vita privata, compresa l'intimità»²³⁷; quando si tratta di tali dati, essi sollevano una questione che riguarda «in via prioritaria la tutela della vita privata garantita dall'articolo 7 della Carta e, solo in via secondaria, le garanzie relative al trattamento dei dati personali di cui all'articolo 8 della Carta»²³⁸.

L'avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni del 2007 nella causa *Promusicae*²³⁹, ben prima dell'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, ha sostenuto che la normativa in materia di protezione dei dati fosse «*fondata sul diritto fondamentale alla vita privata, come risulta in particolare dall'articolo 8*» della CEDU. Ha fondato questa affermazione facendo riferimento alla sentenza *Österreichischer Rundfunk* della CGUE del 2003²⁴⁰, in cui in realtà la Corte si è limitata ad affermare che «*la raccolta di dati nominativi relativi al reddito professionale di una persona, al fine di comunicarli a terzi, rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 8*» della CEDU²⁴¹.

Alla luce delle considerazioni esposte, si può affermare che, anche nella giurisprudenza, il diritto alla protezione dei dati personali rappresenta, sul piano sistematico, una forma specifica – e allo stesso tempo un'estensione – del più ampio diritto alla vita privata. In questa prospettiva, la violazione delle norme sulla tutela dei dati può, in alcuni casi, incidere in modo sostanziale sulla sfera privata dell'individuo, dando luogo a una lesione congiunta di due diritti fondamentali distinti ma strettamente collegati.

²³⁶ *Ibidem*, par. 64.

²³⁷ *Ibidem*, par. 65.

²³⁸ *Ibidem*, par. 66 e 67, in cui l'avvocato generale ha ritenuto «*necessario valutare la validità della direttiva 2006/24 principalmente dal punto di vista dell'ingerenza nel diritto alla vita privata*»

²³⁹ Conclusioni dell'avvocato generale Kokott, presentate il 18 luglio 2007, *Promusicae*, causa C-275/06, ECLI:EU:C:2007:454.

²⁴⁰ C. giust. UE, cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, *Österreichischer Rundfunk e a.*, Racc. pag. I-4989, par. 73 e ss.

²⁴¹ *Ibidem*, par. 109.

Come diffusamente accennato, il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali è ulteriormente completato dall'articolo 16 del TFUE²⁴², introdotto con il Trattato di Lisbona, il quale fornisce la base giuridica per l'adozione di atti di diritto derivato volti a stabilire norme sulla protezione dei dati per la circolazione ed il trattamento dei dati personali.

2.7.2 Le fonti secondarie: il Regolamento Generale per la Protezione dei Dati Personali (GDPR)

L'articolo 16 del TFUE costituisce la base giuridica esplicita per la legislazione europea in materia di protezione dei dati personali, permettendo così alle istituzioni europee di legiferare in materia e dettare una disciplina comune a livello centralizzato che imponga garanzie e diritti in materia di protezione e circolazione dei dati personali.

La protezione dei dati personali è stata centrale nel diritto dell'UE sin dagli anni 90, con la prima direttiva in materia, la Direttiva CE 95/46²⁴³.

Essendo stata emanata in un'epoca in cui non vi era stato l'avvento della realtà digitale, si è palesata la necessità di aggiornare la normativa per quella che all'epoca era la nascente economia digitale; inoltre, essendo una direttiva, lasciava agli Stati membri ampi margini di discrezionalità nella sua implementazione, portando a disparità nelle discipline di protezione dei dati personali nei vari paesi.

Per questo, nel maggio 2018 è entrato ufficialmente in vigore il Regolamento UE 679/2016, il GDPR, relativo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, stabilendo un unico insieme europeo di regole applicabili anche alle attività transfrontaliere

²⁴² Art. 16 TFUE, «1. Ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano. 2. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, nonché da parte degli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, e le norme relative alla libera circolazione di tali dati. Il rispetto di tali norme è soggetto al controllo di autorità indipendenti».

²⁴³ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in GU L 281 del 23.11.1995, p. 31–50.

riguardanti i dati, al fine di rafforzare i diritti degli interessati e garantire una maggiore certezza giuridica nel mercato unico digitale²⁴⁴.

Rispetto agli obiettivi che il Regolamento UE si pone di perseguire, in apertura *«Il presente regolamento protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali»*²⁴⁵, aggiungendo che il fine è di *«assicurare un'applicazione coerente e omogenea delle norme a protezione dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali in tutta l'Unione»*²⁴⁶.

Si afferma che *«Il presente regolamento è inteso a contribuire alla realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia e di un'unione economica, al progresso economico e sociale, al rafforzamento e alla convergenza delle economie nel mercato interno e al benessere delle persone fisiche»*²⁴⁷.

Difatti, il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va temperato con altri diritti fondamentali e libertà, tra le quali figura *«la libertà di impresa»*²⁴⁸.

Infatti, lo stesso legislatore unionale è ben consapevole che la rapidità dell'evoluzione tecnologica e la globalizzazione, possano determinare nuove sfide per la protezione dei dati personali; la tecnologia attuale consente non solo alle pubbliche autorità, ma soprattutto alle imprese private di utilizzare dati personali, come mai in precedenza, nello svolgimento delle loro attività²⁴⁹.

Pertanto, sulla scorta di questa consapevolezza, il Regolamento prevede una disciplina dettagliata dei diritti degli interessati e degli obblighi di coloro che effettuano e determinano il trattamento dei dati personali, nonché poteri per controllare e assicurare il rispetto delle norme

²⁴⁴ Questo ha determinato l'introduzione di nuovi diritti e meccanismi di *enforcement* per garantire un maggiore controllo da parte degli utenti sui propri dati, come il diritto all'oblio (articolo 17), il fondamentale diritto alla portabilità dei dati (articolo 20), nonché il diritto alla trasparenza sul trattamento dei dati personali (articolo 12).

²⁴⁵ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), articolo 1.

²⁴⁶ *Ibidem*, considerando 10.

²⁴⁷ *Ibidem*, considerando 2.

²⁴⁸ *Ibidem*, considerando 4.

²⁴⁹ *Ibidem*, considerando 6.

di protezione dei dati personali e sanzioni per le violazioni a tali prescrizioni²⁵⁰.

A tal fine, il Regolamento prevede l'istituzione di autorità di controllo incaricate alla protezione dei dati personali al livello degli Stati membri²⁵¹. Tali autorità sono deputate alla sorveglianza sul controllo del corretto trattamento dei dati personali e del rispetto degli obblighi e diritti previsti dal GDPR ed alla sua coerente applicazione, nonché le uniche autorità autorizzate ad applicare le sanzioni previste in caso di violazione del Regolamento stesso²⁵².

Nel paragrafo successivo, si esporranno le principali disposizioni in materia di GDPR, le loro definizioni, l'ambito di applicazione, senza pretesa di esaustività, evidenziando le caratteristiche chiave che saranno utili per la comprensione della tesi sostenuta in questa ricerca.

2.7.2.1 Scopo di applicazione del GDPR

La prima caratteristica chiave del Regolamento GDPR è il suo ampio campo di applicazione, applicandosi al trattamento dei dati personali effettuato da persone fisiche e giuridiche e da organismi pubblici e privati, con eccezioni piuttosto limitate.

Per dati personali si intende qualsiasi informazione riguardante una «*persona fisica identificata o identificabile*»²⁵³. La persona fisica, identificata o identificabile, giuridicamente qualificata come «*interessato*»²⁵⁴. La protezione dei dati personali riguarda qualsiasi informazione, inclusi nomi, date di nascita, fotografie, filmati, indirizzi e-

²⁵⁰ È doveroso sottolineare che l'aumento dei poteri di controllo per gli interessati dei dati e gli obblighi per i titolari del trattamento previsti dal Regolamento GDPR ha sollevato preoccupazioni per l'aumento dei costi per le aziende nel garantire il rispetto delle “nuove” regole. La stima della società di consulenza *Ernst & Young* ha fornito un esempio illustrativo, secondo il quale le 500 maggiori società del mondo spendono un totale di 7,8 miliardi di dollari per conformarsi al GDPR. Cfr. J. KAHN, S. BODONI, S. NICOLA, *It'll Cost Billions for Companies to Comply with Europe's New Data Law*, in *Bloomberg Businessweek*, 2018.

²⁵¹ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), art. 51 e ss.

²⁵² *Ibidem*, art. 83 e ss.

²⁵³ *Ibidem*, art 4, par. 1.

²⁵⁴ *Ibidem*, art. 4 par. 1.

mail e numeri di telefono. Anche altre informazioni come gli indirizzi IP²⁵⁵ e i contenuti delle comunicazioni, relative o fornite dagli utenti finali dei servizi di comunicazione, sono considerate dati personali.

Il Regolamento prevede altresì una distinzione tra dati personali e categorie particolari di dati personali, i cd. dati sensibili. I dati personali sono quelli relativi, come indicato nell'art. 4 *«un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale»*²⁵⁶.

Invero, le categorie di dati cd. sensibili, sono dati che rilevano aspetti più delicati ed intimi dei soggetti interessati dei dati, quali *«dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici»*²⁵⁷, *dati biometrici»*²⁵⁸ *intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute»*²⁵⁹ *o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona»*²⁶⁰.

La differenza tra queste due macrocategorie non è puramente letterale, ma implica una differenza di tutela, rafforzata nel caso di categorie particolari di dati personali, prevedendo obblighi più stringenti per gli operatori digitali in caso di trattamento di quest'ultimi.

²⁵⁵ C. giust. UE, sentenza 7 marzo 2024, causa C-673/21 *LAB Europe*. Nella sentenza la Corte ha concluso che le TC String costituiscono dati personali, in quanto possono essere associate a un identificativo come l'indirizzo IP dell'utente, permettendo l'identificazione dell'interessato.

²⁵⁶ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), art. 4.

²⁵⁷ *Ibidem*, art. 4, punto 13, per dati genetici, si intendono *«dati personali relativi alle caratteristiche genetiche ereditarie o acquisite di una persona fisica che forniscono informazioni univoche sulla fisiologia o sulla salute di detta persona fisica, e che risultano in particolare dall'analisi di un campione biologico della persona fisica in questione»*.

²⁵⁸ *Ibidem*, punto 14, per dati biometrici *«i dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici»*

²⁵⁹ *Ibidem*, punto 15, per dati relativi alla salute, *«i dati personali attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute»*.

²⁶⁰ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), art. 9, comma 1.

Il trattamento di tali dati, che include la raccolta, l'uso e l'archiviazione dei dati personali sia da parte del settore pubblico che di quello privato, avvenga secondo le prescrizioni di legge. Le attività di trattamento (tra le quali, attività di monitoraggio, aggregazione, combinazione, identificazione sopra analizzate) sono definite come *«qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali»*²⁶¹.

La definizione delle attività di trattamento dei dati personali è soggetta ad interpretazione estensiva, soprattutto alla luce delle pratiche innovative poste in essere dalle piattaforme digitali. La stessa Corte di Giustizia, ad esempio, nella sentenza *Google Spain*²⁶², ha stabilito che le attività dei motori di ricerca (come l'inserimento di *query* di ricerca) costituiscano un trattamento di dati personali.

Ulteriormente, il trattamento dei dati personali è finalizzato alla realizzazione della *«profilazione»*, quale *«qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica»*²⁶³.

2.7.2.2 Principi del trattamento dei dati

Una seconda caratteristica chiave del regime di protezione dei dati dell'UE è che il trattamento dei dati personali e di quelli sensibili, è soggetto a specifiche garanzie; non è automaticamente vietato quando rientra nell'ambito di applicazione del quadro giuridico previsto.

Il trattamento dei dati personali è consentito, difatti, a condizione che abbia una base giuridica e rispetti determinate garanzie e principi²⁶⁴.

²⁶¹ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), art. 4 par. 2.

²⁶² C. giust. UE, sentenza 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. contro Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, ECLI:EU:C:2014:317.

²⁶³ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), art. 4, punto 4).

²⁶⁴ *Ibidem*, artt. 5 e 6, GDPR.

Il primo principio è il cosiddetto principio della «*liceità, correttezza e trasparenza*»²⁶⁵, che impone che i dati personali siano trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato.

Il secondo principio è il principio della «*limitazione della finalità*»²⁶⁶; i dati personali devono essere raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità.

Infine, il principio della «*minimizzazione dei dati*» che impone che i dati trattati siano «*adeguati, pertinenti e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti e/o successivamente trattati*»²⁶⁷.

Il GDPR introduce il principio di *accountability*, che impone ai titolari del trattamento non solo di rispettare le norme sulla protezione dei dati, ma anche di dimostrare attivamente la conformità a tali obblighi attraverso misure concrete²⁶⁸.

Tutti questi principi, unitamente alle basi giuridiche che vedremo successivamente, sono volti a responsabilizzare il titolare del trattamento; nel caso di operatori digitali si tratta delle piattaforme digitali che raccolgono i dati personali, nell'esercizio delle attività di trattamento. Sono questi molti dei profili che invero sono messi in discussione nelle dinamiche dei mercati digitali, in cui gli interessati dei dati sono costantemente a rischio rispetto al modo in cui i propri dati personali vengono trattati.

2.7.2.3 Basi giuridiche del trattamento: il consenso

Il trattamento dei dati personali, e dunque le attività in cui esso si articola, possono essere realizzate esclusivamente se in presenza di una base giuridica idonea. Questo fa sì che il controllo sui dati personali, sulla

²⁶⁵ *Ibidem*, art. 6, par 1, «I dati personali sono: a) trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato («liceità, correttezza e trasparenza»)»

²⁶⁶ Regolamento UE 679/2016 (GDPR, art. 6, par 1, lett. b) «raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, e successivamente trattati in modo che non sia incompatibile con tali finalità; un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, considerato incompatibile con le finalità iniziali («limitazione della finalità»)»

²⁶⁷ *Ibidem*, art. 5, par. 1, lett. B).

²⁶⁸ *Ibidem*, art. 5, comma 2.

loro sorte ed utilizzo, sia garantito da basi legali o da un'azione attiva da parte dello stesso soggetto interessato.

La base giuridica maggiormente utilizzata per le attività di trattamento poste in essere dalle piattaforme digitali, è il consenso dell'individuo interessato²⁶⁹. Tale base è in linea generale maggiormente garantista, in quanto permette che i dati siano trattati solo qualora l'utente abbia posto in essere un atto esplicito (ed informato) dal quale si presume che lo stesso abbia avuto contezza dell'azione che ha inteso intraprendere.

Il GDPR definisce il consenso *«qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento»*²⁷⁰. Ci sono ulteriori specifiche sulle condizioni per funzionali alla validità del consenso. L'onere della prova che il consenso è stato dato in primo luogo spetta al responsabile del trattamento dei dati e l'interessato è libero di revocare il consenso in qualsiasi momento²⁷¹.

Inoltre, il consenso deve essere una manifestazione di volontà *«libera»*, pertanto, impone che nel valutare se il consenso *«sia stato liberamente prestato «si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto»*²⁷².

Con questa disposizione, il GDPR chiarisce che il consenso non possa ritenersi libero e quindi privo di costrizione, qualora questo venga prestato dall'interessato, in una situazione in cui il consenso al trattamento dei dati personali per l'accesso al servizio sia obbligatoriamente chiesto per accedere ad un servizio qualora preveda il conferimento di dati personali che non sono necessari per l'esecuzione del servizio stesso, ma che prevede necessariamente la raccolta ed il trattamento di dati personali

²⁶⁹ *Ibidem*, art. 6, comma 1, lett a) *«l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità»*.

²⁷⁰ *Ibidem*, art. 4, comma 1, punto 11.

²⁷¹ *Ibidem*, art. 7, commi 1 e 3.

²⁷² *Ibidem*, art. 7, comma 4.

ulteriori che non sono necessari per la fornitura del servizio digitale stesso, bensì per altri scopi.

La nozione di consenso liberamente prestato è stata una delle questioni controverse rispetto ad una delle principali vicende trattate in questa ricerca, relativa all'intersezione tra dati personali e concorrenza, la vicenda *Meta/Bundeskartellamt*²⁷³.

Ulteriori specificazioni del consenso sono presenti nei considerando del GDPR, i quali, pur non essendo giuridicamente vincolanti, procedono a fornire l'interpretazione delle norme del GDPR.

Infatti, il consenso, ai sensi del considerando 42 del GDPR, non è considerato liberamente prestato «*se l'interessato non è in grado di operare una scelta autenticamente libera o è nell'impossibilità di rifiutare o revocare il consenso senza subire pregiudizio*»²⁷⁴.

In aggiunta, al considerando 43, si prevede che il consenso non è liberamente prestato, e pertanto che il consenso non costituisca un valido presupposto per il trattamento dei dati personali «*qualora esista un evidente squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento*»²⁷⁵.

Su questa questione, molto si è discusso in dottrina ed in giurisprudenza, sottolineandone qui la centralità rispetto ad un potenziale squilibrio di potere evidentemente sussistente tra le piattaforme digitali e, i singoli consumatori.

Infine, principio utile per i casi in cui le piattaforme online presentano nei cd. *privacy wall*, la richiesta per il consenso al trattamento dei dati personali, aggregando il consenso al trattamento di ampie categorie di dati personali, si presume che il consenso non sia stato prestato liberamente, «*se non è possibile esprimere un consenso separato a distinti trattamenti di dati personali*»²⁷⁶.

Ad ogni modo, a livello giurisprudenziale vi sono state numerose sentenze in cui la CGUE ha avuto modo di chiarire la nozione di consenso valido. Una di queste è *Planet49*²⁷⁷, in cui la CGUE ha stabilito che il

²⁷³ C. giust. UE, sentenza 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta Platforms Inc. e altri contro Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2023:537.

²⁷⁴ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), considerando 42.

²⁷⁵ *Ibidem*, considerando 43.

²⁷⁶ *Ibidem*.

²⁷⁷ C. giust. UE, sentenza 1° ottobre 2019, causa C-673/17, *Planet49 GmbH*, ECLI:EU:C:2019:801.

consenso deve essere esplicito ed inequivocabile da parte dell'interessato e che un consenso non è qualificato come valido se è espresso tramite una casella digitale preselezionata che deve essere manualmente deselezionata. Inoltre, non è sufficiente che l'utente navighi sul sito internet per implicitamente assumere che abbia accettato il trattamento dei dati personali o i *cookie*²⁷⁸.

Inoltre, altra sentenza importante è relativa alla vicenda Whatsapp²⁷⁹, affrontata dall'Autorità di concorrenza italiana (AGCM). Il profilo critico atteneva alla modalità di presentazione del consenso effettuata da Whatsapp nei confronti degli interessati dei dati, la quale generava l'impressione di non poter utilizzare l'app a meno che non ci fosse stata la prestazione del consenso al trattamento dei dati personali, costringendo di fatto gli utenti ad accettare pienamente le nuove condizioni d'uso. Inoltre, l'autorità ha messo in discussione l'uso da parte di WhatsApp di un pulsante "accetta" e il fatto che fosse difficile per gli interessati trovare e utilizzare le opzioni per non condividere i dati.

In linea generale l'idea che il consenso, insieme a tutte le caratteristiche descritte per la sua validità, serva come base giuridica per il trattamento dei dati personali rispecchia la nozione di autodeterminazione informativa e dignità, sopra descritta²⁸⁰. Gli interessati, o gli individui, dovrebbero essere autorizzati a decidere autonomamente se e in quale misura i dati personali ad essi relativi possono essere trattati; ad ogni buon conto, il consenso funge da istituto a garanzia di tali prerogative o, quantomeno, dovrebbe svolgere tale funzione.

2.7.2.4 Consenso e categorie particolari di dati personali

Come accennato in precedenza, esistono due categorie di dati per il GDPR, quelli personali e quelli cd. sensibili, dove la differenza si riflette

²⁷⁸ *Ibidem*, par. 61 e ss.

²⁷⁹ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, caso Whatsapp, 2017, par. 36. Si veda anche Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Comunicato Stampa, *WhatsApp fined for 3 million euro for having forced its users to share their personal data with Facebook*, 2017.

²⁸⁰ Botta M., Wiedemann K., *EU Competition Law Enforcement Vis-À-Vis Exploitative Conducts in the Data Economy Exploring the Terra Incognita*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 18-08*, 2018, pg. 39 e ss.

proprio nel trattamento dei dati e nelle basi giuridiche. Proprio per l'elevata sensibilità di tali dati e per le informazioni personalissime che veicolano, l'articolo 9 primo comma del GDPR prevede un divieto di trattare i dati personali che rivelino tali informazioni²⁸¹; tuttavia, al secondo comma prevede delle eccezioni tassative che ne permettono il trattamento.

Il consenso è una delle basi giuridiche utilizzabili, riferendosi al consenso come «*consenso esplicito*» il quale, al contrario del generale «*consenso*» previsto per i dati personali non sensibili, non è stato definito nel GDPR. In questi casi, è necessaria una dichiarazione espressa di consenso, aumentando così la soglia in termini di come viene dato il consenso da parte dell'interessato²⁸².

Da ultimo, si richiama la sentenza della Corte di Giustizia, dell'ottobre del 2024, C-446/21²⁸³, promossa dall'attivista per la *privacy* Maxilimian Schrems, nei confronti di *Meta Platforms Ireland Limited*. In particolare, la controversia si è concentrata sull'uso di tecnologie di tracciamento, come *cookie*, *pixel*, e *plugin social*, implementate su siti *web* di terzi, che permettevano a Meta di raccogliere dati personali sensibili, come quelli relativi all'orientamento sessuale e alle opinioni politiche degli utenti anche al di fuori della propria piattaforma, senza un consenso esplicito.

La CGUE ha stabilito che il trattamento di tali categorie di dati richiede un consenso esplicito dell'utente, anche se tali dati personali sono stati resi pubblici da parte dell'interessato in determinate circostanze digitali. La divulgazione pubblica di tali informazioni non implica

²⁸¹ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), art. 9, «È vietato trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona».

²⁸² C. giust. UE, sentenza 4 ottobre 2024, causa C-21/23, *Lindenapothke*. Nella sentenza, la CGUE ha stabilito che le informazioni richieste ai clienti per l'acquisto online di medicinali costituiscono dati relativi alla salute, classificati come categorie particolari di dati personali ai sensi dell'articolo 9 del GDPR. Pertanto, è necessario ottenere il consenso esplicito degli utenti per il loro trattamento. Le piattaforme che vendono medicinali online devono ottenere il consenso esplicito degli utenti per il trattamento dei loro dati personali relativi alla salute, anche quando si tratta di farmaci da banco.

²⁸³ C. giust. UE, sentenza 4 ottobre 2024, causa C-446/21, *Schrems c. Meta Platforms Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2024.

automaticamente il consenso al loro trattamento per scopi diversi da quelli per cui sono stati originariamente resi pubblici.

2.7.2.5 Le altre basi giuridiche

Per essere lecito, il trattamento dei dati personali può anche basarsi su basi giuridiche diverse dal consenso.

All'articolo 6, lettera b)²⁸⁴, il Regolamento stabilisce che il trattamento dei dati personali è lecito quando esso risulta necessario per l'esecuzione di un contratto. Tale base giuridica può applicarsi anche ai servizi delle piattaforme digitali, a condizione che il trattamento sia limitato ai soli dati indispensabili per l'erogazione del servizio digitale offerto. Ne consegue che il trattamento di dati ulteriori, destinati ad esempio a finalità di marketing, non può essere ricondotto all'esecuzione contrattuale e richiede, pertanto, il consenso dell'interessato.

Alla lettera c), legittima il trattamento quando è necessario per l'adempimento di un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento²⁸⁵.

Alla lettera f)²⁸⁶, si prevede che *«l trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore»*.

La base giuridica del legittimo interesse, a differenza che il consenso, richiede un triplice *test* per poter essere legittimamente utilizzata²⁸⁷.

In primo luogo, deve essere identificato il legittimo interesse del titolare del trattamento alla realizzazione dello stesso. In secondo luogo, si deve valutare la necessità del trattamento, per tale si intende verificare se il trattamento dei dati sia effettivamente necessario per raggiungere

²⁸⁴ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), art. 6, lett b).

²⁸⁵ *Ibidem*, lett. c).

²⁸⁶ *Ibidem*, lett. f).

²⁸⁷ Proprio al seguito di tale vicenda Meta, l'EDPB ha aggiornato le linee guida sul legittimo interesse. Cfr. Comitato Europeo per la Protezione dei Dati (EDPB), *Linee guida 1/2024 sul trattamento dei dati personali basato sull'Articolo 6(1)(f) GDPR (Interesse Legittimo)*, versione per consultazione pubblica, 9 ottobre 2024.

l'interesse legittimo identificato dal titolare (l'operatore economico). Infine, la terza condizione è relativa al bilanciamento degli interessi: si deve valutare se l'interesse legittimo prevalga sui diritti e le libertà fondamentali degli interessati²⁸⁸.

Questa base giuridica è stata piuttosto controversa nei mercati digitali, soprattutto in relazione alle pratiche di trattamento poste in essere da una delle piattaforme digitali di maggiori dimensioni: Meta.

Il Comitato Europeo per la Protezione dei Dati (EDPB) ha emesso una Decisione Vincolante d'Urgenza 01/2023 riguardante *Meta Platforms Ireland Ltd*²⁸⁹. Questa decisione piuttosto recente, adottata il 27 ottobre 2023 e pubblicata il 7 dicembre 2023, in cui l'organismo si esprime sull'uso delle basi giuridiche, segnatamente sul consenso e sull'interesse legittimo da parte di Meta, per il trattamento dei dati personali a fini di pubblicità comportamentale nell'intero Spazio Economico Europeo (SEE). Rilevando numerosi e molteplici profili critici, ha imposto a Meta di interrompere il trattamento dei dati personali per tali finalità sulla base del legittimo interesse, ai sensi dell'articolo 6 del GDPR, entro una settimana dalla notifica della decisione, la quale è tornata poi a fare affidamento sul consenso²⁹⁰. Sebbene l'interesse legittimo previsto da Meta fosse la pubblicità personalizzata, la quale non è escluso possa essere un interesse legittimo, la quantità e la qualità di dati raccolti da Meta, particolarmente invasivi, non rendeva soddisfatta questa seconda condizione.

La pubblicità comportamentale che, come descritta precedentemente, prevede la raccolta e l'analisi di una vasta gamma di dati personali, monitorando dettagliatamente le attività *online* degli individui, presentando istanze di sorveglianza pervasiva, comporta dei rischi la *privacy* informativa degli utenti, richiedendo che l'utente presti il proprio consenso al trattamento dei dati personali per tali finalità. Secondo l'EDPB, solo tale base giuridica (qualora conforme al quadro giuridico di riferimento) consente un maggiore controllo sui propri dati personali,

²⁸⁸ Si rimanda alle linee guida per ulteriori precisazioni, *ibidem*.

²⁸⁹ European Data Protection Board (EDPB), *Urgent Binding Decision 01/2023 requested by the Norwegian Supervisory Authority for the adoption of final measures regarding Meta Platforms Ireland Ltd* (Article 66(2) GDPR), 27 October 2023.

²⁹⁰ Seppur nutrendo dubbi sulla legittimità anche di tale base giuridica per la peculiare modalità di presentazione e della sua formulazione. Si veda capitolo quinto.

ricordando quanto già detto sul concetto di autodeterminazione informativa²⁹¹.

2.7.2.6 Privacy by design

Un aspetto ulteriormente rilevante allo scopo di questa trattazione preliminare è relativo al principio della *privacy by design*, stabilito dall'articolo 25 del GDPR²⁹².

Tale articolo impone che *«Il titolare del trattamento mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate a garantire che siano trattati, per impostazione predefinita, solo i dati personali necessari per ogni specifica finalità del trattamento. Tale obbligo vale per la quantità dei dati personali raccolti, la portata del trattamento, il periodo di conservazione e l'accessibilità. In particolare, dette misure garantiscono che, per impostazione predefinita, non siano resi accessibili dati personali a un numero indefinito di persone fisiche senza l'intervento della persona fisica»*²⁹³.

In un mondo sempre più digitale, il rispetto dei requisiti della protezione dei dati fin dalla progettazione e della protezione per impostazione predefinita svolge un ruolo cruciale nel promuovere la tutela della vita privata e la protezione dei dati nella società. È pertanto fondamentale che i titolari del trattamento prendano sul serio questa responsabilità e si attengano agli obblighi del GDPR quando progettano i rispettivi trattamenti. L'obbligo principale consiste nel predisporre misure adeguate e garanzie necessarie che permettano un'attuazione efficace dei principi della protezione dei dati e, di conseguenza, dei diritti e delle libertà degli interessati fin dalla progettazione e per impostazione predefinita.

Questo comporta che i titolari dovrebbero essere in grado di dimostrare che incorporano nel trattamento le misure e le garanzie

²⁹¹ European Data Protection Board (EDPB), Urgent Binding Decision 01/2023, op. cit.

²⁹² Regolamento (UE) 679/2016, GDPR, articolo 25.

²⁹³ *Ibidem*, par. 2.

adeguate ad assicurare l'efficacia dei principi di protezione dei dati, dei diritti e delle libertà degli interessati²⁹⁴.

2.7.2.7 Portabilità dei dati

Uno degli aspetti del GDPR che merita attenzione – e che verrà ripreso più avanti nell'analisi del rapporto con il diritto della concorrenza – è la previsione del diritto alla portabilità dei dati. La portabilità dei dati si riferisce al diritto dell'utente di trasferire i dati da un operatore digitale concorrente. Il diritto alla portabilità dei dati presenta notevoli effetti pro competitivi perché se gli utenti sono in grado di trasferire (“portare”) i propri dati personali cambiando fornitore di servizio, non saranno “bloccati” (cd. *lock-in*) all'interno di un ecosistema o piattaforma digitale.

L'articolo 20 del GDPR prevede che *«L'interessato ha il diritto di ricevere in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico i dati personali che lo riguardano forniti a un titolare del trattamento e ha il diritto di trasmettere tali dati a un altro titolare del trattamento senza impedimenti da parte del titolare del trattamento cui li ha forniti»*²⁹⁵.

Il diritto alla portabilità dei dati, formalmente presente nel GDPR e rispondente a logiche di protezione dei dati, risponde contemporaneamente a finalità spiccatamente commerciali. Difatti, dato il valore commerciale dei dati personali, la possibilità per gli utenti di trasferire le informazioni raccolte ed inferite che li riguardano, permette all'utente di decidere di fornire gli stessi ad altri operatori economici. Come vedremo successivamente, la *ratio* di questo istituto, sebbene tale articolo sia parzialmente inefficace nei mercati digitali, è centrale per la risoluzione di alcuni effetti tipici dei mercati digitali, come l'effetto *lock-in* ed i costi di *switching* tipici dei mercati digitali per i consumatori, disincentivandoli a mutare piattaforma²⁹⁶.

²⁹⁴ Linee guida 4/2019 sull'articolo 25 Protezione dei dati fin dalla progettazione e per impostazione predefinita, Versione 2.0 Adottate il 20 ottobre 2020, p. 18 e ss.

²⁹⁵ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), articolo 20.

²⁹⁶ Questo sarà esplorato in seguito in relazione al caso tedesco di Facebook nel capitolo quinto. La formulazione dell'articolo 20 del GDPR non è in grado di correggere i problemi relativi al lock in, nonché agli *switching costs*, tipici dei mercati digitali. Queste mancanze sono costituite dalla

Senza anticipare le considerazioni che verranno successivamente approfondite, tale istituto è stato rafforzato all'interno del DMA, mettendo la relazione le capacità pro competitive di un istituto del GDPR²⁹⁷.

2.8 Conclusione: l'intersezione tra la privacy, la protezione dei dati personali ed il diritto della concorrenza.

Le caratteristiche esaminate in questo primo capitolo rappresentano gli elementi centrali e più significativi della disciplina europea in materia di *privacy* e protezione dei dati personali. Con il progresso tecnologico e lo sviluppo di sistemi sempre più sofisticati di analisi e previsione, la *privacy* ha assunto la forma della *privacy* informativa, articolandosi nei principi di autodeterminazione informativa e di tutela della dignità della persona.

A livello secondario, il diritto alla protezione dei dati personali disciplinato dal GDPR, tutela i diritti fondamentali degli interessati, garantendo che ciascun individuo possa conservare un effettivo controllo sulle informazioni personali che lo riguardano.

In questo capitolo, pertanto, si è proceduto a fornire le basi per comprendere quelle che sono le disposizioni che le piattaforme digitali devono rispettare nell'ambito delle proprie attività di impresa, alla luce dei *business model* basati sulla raccolta, aggregazione ed utilizzo a fini commerciali dei dati personali degli utenti.

mancanza di un formato tipicamente strutturato ed interoperabile tra le piattaforme e, la mancanza di flusso di dati in tempo reale.

²⁹⁷ Al fine di garantire che i *gatekeeper* (gli operatori digitali fornitori di un servizio di piattaforma di base, designati a norma ai sensi dell'articolo 3 del DMA) non compromettano la contendibilità dei servizi di piattaforma di base, o il potenziale di innovazione del dinamico settore digitale, limitando il passaggio ad altri fornitori o il *multihoming*, è obbligato a fornire « *su richiesta e a titolo gratuito, agli utenti finali e a terzi autorizzati da un utente finale l'effettiva portabilità dei dati forniti dall'utente finale o generati mediante l'attività dell'utente finale nel contesto dell'utilizzo del pertinente servizio di piattaforma di base, anche fornendo a titolo gratuito strumenti per agevolare l'effettivo esercizio di tale portabilità dei dati, nonché fornendo un accesso continuo e in tempo reale a tali dati* » Regolamento Digital Markets Art. 6, paragrafo 9. Ulteriormente I dati dovrebbero essere ricevuti in un formato immediatamente ed effettivamente accessibile e utilizzabile da parte dell'utente finale o dei pertinenti terzi autorizzati dall'utente finale a cui i dati sono trasferiti. I *gatekeeper* devono provvedere a che gli utenti finali o i terzi autorizzati dagli. Al fine di evitare dubbi, « *l'obbligo per il gatekeeper di garantire l'effettiva portabilità dei dati a norma del presente regolamento integra il diritto alla portabilità dei dati a norma del regolamento (UE) 2016/679* », Regolamento *Digital Markets Act*, considerando 59.

Se l'obiettivo di questa ricerca è quello di identificare potenziali sovrapposizioni tra i due settori del diritto questa premessa era imprescindibile; tuttavia, sebbene sia vero che la normativa a tutela dei dati personali prevista dal GDPR fornisca, in sé, una protezione giuridica di elevato livello, la doppia natura dei dati personali (diritto fondamentale) e, valore economico-commerciale, sottolinea la rilevanza strategica e l'utilizzo dei dati nelle dinamiche competitive.

Le questioni che emergono sono strettamente interconnesse. In primo luogo, sono emersi numerosi rischi per la protezione dei dati personali e della *privacy* degli utenti quando si parla di grandi piattaforme digitali o di ecosistemi, in materia di trattamento di dati personali.

La vasta quantità di dati raccolti secondo le modalità e le finalità sopra descritte è concentrata, in misura quasi totale, nelle mani di poche e grandi piattaforme online. Questa concentrazione di capitale informativo ha sollevato crescenti preoccupazioni, tanto sul piano della *privacy* e della protezione dei dati personali degli utenti quanto sul versante del diritto della concorrenza europeo.

Tale preoccupazione diviene particolarmente rilevante nel momento in cui il possesso di dati personali diviene sinonimo di potere di mercato; le pratiche di trattamento dei dati personali possono divenire strategicamente opache e pervasive, sfruttando il consumatore per estrarre un *surplus* di dati personali che mette l'impresa in una posizione di vantaggio competitivo rispetto agli altri concorrenti.

Come argomentato in dottrina, «*there is a notable interdependency between competition law and data protection law as the latter affects competition and as market power affects both the choices that data subjects realistically have and the privacy risks they are exposed to*»²⁹⁸.

In secondo luogo, da molte voci, si sostiene che il quadro dell'UE in materia di protezione dei dati non sia in grado di affrontare le sfide poste dalle attuali pratiche di trattamento dei dati personali realizzate dalle piattaforme digitali²⁹⁹.

²⁹⁸ J. CRÉMER, Y. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER., *Competition Policy for the Digital Era*, in *European Commission Report*, p. 73.

²⁹⁹ F. COSTA-CABRAL, O. LYNKEY, *Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law* op. cit.; A. D'AMICO, *Market Power And The Gdpr: Can Consent Given To*

Il controllo individuale che il GDPR mira a fornire è frustrato da asimmetrie informative e squilibri di potere. Mentre le persone diventano sempre più “trasparenti” o “leggibili” per coloro che trattano dati personali, le pratiche di trattamento dei dati sono opache e i beni e i servizi *online* sono spesso offerti sulla base della dinamica “prendere o lasciare”: I consumatori si trovano spesso di fronte a un’alternativa rigida: accettare il trattamento dei dati personali imposto dalla piattaforma oppure rinunciare del tutto all’accesso al servizio. Questa dinamica finisce per comprimere in modo significativo la libertà di scelta degli utenti e per limitare la loro autodeterminazione informativa³⁰⁰.

Lasciato a sé stesso, il mercato digitale sembra si sia allontanato da un livello ottimale di controllo individuale sui dati personali.

Questo insieme interrelato di considerazioni, chiama in causa il diritto della concorrenza, rispetto al modo in cui le piattaforme digitali effettuano le operazioni di trattamento dei dati e rispetto allo sfruttamento dei consumatori, della loro autodeterminazione informativa, nonché al corretto funzionamento dei mercati digitali.

Come sostenuto da Lynskey, è perché il diritto della concorrenza è l'unica armatura legale che vincola l'esercizio del potere da parte di aziende private e, che, che la sua intersezione con le leggi sulla protezione dei dati diventa un punto focale inevitabile nei mercati digitali³⁰¹.

Similmente, Botta e Wiedemann sostengono che «una domanda in sospeso è se e in che misura i principi tradizionali del diritto della concorrenza possono essere trasferiti dall'economia "reale" all'economia dei dati»³⁰². O ancora se «la privacy può essere considerata un problema antitrust»³⁰³.

Dominant Companies Ever Be Freely Given?, op. cit.; OECD, *The intersection between competition and data privacy*, in OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No. 310, OECD Publishing, Paris 2024 p. 5 e ss.

³⁰⁰ Si veda in letteratura, C. MAYER-SCHÖNBERGER, *Notice and Consent in a World of Big Data*, op. cit..

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² M. BOTTA, K. WIEDEMANN., *The Interaction of EU Competition Law and Data Protection Law in the Digital Economy*, in *Common Market Law Review*, 2019, pg. 1.

³⁰³ OECD, *The intersection between competition and data privacy*, in OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No. 310, OECD Publishing, Paris 2024, pg. 4 e ss.

Si sottolinea l'esistenza di zone grigie in cui i due regimi giuridici di sovrappongono e, richiedono, in tale limitata area, un approccio di tipo congiunto.

Negli ultimi anni, il diritto della concorrenza ha giocato un ruolo centrale nei mercati globalizzati, in cui una concorrenza effettiva era considerata sinonimo di efficienza economica. Oggi, nell'era digitale, l'attenzione si sposta alla tutela della *privacy*, dove questa si configura come uno strumento che delimita il confine tra benefici e rischi per i consumatori derivanti dalle innovazioni tecnologiche³⁰⁴.

Il Garante europeo della protezione dei dati ha sostenuto che l'applicazione del diritto della concorrenza dovrebbe prendere in considerazione i diritti degli utenti in materia di protezione dei dati, rispettivamente per intervenire sulle implicazioni relative al controllo sul potere di mercato delle piattaforme digitali nell'economia digitale e per la tutela dei consumatori digitali³⁰⁵.

Come già accennato, anche la Commissione europea e numerose autorità nazionali garanti della concorrenza, congiuntamente con le autorità di protezione dei dati e delle telecomunicazioni, hanno iniziato a discutere sull'opportunità che nell'applicazione del diritto della concorrenza si considerino le questioni relative alla protezione dei dati e alla vita privata, nell'ambito di numerosi *report* in materia³⁰⁶.

³⁰⁴ F. COSTA-CABRAL, O. LYNKEY, *Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law* in op. cit.

³⁰⁵ Questa affermazione risale al 2014, cfr. European Data Protection Board (EDPB), *Preliminary Opinion – Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: The Interplay Between Data Protection, Competition Law and Consumer Protection in the Digital Economy*, Bruxelles, 2014. Si è successivamente espresso in tal senso nel 2016, cfr. European Data Protection Board (EDPB), *Opinion 8/2016 on the Coherent Enforcement of Fundamental Rights in the Age of Big Data*, Bruxelles, 2016. Infine, nel 2025 cfr. European Data Protection Board (EDPB), *Position Paper on the interplay between data protection and competition law*, 16 gennaio 2025.

³⁰⁶ Autoriteit Persoonsgegevens, *Onderzoek naar het verwerken van persoonsgegevens van betrokkenen in Nederland door het Facebook-concern*, 21 febbraio 2017, disponibile su: https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/onderzoek_facebook.pdf; Competition and Market Authority and Information Commissioner's Office, *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*, 2021; Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, 2016; Autorité de la concurrence e CNIL, *Joint Declaration – Competition and Personal Data: A Common Ambition*, Parigi, 2023; Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, Garante per la Protezione dei Dati Personali, *Indagine conoscitiva sui Big Data* (Indagine n. IC53, Decisione n. 28051). Bollettino AGCM n. 9/2020, 2 marzo 2020. Si veda anche Commissioner

Alla luce di tali premesse, è bene procedere a valutare il settore del diritto della concorrenza europeo, i suoi obiettivi, la sua struttura, nonché dei suoi limiti all'interno dei mercati digitali.

Vestager M., *Competition in a Big Data World*, 2016, disponibile su: https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en.

CAPITOLO III - Diritto della concorrenza: obiettivi, elementi e caratteristiche della sua applicazione nell'era digitale

3.1 Introduzione

Dietro le disposizioni apparentemente lineari dei Trattati in materia di concorrenza si celano conflitti ideologici, cambiamenti storici e, soprattutto negli ultimi anni, una revisione critica dei suoi obiettivi³⁰⁷.

Il diritto della concorrenza “moderno”, sviluppatosi dagli anni Novanta, con il *more economic approach*³⁰⁸, è orientato a valutare solo gli effetti economici del comportamento delle imprese sul mercato³⁰⁹.

Questo approccio, ha portato a ritenere che aspetti diversi dall'efficienza economica e dal prezzo – come la protezione dei dati personali e della vita privata, oggetto della presente analisi – rientrino nella competenza di altre autorità e debbano essere tutelati mediante strumenti normativi specifici, come il Regolamento GDPR³¹⁰.

Tuttavia, come sostenuto da Iacovides e Stylianou, «*Yet, despite the broad acceptance of the economic focus so far, cracks have started to emerge. Foundational tenets of the economic thinking that characterised competition law began to be challenged*»³¹¹.

³⁰⁷ Per una analisi sugli obiettivi di concorrenza K. STYLIANOU M., IACOVIDES, *The New Goals Of EU Competition Law: Sustainability, Labour Rights, And Privacy* op. cit. pp. 4 e ss.

³⁰⁸ Si veda per una trattazione esaustiva A. WITT, *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, 1a edizione, Hart Publishing, Oxford, 2016.

³⁰⁹ K. STYLIANOU M., IACOVIDES, *The New Goals Of EU Competition Law: Sustainability, Labour Rights, And Privacy*, op. cit.. Come argomentato dagli A., «*Generazioni di studiosi e professionisti del diritto della concorrenza sono stati plasmati in una versione del diritto della concorrenza che dà priorità agli obiettivi economici*», p. 1.

³¹⁰ Respingendo l'idea che la vita privata possa essere collegata a un danno per la concorrenza e lamentando la mancanza di strumenti per affrontare le preoccupazioni in materia di *privacy*, alcuni autori concludono che la vita privata dovrebbe esulare dall'ambito di applicazione del diritto della concorrenza. Kimmelman et al. riservano inoltre un ruolo molto limitato al diritto della concorrenza nella salvaguardia della *privacy*, osservando ancora una volta che gli strumenti antitrust non sono adatti ad affrontare le preoccupazioni in materia di *privacy*, cfr. E. KIMMELMAN ET AL, *The Limits of Antitrust in Privacy Protection*, (2018) *International Data Privacy Law* 270, 271. Si veda anche G.A. MANNE, B. SPERRY, *The Law and Economics of Data and Privacy in Antitrust Analysis TPRC Conference Paper* 2015. La separazione tra diritto della concorrenza e protezione dei dati personali è stata sostenuta in una prima fase applicativa da parte della Commissione europea, in particolare in occasione della concentrazione *Asnef/Equifax* del 2006. Sul punto, ci si tornerà ampiamente nel capitolo quarto.

³¹¹ Si veda K. STYLIANOU, M., IACOVIDES, *The New Goals Of EU Competition Law: Sustainability, Labour Rights, And Privacy*, op. cit., p. 1.

Dai primi casi *antitrust* relativi ai mercati digitali (*Facebook/Whatsapp*³¹², *Google/DoubleClick*³¹³, *Microsoft/LinkedIn*³¹⁴), sono iniziati i primi dibattiti accademici³¹⁵ ed istituzionali³¹⁶ circa l'opportunità che il diritto *antitrust* possa e debba considerare anche altri valori rispetto a quelli strettamente economici: si parla oggi di *privacy*, di sostenibilità ambientale, di tutela del lavoro e di tutela della democrazia³¹⁷.

In questa ricerca, ovviamente, ci si soffermerà sull'ingresso della protezione dei dati personali e della *privacy* nelle valutazioni competitive, posta la loro innegabile rilevanza nel contesto attuale di mercato: le grandi piattaforme digitali stanno determinando progressivamente una erosione della *privacy* e della protezione dei dati tramite le proprie condotte di mercato, comportando la necessità di una risposta normativa da parte del diritto della concorrenza.

L'integrazione di valori non strettamente economici nell'analisi concorrenziale presenta diversi ostacoli teorici e pratici.

Da un lato, occorre verificare se tra gli obiettivi del diritto della concorrenza vi sia spazio per includere finalità ulteriori, sia direttamente, sia in modo indiretto attraverso il mantenimento di una struttura di mercato efficace. Dall'altro lato, è necessario che l'ordinamento *antitrust* si doti di strumenti concettuali e metodologici adeguati, capaci di accogliere questi valori nella valutazione giuridica, adattando gli strumenti interpretativi

³¹² Commissione europea, Decisione COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, 3 ottobre 2014.

³¹³ Commissione europea, Decisione COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*, 11 marzo 2008.

³¹⁴ Commissione europea, Decisione *Microsoft/LinkedIn*, COMP/M.8124, 6 dicembre 2016.

³¹⁵ Per primo contributo sul tema A. EZRACHI, M. E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, op. cit., p. 205 e ss; I. LIANOS, *Polycentric Competition Law, Current Legal Problems*, op. cit.

³¹⁶ J. CRÉMER, Y. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, European Commission Report 2019; European Data Protection Board (EDPB), *Opinion 8/2016 on the coherent enforcement of fundamental rights in the age of Big Data*, 2016; European Data Protection Board (EDPB), *Preliminary Opinion – Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: The Interplay Between Data Protection, Competition Law and Consumer Protection in the Digital Economy*, Bruxelles, 2014. Per una più puntuale trattazione di questa questione, si rimanda al capitolo quarto.

³¹⁶ European Data Protection Board (EDPB), *Position paper on the Interplay between Data Protection and Competition Law*, Bruxelles, 16 gennaio 2025, p. 3.

³¹⁷ Per un dibattito sull'ampliamento dei valori che sono suscettibili di rientrare nell'analisi di concorrenza, si veda K. STYLIANOU, M., IACOVIDES, *The New Goals Of EU Competition Law: Sustainability, Labour Rights, And Privacy*, op. cit., i quali indicano, oltre la *privacy*, la sostenibilità ambientale e le questioni inerenti al mercato del lavoro.

alle specificità dei dati personali e introducendo criteri idonei a rilevare pregiudizi anche di natura non economica.

Questa ricerca affronta entrambi i profili. In questo capitolo, tuttavia, senza ancora offrire risposte definitive, si intende delineare il quadro concettuale di riferimento per comprendere le peculiarità del diritto europeo della concorrenza e valutare se e come tali valori possano essere inclusi tra gli obiettivi dell'*antitrust* e nella relativa prassi applicativa.

Nella prima parte si offrirà un'analisi delle origini e dell'evoluzione storica del diritto della concorrenza europeo, mettendo in luce come, nella sua fase iniziale, esso sia stato impiegato soprattutto come strumento di politica economica generale e, più in particolare, per il perseguimento di finalità politiche e sociali. Solo in un momento successivo, anche in ragione dei mutamenti del contesto socio-economico, si è progressivamente affermata una visione più strettamente economica dell'intervento antitrust.

Seguirà un esame degli obiettivi perseguiti dalla disciplina della concorrenza, con l'intento di ricondurre a sistema la complessità e le tensioni che caratterizzano la sua struttura, così da delinearne con maggiore chiarezza la funzione nell'ordinamento dell'Unione.

La seconda parte sarà dedicata all'analisi delle trasformazioni che hanno interessato i mercati digitali e del modo in cui tali mutamenti abbiano inciso sul paradigma concorrenziale tradizionale, favorendo l'emersione di veri e propri monopoli dei dati ed ecosistemi digitali fortemente integrati. Questo fenomeno è stato reso possibile dallo sfruttamento di dinamiche specifiche – effetti di rete, economie di scala e di scopo, pratiche di multi-homing limitato, accesso privilegiato ai dati personali e presenza di elevati *switching costs* – che hanno permesso a un numero ristretto di imprese digitali di acquisire e consolidare posizioni di significativo potere di mercato.

In tale contesto, anche la nozione stessa di potere di mercato ha subito una profonda trasformazione: da una concezione tradizionalmente incentrata sul controllo dei prezzi o delle quantità, si è passati a una forma di potere fondata sul controllo dell'accesso ai dati, sulla capacità di modellare gli ecosistemi digitali e sull'influenza esercitata sulle

condizioni di scelta degli utenti. Il potere di mercato non si misura più soltanto attraverso l'incidenza sul prezzo, ma attraverso la possibilità di imporre condizioni contrattuali, architetture decisionali e livelli di qualità – inclusi i livelli di *privacy* – difficilmente contestabili o replicabili da concorrenti e consumatori. In questo senso, il digitale ha reso il potere di mercato più pervasivo, meno visibile e più difficile da limitare con gli strumenti antitrust tradizionali.

Infine, nella terza parte, l'attenzione sarà rivolta alla fattispecie dell'abuso di posizione dominante da sfruttamento, vietato dall'art. 102 TFUE, che costituisce la categoria principale oggetto di trattazione in questa ricerca.

Pertanto, questa parte si propone di mostrare come il diritto della concorrenza sia oggi chiamato a confrontarsi con un contesto profondamente mutato, in cui i meccanismi competitivi tradizionali risultano spesso insufficienti. L'emergere di mercati digitali caratterizzati da concentrazioni di dati, ecosistemi integrati e nuove forme di potere economico richiede, infatti, un adattamento degli strumenti e dei criteri antitrust, così da poter rispondere efficacemente alle sfide poste dalle piattaforme e dalle dinamiche competitive del digitale.

3.2 Le origini del diritto della concorrenza in Europa: l'Ordoliberalismo

3.2.1 La scuola di pensiero ordoliberale

Il diritto della concorrenza europeo non nacque dall'iniziativa di giuristi commercialisti o di economisti, benché siano poi diventati i principali interpreti della materia. La sua origine va ricercata, invece, nell'impegno di studiosi e politici attenti alle fondamenta democratiche dell'Europa del dopoguerra³¹⁸. Essi individuarono nel diritto della concorrenza uno strumento essenziale per contrastare un rischio allora percepito come centrale: la formazione di un potere economico privato, privo di legittimazione democratica, in grado di comprimere la libertà economica di imprese e consumatori e di influenzare l'equilibrio stesso

³¹⁸ Si veda G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, op. cit., 1998, p. 8.

dei processi decisionali pubblici³¹⁹. In questa prospettiva, nelle democrazie liberali il potere è considerato legittimo solo se esercitato da soggetti istituzionalmente autorizzati, cioè dagli organi di governo, e non può essere rimesso alla discrezionalità di attori economici privati³²⁰.

A fare da sfondo a questa nascente concezione vi era la situazione degli Stati europei dei primi decenni del Novecento, caratterizzata da un forte dirigismo economico. Era allora ampiamente radicato il principio secondo cui il cartello tra imprese rappresentasse una manifestazione legittima e positiva dell'associazionismo privato e della libertà di commercio, tanto più apprezzabile quando finalizzato al perseguimento di obiettivi di interesse pubblico e approvato dalle autorità statali³²¹. Esemplificativa fu la situazione nella Germania nazista, dove la collaborazione tra il regime e cartelli privati di imprese, favorì lo sfruttamento del lavoro forzato e, in ultima analisi, anche politiche di sterminio. Proprio l'estremizzazione del potere privato ed il suo collegamento con quello pubblico hanno dato la spinta a una riflessione critica sul ruolo della concorrenza tra imprese, aprendo la strada al consolidamento di principi opposti³²².

In un sistema economico non concorrenziale, un ruolo fondamentale venne svolto dalla cosiddetta Scuola di Friburgo³²³, composta da un gruppo di economisti e giuristi (poi definiti "ordoliberali"³²⁴), i quali

³¹⁹ L'Ordoliberalismo, come si vedrà, sostiene un processo competitivo regolato dallo Stato come strumento necessario per la protezione della libertà economica individuale e per tutelare l'ingerenza delle imprese nelle decisioni politiche. Si veda, W. BONEFELD, *Freedom and the Strong State: On German Ordoliberalism*, in *New Political Economy*, 2012.

³²⁰ G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, op. cit., 1998, p. 9.

³²¹ *Ibidem*. La cooperazione tra imprese, il protezionismo e la concessione di diritti di esclusiva a operatori pubblici o consorzi privati erano i principali cardini della politica industriale. Si pensi all'esempio estremo del fascismo italiano degli anni Trenta, che giunse a imporre consorzi obbligatori fra tutte le imprese di un dato settore, considerandoli una forma positiva di associazionismo privato con finalità d'interesse pubblico.

³²² *Ibidem*.

³²³ D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe*, op. cit., pp. 25-84.

³²⁴ Deriva dal nome della rivista ORDO: *Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*. La rivista è stata fondata nel 1948 ed è tuttora in vita. Non esiste un unico approccio all'Ordoliberalismo e le idee ad esso sottese possono essere distinte in tre fasi differenti, ciascuna caratterizzata da studiosi Ordoliberali. La prima fase, conosciuta come "Scuola di Friburgo" risale alle origini dell'ordoliberalismo negli anni '30 e '40 in Germania, all'Università di Friburgo, i primi sostenitori furono Walter Eucken, Franz Böhm e Hans Grossmann-Doerth; la seconda fase negli

contribuirono a sottolineare i pericoli di un potere privato privo di legittimazione, mostrando la necessità di predisporre un solido quadro giuridico, capace di impedire la formazione di monopoli e di evitare l'alleanza tra grande impresa e autorità politica.

Gli ordoliberali avevano due fonti di ispirazione e opposizione: la teoria liberale classica ispirata all'economia anglosassone e l'influenza germanica della scuola storica³²⁵.

Dal punto di vista liberale³²⁶, ponevano l'accento sulla tutela della libertà individuale e sulla protezione dall'interferenza del potere pubblico nella sfera privata. Tuttavia, a differenza dei liberali classici, hanno sostenuto la necessità di imporre un controllo pubblico sul potere economico privato³²⁷.

Nel pensiero ordoliberales, la libertà personale e politica non può essere raggiunta spontaneamente poiché la concorrenza economica sfrenata determina lotte per il potere: sorgerebbe uno stato di *Vermachtung* (o una dinamica autodistruttiva) in cui il potere di mercato privato si pone in contrasto con gli interessi della società³²⁸.

Per evitare tale esito, si sostiene uno stato forte che definisca l'insieme di regole economiche in un quadro istituzionale che limiti l'esercizio della libertà economica, in nome dell'altrui libertà. Su questo

anni '40 e Anni '50, è distinta dalla scuola di Friburgo, è stata sostenuta da Alexander Rüstow, Wilhelm Röpke, Alfred Müller-Armack, Leonhard Miksch e Ludwig Erhard. Questa seconda ondata di pensatori ordoliberali ha sviluppato il concetto di economia sociale di mercato e ha enfatizzato i valori umanistici all'interno delle idee economiche, le cui idee hanno avuto un certo impatto sul progetto europeo (vedi infra); è emersa una terza ondata di ordoliberali, nota come la "Tradizione di Friburgo", rappresentata da Friedrich August von Hayek, Erich Hoppmann, Ernst-Joachim Mestmäcker, Manfred E. Streit e Viktor Vanberg. Questi studiosi si sono concentrati sull'ordine economico e sulla politica della concorrenza in particolare. In dottrina v. G. CONTALDI, *Diritto europeo dell'Economia*, Giappichelli editore, Torino, 2019, p. 9.

³²⁵ A. PEACOCK, H. WILLGERODT, *German Neo-Liberals and the Social Market Economy*, in MacMillan 1989, pp. 1-320; D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New" Europe*, op. cit. p. 49 e ss; D. J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus* in Oxford University Press, 2001.

³²⁶ Cfr. N. P. BARRY, *Political and Economic Thought of German Neo-Liberals*, in *German Neo-Liberals and the Social Market Economy*, vol. 1, 1989, a cura di PEACOCK e WILLGERODT, pp. 112-133.

³²⁷ D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New" Europe*, op. cit.

³²⁸ Cfr. B. J. RODGER, *Competition Policy, Liberalism and Globalization: A European Perspective*, in *Columbia Journal of European Law*, 2000, pp. 284-289.

sfondo diventa comprensibile il dilemma che l'*antitrust* pone alle democrazie liberali: da un lato, occorre limitare l'eccesso di potere pubblico e prevenire indebite interferenze nel libero funzionamento dei mercati; dall'altro, lo stesso potere pubblico risulta indispensabile per introdurre regole giuridiche idonee a contrastare l'ascesa di poteri economici privati in grado di incidere non solo sul corretto svolgimento della concorrenza, ma anche sugli equilibri sociali e politici complessivi³²⁹.

Si poneva, dunque, l'esigenza di fondare un sistema economico caratterizzato dai seguenti elementi.

In primo luogo, l'ordinamento economico doveva essere regolato da norme rigide, preferibilmente di rango costituzionale, così da non poter essere facilmente modificate in funzione di esigenze politiche contingenti o degli orientamenti mutevoli dell'elettorato (la c.d. costituzione economica³³⁰). Lo Stato agisce quale *Marktpolizei* (polizia di mercato), imponendo regole volte a stabilire l'ordine e a coordinare le azioni degli operatori nella sfera economica, al fine di prevenire l'abuso del potere di mercato e garantire una concorrenza fondata su un insieme di norme che tutelino la libertà economica individuale³³¹.

In secondo luogo, era prevista l'istituzione di un organismo indipendente incaricato di vigilare sugli attori del mercato e di

³²⁹ Il dilemma dell'*antitrust* nelle democrazie liberali, esprime la tensione tra due valori chiave quali la libertà economica (inclusa la libertà d'impresa, di contratto e di iniziativa economica) e la necessità di contenere il potere economico privato. Se lo Stato interviene troppo debolmente, rischia di consentire la formazione di concentrazioni economiche che mettono in pericolo la concorrenza, l'accesso al mercato e persino il dibattito democratico, come nel caso delle grandi piattaforme digitali che controllano l'informazione, la pubblicità e la visibilità online. Se invece lo Stato interviene in modo troppo incisivo, rischia di comprimere la libertà economica e di alterare il gioco del mercato, esercitando un controllo eccessivo sull'impresa privata, in contrasto con i principi di neutralità e autonomia dell'ordinamento liberale. Cfr. G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 4.

³³⁰ Una costituzione economica è uno strumento politico che «definisce le regole del gioco in base alle quali le attività economiche possono essere svolte nelle rispettive giurisdizioni», in W. KERBER, V. VANBERG, *Constitutional Aspects of Party Autonomy and Its Limits – The Perspective of Constitutional Economics*, in *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, a cura di GRUNDMANN, KERBER e WEATHERILL, de Gruyter, 2001, pp. 49-79; Cfr. A. GERBRANDY, *Rethinking Competition Law within the European Economic Constitution*, in *Journal of Common Market Studies*, volume 57, 1, 2019.

³³¹ Cfr. A. EBNER, *The Intellectual Foundations of the Social Market Economy*, 33 *Journal of Economic Studies* 206, 213, 2006.

salvaguardare la costituzione economica e il processo competitivo: la *Marktpolizei*, ossia l'autorità della concorrenza³³². Quest'ultima doveva operare in condizioni di piena indipendenza, risultando al riparo sia da pressioni politiche sia dall'influenza del potere economico privato.

In terzo luogo, l'applicazione della legge ai casi concreti doveva avvenire in modo imparziale, nel rispetto dell'interpretazione corretta delle norme e sotto la garanzia del controllo giurisdizionale³³³.

La previsione di un insieme di regole giuridiche volte a limitare la concorrenza e a disciplinarne il funzionamento garantisce che «*gli individui sono liberi di agire, protetti dall'invasione da parte di altri soggetti del diritto privato e dall'intervento del governo*»³³⁴. La minaccia alla libertà economica può infatti provenire tanto dall'intervento pubblico quanto dalle condotte di attori privati, come imprese monopolistiche o intese, che rendono gli individui dipendenti da strutture di potere economico privato, mettendo così in relazione diretta tale libertà con il corretto funzionamento della concorrenza³³⁵.

La tutela della libertà presenta un valore economico intrinseco, ma si accompagna anche a ulteriori considerazioni di natura sociale e non economica, che nondimeno richiedono adeguata protezione³³⁶. Tale questione risulta piuttosto rilevante ai fini di questa ricerca.

Il diritto alla libera contrattazione, inteso nei rapporti tra imprese e consumatori, costituisce un presupposto essenziale per il corretto funzionamento di un'economia di mercato³³⁷. Tuttavia, una libertà contrattuale priva di limiti può prestarsi ad abusi in diverse forme, come la costituzione di cartelli o l'imposizione di condizioni contrattuali da parte di un'impresa in posizione dominante.

³³² Per l'importanza del concetto di *Marktpolizei* si veda D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New" Europe*, op. cit.

³³³ *Ibidem*.

³³⁴ Si veda V. VANBERG, *Freiburg School of Law and Economics* op. cit. p. 400, traduzione dell'autrice.

³³⁵ Si veda W. EUCKEN, *What Kind of Economic and Social System*, in PEACOCK e WILLGERODT, *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, volume 2, MacMillan 1989.

³³⁶ V. VANBERG, *Freiburg School of Law and Economics*, op. cit.

³³⁷ Si veda, sul punto H. O. LENEL, *Evolution of the Social Market Economy*, in A. Peacock, H. Willgerodt (eds), *German Neo-Liberals and the Social Market Economy*, vol 1, MacMillan, 1989.

La libertà economica «può anche essere utilizzata per ridurre le possibilità, da parte di altri, di agire in un modo favorevole alla concorrenza, e le parti possono persino concordare ciò su base contrattuale»³³⁸; in tali circostanze, la transazione non può dirsi realmente libera quando è, di fatto, imposta o condizionata dalla posizione dominante di un'impresa.

Se lasciato senza limiti, il potere di mercato comporterebbe la commercializzazione degli esseri umani in quanto tali³³⁹, «le leggi e la giurisdizione devono garantire che, in termini abbastanza generali, vengano conclusi contratti il più possibile adeguati e che tali contratti possano essere applicati»³⁴⁰.

In base ai principi ordoliberali, elaborati a partire dal pensiero di Eucken³⁴¹, la concorrenza costituisce un meccanismo fondamentale per il corretto funzionamento dell'economia di mercato, nel quale il singolo individuo deve poter compiere scelte libere e informate, protetto dagli abusi privati contro forme di indebita ingerenza nelle libertà sia degli imprenditori sia dei consumatori.

Secondo Böhm³⁴², la concorrenza è il risultato dell'esercizio da parte dei singoli dei loro diritti di effettuare liberamente transazioni di mercato. I consumatori, nell'ambito dell'impostazione ordolibérale, sono i soggetti che decidono e guidano il processo di mercato scegliendo beni e servizi che sono confacenti con le loro esigenze e bisogni. In questo senso, la stessa garanzia di una concorrenza effettiva e delle regole di concorrenza permette ai consumatori di essere tutelati contro le indebite

³³⁸ M. E. STREIT, *Economic Order, Private Law and Public Policy – The Freiburg School of Law and Economics in Perspective*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1992, p. 675. Si veda anche I. H. ANCHUSTEGUI, *Competition Law through an Ordoliberal Lens*, in *Oslo Law Review*, 2015, p. 140.

³³⁹ F. A. LUTZ, *Objeciones al Orden de la Competencia*, in BELTRÁN, *La Economía de Mercado*, *Sociedad de Estudios y Publicaciones*, 1953, p. 275.

³⁴⁰ *Ibidem*.

³⁴¹ P. BEHRENS, *The 'Consumer Choice' Paradigm in German Ordoliberalism and its Impact Upon EU Competition Law*, Europa-Kolleg Hamburg, Discussion Paper No. 1/14, 2014, p. 116 e ss. Nell'opera, l'autore ripercorre il pensiero di Eucken. F. BÖHM, W. EUCKEN, H. GROSSMANN-DOERTH, *The Ordo Manifesto of 1936*, in PEACOCK e WILLGERODT, *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, vol 2, MacMillan, 1989.

³⁴² F. BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, 1937.

ingerenze dell'abuso di potere privato che determinano una compressione della libertà dei consumatori nella loro scelta ed interazione di mercato.

3.2.2 La visione ordoliberal della concorrenza

Dunque, nella concezione ordoliberal, il funzionamento del mercato non poteva essere lasciato a sé stesso (*laissez-faire*), poiché avrebbe comportato il prevalere di forze monopolistiche ed oligopolistiche sulle classi economicamente più svantaggiate, limitato le libertà di tutti gli operatori economici presenti sul mercato, andando contro l'interesse generale della società. Lo Stato doveva evitare la formazione di cartelli e forme di concentrazione di potere privato³⁴³.

Richiedeva una politica di concorrenza che fornisse le regole del gioco appropriate tale da permettere a tutti gli attori economici, imprese e consumatori, di incontrarsi come eguali e di sentirsi sovrani delle proprie scelte, liberi da ingerenze indebite tanto dello Stato, tanto di poteri economici privati³⁴⁴.

In questo contesto, le imprese potevano e dovevano competere tra di loro per fornire ai consumatori prodotti e servizi e, così facendo, soddisfare l'interesse generale della società.

La preoccupazione centrale del diritto e della politica della concorrenza risiede nel rischio che le imprese, qualora dispongano di un certo grado di potere di mercato, possano danneggiare il processo competitivo e arrecare pregiudizio ai clienti e, in ultima istanza, ai consumatori finali.

Il problema è che, per acquisire o consolidare tale potere, alcune imprese possono essere incentivate a eludere la concorrenza, adottando strategie idonee a compromettere il corretto svolgimento della competizione e, conseguentemente, il benessere dei consumatori.

³⁴³ Lo Stato, quindi, se da un lato deve lasciare liberi gli operatori economici di svolgere le transazioni economiche, dall'altro deve intervenire affinché questi non abusino di tale libertà individuale (riconosciuta dall'ordinamento, basandosi sulla proprietà privata e dalla libertà di iniziativa economica), creando strutture monopolistiche. G. CONTALDI, *Diritto europeo dell'Economia*, Giappichelli editore, Torino, 2019.

³⁴⁴ W. BONEFELD, *Freedom and the Strong State: On German Ordoliberalism*, «New Political Economy», 2012, pp. 633-656.

Pertanto, come teorizzato da Böhm, la disciplina della concorrenza è conseguentemente concepita come una serie di divieti, con la definizione di limiti positivi e negativi alla libertà di competere³⁴⁵. Tale concettualizzazione, si basa su tre divieti principali.

Il primo, consiste in un divieto generale di accordi anticoncorrenziali tra imprese o cartelli (*Verbotsprinzip*)³⁴⁶.

Il secondo, consiste nel divieto di abuso di potere di mercato da parte di una singola impresa (*Missbrauchprinzip*), posto che il potere di mercato potrebbe frenare la libertà economica delle parti, comprese altre imprese e i consumatori finali. Tale principio non è basato sull'impedire all'impresa di ottenere legittimamente potere di mercato, dovendo applicarsi il divieto ogni volta che il potere di mercato venga "abusato", violando la libertà economica e/o ogni volta che il potere di mercato venga esercitato in modo tale da avere un impatto negativo misurato sull'interesse legittimo dei consumatori, in conformità con il principio di *Leistungswettbewerb*³⁴⁷, che descrive la concorrenza tra imprese che mira alla produzione di servizi e prodotti migliori per i consumatori. In questa veste, i consumatori sono considerati come «ultima forza di controllo nel processo di produzione»³⁴⁸.

La terza disposizione in materia di disciplina di concorrenza consiste nel regime di controllo delle concentrazioni tra imprese.

³⁴⁵ Si veda come argomentato da V. VANBERG, *Freiburg School of Law and Economics*, in NEWMAN, *The New Palgrave Dictionary of Economics*, vol 2, Palgrave Macmillan, 1998.

³⁴⁶ Il *Verbotsprinzip*, che vieta gli accordi anticoncorrenziali tra imprese, è stato formulato come un divieto generale e totale, senza eccezioni, e come tale esemplifica il più stretto approccio ordoliberal adottato dalla "prima ondata" di studiosi ordoliberali. Tuttavia, gli sviluppi nel pensiero ordoliberale da allora hanno (come dovrebbero) deviato da una visione così rigorosa. Difatti, un divieto di *per sé* di tutti gli accordi non è sempre giustificato dal punto di vista economico: gli accordi verticali risolvono il problema della doppia emarginazione e sono in gran parte pro competitivi. Da un punto di vista giuridico, vietare tutti gli accordi costituisce una restrizione non proporzionale della libertà economica. Cfr. V. VANBERG, *Freiburg School of Law and Economics*, op cit., 1998, capitolo 2.

³⁴⁷ Come notato da Gerber, il concetto di *Leistungswettbewerb* è stato coniato per la prima volta da Nipperdey nel 1930 per rappresentare la preferenza dei consumatori come coordinatore del processo di produzione, vedi D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New" Europe*, op. cit.

³⁴⁸ V. VANBERG, *Consumer Welfare, Total Welfare and Economic Freedom, On the Normative Foundations of Competition Policy*, in *Freiburger Diskussionspapier zur Ordnungsökonomik* 10, 2009, p. 15

La traduzione dalla teoria alla pratica non fu immediata. I fondatori della Scuola di Friburgo furono infatti osteggiati in vario modo dal nazismo³⁴⁹. Tuttavia, a livello storico, il primo paese europeo a dotarsi di una legge *antitrust* ispirata alle tesi ordoliberali, fortemente sostenuta dall'Università di Friburgo, fu la Germania nel 1957³⁵⁰.

3.3 Teorie di concorrenza: l'apporto di Adam Smith

Essendosi stabilito un sistema di libera concorrenza, è bene individuare cosa si intenda per concorrenza e a cosa servano le regole *antitrust* che i poteri pubblici devono imporre.

La competizione significa effettivamente una lotta per la superiorità e, nel mondo commerciale, questo significa lottare per gli affari dei clienti nel mercato. La concorrenza è stata descritta come «*un processo di rivalità tra le aziende che cercano di conquistare gli affari dei clienti nel tempo offrendo loro un accordo migliore*»³⁵¹. Una parte intrinseca del processo competitivo è la libertà economica individuale degli operatori e quindi di competere con altri concorrenti per ottenere, tramite la propria offerta, un numero crescente di consumatori e, dall'altro, dal lato dei consumatori, di interagire nel mercato ed ottenere, da tale concorrenza, offerte di mercato a condizioni migliori.

Adam Smith, padre del liberismo³⁵², ben prima dell'avvento dell'ordoliberalismo, spiegava il funzionamento della concorrenza come un sistema di libertà naturale che permetteva e richiedeva agli individui di agire liberamente per quanto riguarda le transazioni di scambio nel mercato³⁵³. Secondo Smith, i mercati competitivi avrebbero guidato gli

³⁴⁹ *Ibidem*. Si veda anche G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, op. cit.

³⁵⁰ *Ibidem*. Al Parlamento tedesco fu presentata un'originaria proposta di legge a firma di Franz Böhm (uno dei massimi esponenti di quella Scuola), che si sarebbe poi tradotta in un testo di compromesso, mantenendo tuttavia la finalità fondamentale: creare un'istituzione indipendente (le attuali autorità di concorrenza), in grado di fraporsi tra il potere economico e quello politico, onde scongiurare collusioni. Sebbene l'approccio ordinamentale non fosse recepito in modo integrale, l'idea che la concorrenza andasse difesa per garantire libertà di scelta e prevenire ingerenze indebite si radicò con forza nella Germania postbellica.

³⁵¹ R. WHISH., D. BAILEY, *Competition Law*, Oxford University Press, 11th ed., 2024, p. 17.

³⁵² A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, op. cit.

³⁵³ *Ibidem*, libro I, capitolo X, parte II.

individui, con i loro intenti egoistici, tramite una “mano invisibile”, diretta a promuovere il benessere collettivo, anche se non faceva parte delle loro intenzioni³⁵⁴.

Ogni impresa, agendo per il proprio interesse, produce beni e servizi che incontrano la domanda, favorendo una “armonia” non pianificata ma frutto dell’interazione spontanea tra molteplici attori.

Pertanto, ciò che Smith afferma è che le scelte dei consumatori tra i prodotti e servizi dei produttori siano la forza trainante della concorrenza che porta alla promozione del benessere generale. La concorrenza è concepita come rivalità tra produttori che, nelle loro decisioni di produzione, sono guidati dalle scelte dei consumatori.

Per Smith, questo sistema di libertà naturale, non cade naturalmente dal cielo, ma è piuttosto una questione di legislazione. Ne *La ricchezza delle nazioni* (1776), concepisce il mercato concorrenziale come un ordine che funziona solo all’interno di un quadro giuridico stabile, garantito dallo Stato. La “libertà” di cui parla non è un’assenza di regole, ma piuttosto la libertà di operare entro regole comuni.

Nei suoi termini: una questione di “amministrazione della giustizia” da parte dello Stato. È stato quindi giustamente suggerito che la “mano invisibile” del mercato sia oggi guidata dalla «*mano visibile*» della legge³⁵⁵.

La necessità di predisporre un sistema giuridico e il ruolo del consumatore come sovrano del mercato tramite le sue scelte, ricordano le idee sopra esposte riguardo la visione ordoliberal.

3.4 Ripensare le teorie classiche della concorrenza nell’era digitale

La tradizionale teoria della concorrenza, fondata sul funzionamento dei mercati guidati dalla “mano invisibile” di Smith, in cui l’equilibrio

³⁵⁴ *Ibidem*. Fondamentalmente, l’A. afferma che anche se un’impresa individuale che si sforza di massimizzare i profitti intende solo il proprio guadagno ... «è in questo, come in molti altri casi, guidato da una mano invisibile per promuovere un fine che non faceva parte della sua intenzione... Perseguendo il proprio interesse, spesso promuove quello della società in modo più efficace di quando intende davvero promuoverlo».

³⁵⁵ A. SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, libro IV, capitolo IX: Smith spiega che il “sistema della libertà naturale” funziona solo se lo Stato garantisce la giustizia e l’uguaglianza delle condizioni di concorrenza.

scaturisce dall'incontro tra domanda e offerta, così come le concezioni ordoliberali sulla necessità di contenere l'ascesa dei poteri economici privati per la loro minaccia all'interesse generale, mostrano come queste teorie siano ancora attuali, anche se devono essere interpretate alla luce del diverso contesto dei mercati digitali.

Nella teoria ordoliberales, il principale pericolo per l'ordine concorrenziale non risiede solo nell'eccesso di intervento pubblico, ma soprattutto nell'ascesa di poteri economici privati capaci di condizionare il mercato e limitare la libertà economica altrui. Tali poteri si manifestano, nella prospettiva classica, attraverso cartelli, monopoli industriali e concentrazioni economiche tradizionali, ritenuti in grado di alterare i prezzi, restringere la produzione e influenzare le decisioni politiche.

Nei mercati digitali odierni emergono forme di potere privato che presentano tratti profondamente analoghi, ma si caratterizzano per strumenti e modalità di esercizio differenti. Le grandi piattaforme digitali sviluppano infatti posizioni di forza non più basate solo sulla quota di mercato o sulla capacità produttiva, bensì sul controllo dei dati, sugli effetti di rete, sugli ecosistemi chiusi e sulla capacità di definire unilateralmente le condizioni di accesso ai mercati digitali.

Così come l'ordoliberalismo temeva l'instaurarsi di strutture economiche capaci di rendere imprese e consumatori dipendenti da un potere privato incontrollato, analogamente i mercati digitali odierni mostrano il rischio che pochi operatori possano modellare la concorrenza, orientare le scelte degli utenti e influenzare, attraverso l'architettura dei servizi e degli algoritmi, interi settori economici e sociali.

Se i poteri privati dell'epoca industriale minacciavano la concorrenza attraverso accordi, cartelli o controllo dei prezzi, i poteri privati digitali lo fanno mediante accesso privilegiato ai dati, automazione decisionale, imposizione di standard tecnologici e controllo dell'intermediazione digitale. In entrambi i casi, si tratta di strutture economiche capaci di limitare la libertà altrui e di compromettere il corretto funzionamento del processo competitivo.

La teoria smithiana della "mano invisibile" descrive un mercato in cui le scelte individuali, guidate dall'interesse personale, si coordinano spontaneamente fino a generare un equilibrio complessivo. Nel contesto

dei mercati digitali, tuttavia, tale modello appare solo parzialmente aderente alla realtà: il coordinamento delle dinamiche economiche non dipende più esclusivamente dall'incontro spontaneo tra domanda e offerta, ma è influenzato dall'intermediazione delle grandi piattaforme.

Da ciò deriva il dubbio che la tradizionale “mano invisibile” sia stata, almeno in parte, sostituita da una nuova forza di coordinamento: la cosiddetta *mano digitale* (*digitalized hand*)³⁵⁶. I mercati digitali sembrano infatti muoversi secondo logiche e meccanismi diversi rispetto a quelli dei mercati concorrenziali classici.

Le nuove tecnologie, le analisi predittive, il fenomeno della “datificazione” ed in generale l'individuazione delle preferenze di consumo spiegato nel secondo capitolo, incidono profondamente sulla formazione delle scelte degli utenti³⁵⁷. Nel contesto digitale, il consumatore non agisce più come soggetto pienamente autonomo e informato: le sue decisioni sono influenzate dagli algoritmi di raccomandazione³⁵⁸, dai meccanismi di personalizzazione e dalle architetture di scelta progettate dalle piattaforme³⁵⁹, che si fondano sulla raccolta e sull'elaborazione di grandi quantità di dati personali.

La dimensione della *privacy*, dunque, diventa parte integrante del processo decisionale e mina l'autodeterminazione informativa³⁶⁰: il modo in cui i dati vengono raccolti, trattati e utilizzati influisce direttamente sulla capacità dell'utente di autodeterminarsi nei consumi, modellandone le preferenze e, talvolta, riducendo la trasparenza e la libertà effettiva di scelta³⁶¹. In tale scenario, il coordinamento delle decisioni economiche non

³⁵⁶ Tale termine è stato coniato da A. EZRACHI, M. E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, op. cit., capitolo 4.

³⁵⁷ Per una trattazione generale, si veda OECD, *Integrating Consumer Behaviour Insights in Competition Enforcement*, *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 282, in *OECD Publishing*, Paris, 2022.

³⁵⁸ A. GHOSE, P. G. IPEIROTIS, B. LI, *Examining the Impact of Ranking on Consumer Behavior and Search Engine Revenue*, in *Management Science*, INFORMS, 2014, p. 1907 ss. Tale studio indica l'impatto del posizionamento (*ranking*) di prodotti e servizi rispetto alle scelte di acquisto dei consumatori.

³⁵⁹ OECD, *Dark Commercial Patterns*, in *OECD Publishing*, 2024, p. 1 ss. Tale rapporto che illustra come design ingannevole manipoli il comportamento dei consumatori.

³⁶⁰ Si rimanda al capitolo secondo.

³⁶¹ Nei mercati digitali, l'effetto dell'IA e degli algoritmi sul comportamento dei consumatori, sulla concorrenza e sui meccanismi dei prezzi viene esaminato, insieme a considerazioni etiche e alla necessità di solidi quadri normativi in Y. CHEN, *AI e governance economica: navigare tra le mani*

deriva più soltanto dall'incontro spontaneo tra domanda e offerta, come nel paradigma smithiano, ma è mediato e, talvolta guidato, dalle piattaforme digitali attraverso l'uso dei dati personali e degli strumenti tecnologici che ne derivano.

Da qui la necessità di aggiornare l'idea di “mano invisibile”: introducendo l'idea di una forza regolatrice digitale basata sui dati e algoritmi, che pur facilitando le transazioni economiche rischia di evolvere verso una gestione oligopolistica o quasi monopolistica del mercato, contrastando con lo spirito originario di competizione immaginato da Adam Smith. Nel valutare se tali fenomeni possano essere affrontati efficacemente mediante l'intervento del diritto della concorrenza, finalizzato a ristabilire situazioni di processo competitivo e correzione di asimmetrie informative e squilibrio di potere, è necessario svolgere una riflessione approfondita sugli obiettivi e sull'ambito di azione del diritto europeo della concorrenza.

Fondamentalmente, ci si chiede se alla luce di tutti questi fenomeni vi sia ancora spazio al concetto di mercato guidato dalla mano invisibile coniata da Smith, che enfatizzava il funzionamento di mercato tramite la libera interazione tra domanda ed offerta³⁶².

Mentre Smith immaginava una moltitudine di piccole imprese in concorrenza, che anche la teoria ordoliberal mirava a garantire tramite un sistema di libera concorrenza e garanzie di libertà economica per consumatori e produttori, nei mercati digitali contemporanei prevale una dinamica opposta: poche grandi piattaforme concentrano potere

visibili e invisibili in un'era digitale, in *OSF Preprints tvchw*, Center for Open Science, 2024. Ad esempio, i sistemi di “ADS” (*algorithmic decision systems* – sistemi decisionali algoritmici), si basano spesso sull'analisi di grandi quantità di dati personali per individuare correlazioni o, più in generale, per ricavare informazioni ritenute utili ai fini della decisione. Affidare a sistemi ADS il compito di assumere o influenzare tali decisioni solleva una serie di questioni etiche, politiche, giuridiche e tecniche, che richiedono un'analisi attenta e un corretto inquadramento. Se trascurate, i benefici attesi da tali sistemi possono essere annullati da una molteplicità di rischi per gli individui (discriminazioni, pratiche sleali, perdita di autonomia, ecc.), per l'economia (pratiche anticoncorrenziali, accesso limitato ai mercati, ecc.) e per la società nel suo complesso (manipolazione, minaccia alla democrazia, ecc.). Lo studio sui rischi di questi sistemi è stato svolto da European Parliament Research Service (EPRS), PE. 624. 261, *Understanding algorithmic decision making: opportunities and challenges*, 2019.

³⁶² A. EZRACHI, M. E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, op. cit., cap. 4.

economico e informativo, consolidando la propria posizione attraverso strategie che possono mettere a rischio tanto il corretto funzionamento del mercato quanto la tutela dei diritti fondamentali degli utenti.

E, dall'altro, si inizia a chiedersi se i poteri privati digitali che si stanno attestando oggi, non siano, con i dovuti *caveat*, simili ai centri di potere che hanno spinto gli ordoliberali ad istituire un regime di concorrenza.

Di fronte a questo mutamento strutturale, emerge l'esigenza di interrogarsi sui principi che guidano il diritto della concorrenza e sulla loro capacità di rispondere alle nuove sfide. Le categorie tradizionali, elaborate per contesti economici diversi, richiedono una rilettura alla luce di un ambiente in cui il potere si fonda sull'accesso ai dati, sulla capacità di modellare le scelte e sull'intermediazione digitale. Ciò impone una riflessione più ampia sul ruolo dell'*antitrust* e sulla possibilità di adattarne i principi, affinché esso continui a garantire non solo l'efficienza del mercato, ma anche la protezione delle condizioni di libertà e autodeterminazione degli utenti.

3.5 L'antitrust nella Comunità Europea: i Trattato di Roma e l'integrazione europea

Riprendendo l'analisi delle origini del diritto della concorrenza europeo, si osserva come i principi fondativi della Scuola di Friburgo e dell'ordoliberalismo tedesco abbiano esercitato un'influenza profonda tanto sull'ordinamento dell'Unione quanto, in modo particolare, sulla politica della concorrenza europea³⁶³, i quali trovano concreta attuazione nell'affermazione del modello di economia di mercato fondato sulla concorrenza e la previsione di regole per la sua disciplina³⁶⁴.

³⁶³ Sull'influenza delle teorie ordoliberali nella formazione delle regole di concorrenza europee, si veda ad es. P. BEHRENS, *The "Consumer Choice" Paradigm in German Ordoliberalism and its Impact upon EU Competition Law*, op. cit.

³⁶⁴ Le idee ordoliberali di *Wettbewerbsordnung* e *Wettbewerbsfreiheit* (ordine competitivo e libertà di concorrenza) hanno parzialmente influenzato lo sviluppo storico del mercato interno, della politica di concorrenza dell'UE. Cfr. D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New" Europe*, op. cit.

Con la firma del Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea (CEE), conosciuto anche come Trattato di Roma, nel 1957³⁶⁵, la concorrenza diventa un elemento portante della neonata Comunità. Il Trattato ha previsto articoli specifici (all'epoca articoli 85-94 CEE, poi rinumerati nel tempo) volti a vietare gli accordi restrittivi tra imprese (l'odierno articolo 101 TFUE), vietare lo sfruttamento abusivo di posizione dominante nel mercato interno (l'attuale articolo 102 TFUE), e le regole sugli aiuti di Stato (articoli 107 e 108 TFUE), le quali non hanno subito modificazioni strutturali dalla loro entrata in vigore.

Nel Trattato di Roma, l'articolo 3, lettera f), prevedendo gli obiettivi dell'Unione, si legge che «(l')azione della Comunità comporta (...) l'istituzione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno (...)»³⁶⁶.

Queste norme, che pure si riveleranno nel tempo degli scrigni capaci di moltiplicare il valore dei loro contenuti, erano all'inizio concepite in un contesto ben più limitativo.

L'obiettivo iniziale del regime europeo della concorrenza e dell'UE in generale è stato funzionalizzato al conseguimento dell'obiettivo, di stampo prettamente politico, quale quello del raggiungimento di una piena integrazione del mercato interno³⁶⁷, quindi, delle economie degli allora sei Stati membri che componevano la Comunità³⁶⁸. Il diritto della concorrenza venne cioè interpretato in modo da impedire alle imprese di riprodurre le barriere alla libera circolazione di merci, persone, capitali e servizi che la CEE cercava di abbattere, per la creazione di un mercato unico senza barriere, di qualsiasi forma e natura³⁶⁹. Lo stesso obiettivo è stato ribadito

³⁶⁵ Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea, firmato a Roma il 25 marzo 1957, GU 1957, n. 27 del 30 dicembre 1957.

³⁶⁶ *Ibidem*, art. 3, TCE.

³⁶⁷ Questo porta ad affermare che le disposizioni di concorrenza, in tale primo periodo applicativo, sembravano essere applicate non oltre il limite della sua strumentalità a questo scopo. Cfr. G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, op. cit., p. 10.

³⁶⁸ R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, op. cit., p. 15.

³⁶⁹ Art. 2, TCE «*The European Coal and Steel Community shall have as its task to contribute, in harmony with the general economy of the Member States and through the establishment of a common market as provided in Article 4, to economic expansion, growth of employment and a rising standard of living in the Member States [and] shall progressively bring about conditions which will of themselves ensure the most rational distribution of production at the highest possible level of*

più volte dalla Commissione europea, per esempio in numerose dichiarazioni contenute nelle Relazioni annuali sulla politica di concorrenza³⁷⁰.

Dal punto di vista della tecnica giuridica, per raggiungere tale obiettivo si è data una lettura formalista delle norme sulla concorrenza. Il formalismo, infatti, porta alla certezza del diritto, che è necessaria per convincere le imprese a uscire dalla dimensione nazionale ed operare sul mercato comune. Esemplicative, difatti, sono le pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che hanno posto in evidenza il legame imprescindibile tra l'applicazione delle regole *antitrust* e la realizzazione del mercato unico. Un esempio significativo è dato dalla nota sentenza *GlaxoSmithKline*³⁷¹, in cui la Corte ha ribadito che i comportamenti idonei a segmentare i mercati nazionali o a ostacolare gli scambi intracomunitari si pongono in contrasto con l'art. 101 TFUE, in quanto incidono negativamente sul processo di integrazione³⁷².

In definitiva, la protezione della concorrenza svolse una doppia funzione: da un lato, sostegno all'integrazione dei mercati contro ogni tentativo di frammentazione; dall'altro, progressiva tutela di una sana rivalità fra imprese a beneficio dei consumatori.

productivity, while safeguarding continuity of employment and taking care not to provoke fundamental and persistent disturbances in the economies of Member States». Mentre il diritto *antitrust* statunitense ha visto la luce in uno Stato federale, quello europeo (o meglio, al tempo, comunitario) ha dovuto anzitutto fare i conti con l'integrazione di diversi mercati nazionali. Difatti, «*le finalità della politica di concorrenza in ambito europeo rispondono ad esigenze profondamente diverse rispetto a quelle del diritto antitrust americano: se le seconde sono mirate alla massimizzazione del benessere dei consumatori, le prime sono infatti strumentali al conseguimento dell'obiettivo dell'integrazione dei mercati europei*». Cfr.

³⁷⁰ Cfr. Commissione Europea, *Relazione sulla politica di concorrenza 1996*, Bruxelles, 1997, p. 5.

³⁷¹ C. giust. UE, sentenza 6 ottobre 2009, in causa C-501/06 P, *Commissione/GlaxoSmithKline*, EU:C:2009:610. In questa sentenza, la CGUE ha affermato che ogni pratica che produca effetti di esclusione artificiale o di restrizione delle importazioni/esportazioni tra Stati membri, di fatto, compromette uno degli elementi costitutivi dell'Unione: l'apertura dei mercati.

³⁷² C. giust. UE, sentenza 13 luglio 1966, in cause riunite 56/64 e 58/64, *Etablissements Consten/Grundig-verkaufs-gmbh*.

3.6 Introduzione al “more economic approach”: il cambiamento di paradigma e la globalizzazione economica

Nella fase iniziale di applicazione non si riscontra, dunque, un’adesione a principi economici particolarmente rigorosi, tale da poter configurare l’obiettivo economico come finalità ultima dell’intervento antitrust.

Tuttavia, a partire dagli anni ’80 e fino alla metà degli anni ’90, numerosi studiosi hanno rivolto critiche all’approccio adottato sino ad allora dalla Commissione europea nell’applicazione delle norme in materia di concorrenza. Nell’analisi pubblicata da Barry Hawk nel 1995³⁷³, si giudicava l’approccio europeo eccessivamente formalistico, lamentando un solido ragionamento economico alla base delle decisioni in materia di concorrenza³⁷⁴. Le decisioni della Commissione europea erano guidate dai fondamenti teorici della scuola ordoliberal e, in tale fase, l’organo esecutivo appariva altresì incline a considerare, nell’ambito dell’analisi concorrenziale, una pluralità di benefici ulteriori rispetto a quelli strettamente economici³⁷⁵. Tra questi rientravano, accanto alle esigenze di integrazione del mercato, i benefici ambientali³⁷⁶, le questioni di politica

³⁷³ Cfr. B. E. HAWK, *System Failure: Vertical Restraints and EC competition law*, in *Common Market Law Review*, 1995, pp. 973-989.

³⁷⁴ Per approfondimenti sulla critica al formalismo nell’applicazione del diritto della concorrenza europeo, si veda A. WITT, *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, op. cit., p. 10.

³⁷⁵ A. WITT, *Public Policy Goals Under EU Competition Law – Now is the Time to Set the House in Order*, in *European Competition Journal*, 2014, p. 4. L’A. argomenta che in tale fase «la teoria alla base delle sue analisi concorrenziali era tutt’altro che chiara. Mentre oggi la Commissione delinea abitualmente sia la sua interpretazione giuridica che i metodi di valutazione preferiti ai sensi delle regole di concorrenza negli orientamenti e in altre comunicazioni: si tratta di una pratica relativamente nuova». Difatti, Prima del 2000, non esisteva alcun documento della Commissione che esprimesse sistematicamente e autorevolmente l’interpretazione della Commissione delle regole di concorrenza sostanziali, sottolineando la mancanza di orientamenti in materia sia di abuso di posizione dominante che di intese restrittive. Sottolinea inoltre, che la Commissione «ha tenuto conto anche di altri tipi di effetti benefici ai sensi dell’articolo 101, paragrafo 3, del TFUE, compresi i benefici che sono tradizionalmente oggetto di un settore distinto della politica. La maggior parte di questi casi ha riguardato vantaggi industriali, sociali e ambientali, sebbene vi sia stato anche un numero limitato di casi in cui le imprese oggetto dell’inchiesta hanno sostenuto (senza successo) che gli accordi in questione erano necessari per proteggere la diversità culturale e la salute umana».

³⁷⁶ Il caso di scuola nel diritto della concorrenza rispetto alle questioni di sostenibilità ambientale è il caso CECED. Cfr. Decisione della Commissione del 24 gennaio 1999 relativa a un procedimento ai sensi dell’articolo 81 del trattato CE e dell’articolo 53 dell’accordo SEE (Caso IV.F.1/36.718 – CECED).

industriale³⁷⁷ e di stampo culturale³⁷⁸. Di conseguenza, i valori di pubblico interesse potevano prevalere rispetto a una rigorosa considerazione dei benefici o dei danni concorrenziali su prezzi e consumatori.

La principale critica mossa a questo approccio era la mancanza di un solido approccio razionale, prevedibile, controllabile e facilmente dimostrabile in giudizio.

Due fattori hanno inoltre spinto la Commissione europea ad una revisione e razionalizzazione della politica di concorrenza europea.

Il primo fattore è relativo al disallineamento tra l'approccio applicativo europeo e quello statunitense³⁷⁹, incentrato maggiormente sul benessere del consumatore in termini economici, rispetto a quello europeo maggiormente incentrato in questioni di struttura concorrenziale del

³⁷⁷ Negli anni '80, la Commissione ha ponderato gli obiettivi di politica industriale con l'obiettivo di una concorrenza non falsata ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 3, del TFUE. Infatti, il vantaggio principale individuato dalla Commissione nell'ambito di accordi di ristrutturazione tra imprese, era il ritorno a un'industria sana e redditizia, e solo in aggiunta la Commissione ha evidenziato il potenziale di incrementi di efficienza. Cfr. Commissione europea, decisione IV/30.863 – BPCL/ICI, GU L 212/, 19 luglio 1984; Commissione europea, decisione IV/31.055, *ENI/Montedison*, 4 dicembre 1986; Commissione europea, decisione IV/31.846, *Enichem/ICI*, 22 dicembre 1987.

³⁷⁸ Ad esempio, la decisione *Ford/Volkswagen* del 1992 è una delle ultime decisioni in cui la Commissione ha esplicitamente preso in considerazione gli effetti dell'accordo esaminato sull'occupazione. Sebbene la Commissione abbia ritenuto che il progetto di impresa comune tra Ford e Volkswagen, avesse l'effetto di restringere la concorrenza, essa ha esentato l'accordo a causa di molteplici effetti benefici. La Commissione, difatti, "ha preso atto del fatto" che l'investimento avrebbe creato 5.000 posti di lavoro e avrebbe indirettamente portato alla creazione di altri 10.000 posti di lavoro, oltre ad attrarre altri investimenti nel settore dell'indotto. Commissione europea, decisione IV/33.814 – *Ford/Volkswagen*, 23 dicembre 1992.

³⁷⁹ Il disallineamento europeo con le teorie economiche degli Stati Uniti è evidenziato dalla differenza di risultato dell'applicazione della normativa di concorrenza al medesimo caso di concentrazione, sottoposto sia alle autorità di concorrenza europee sia a quelle statunitensi, a causa di differenti aspetti considerati e differenti teorie del danno. In particolare, negli Stati Uniti si temeva l'aumento dei prezzi, la riduzione della qualità e il calo d'innovazione; preoccupazioni che sono state dissipate dall'accettazione con impegni da parte delle società coinvolte. In Europa, la Commissione europea non aveva considerato il danno che si sarebbe realizzato nei confronti dei consumatori, concentrandosi maggiormente con la diminuzione del numero di concorrenti nel mercato, coerente con le radici ordoliberali e dunque sulla concorrenza effettiva nel mercato interno. Inoltre, si può citare un altro episodio significativo è costituito dagli arresti che le decisioni della Commissione europea hanno subito dinnanzi al Tribunale dell'Unione, cause T-342/99 *Airtous*, T-310/01 *Shneider Electric*, T-5/02 *Tetra Laval*. Il Tribunale, adito in appello, sottolineò che la Commissione commise degli errori di valutazione di entità tale da eccedere il margine di discrezionalità di cui gode ai sensi dell'articolo 2 del Regolamento sulle Concentrazioni (Regolamento (CE) 149/2003). Sebbene il Tribunale non sia mai arrivato, come vedremo, a parlare di danno ai consumatori o del benessere dei consumatori in maniera chiara, sindacò che la teoria del danno della Commissione europea non era fondata da ragionamenti economici fondamentali. Cfr. A. WITT, *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, op. cit. pp. 12-33.

mercato, pluralismo di operatori economici, nonché di questioni politiche che orientavano l'operato *antitrust*³⁸⁰.

Tali disallineamenti costituiscono il preludio per il cambiamento di rotta, concretizzatosi nel 1999 con la nomina a Commissario europeo per la concorrenza di Mario Monti, primo economista a ricoprire questo ruolo. L'ambizione di Monti era quella di superare l'approccio legalistico al diritto della Concorrenza, *«verso uno fondato su solidi principi economici»*³⁸¹, al fine di creare una politica di concorrenza che fosse *«all'altezza delle sfide del futuro, adottando un approccio in linea con le realtà economiche e politiche, adeguando la legislazione al pensiero economico odierno»*³⁸². Negli anni '90, inoltre, il mercato interno era stato realizzato in larga misura, il che significava che l'obiettivo dell'integrazione del mercato non era più in prima linea nell'agenda politica³⁸³.

Il secondo fattore di contesto storico che ha contribuito a determinare una spinta al cambiamento è l'avvento della globalizzazione dei mercati e dell'economia, che ha inciso in modo significativo sull'evoluzione della politica *antitrust* europea.

Come dichiarato da Mario Monti nel 1999 *«oggi, in un contesto profondamente mutato dall'Unione economica e monetaria e dalla globalizzazione, non possiamo sfuggire ad una riflessione approfondita per rafforzare, semplificare e modernizzare un sistema che, per quanto ben funzionante, risente tuttavia dei suoi quarant'anni di età»*³⁸⁴. Inoltre, *«(i)n un mondo in costante globalizzazione, la difesa della concorrenza in uno spazio economico integrato, qual è l'Unione europea, deve necessariamente trovare anche la sua espressione esterna perché si possa garantire la parità di condizioni nel contesto internazionale»*³⁸⁵.

³⁸⁰ A. WITT, *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, 1a ed., Hart Publishing, Oxford, 2016, p. 11.

³⁸¹ M. MONTI, Relazione annuale, op. cit. pp. 1-3.

³⁸² A. WITT, *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, op. cit., p. 34.

³⁸³ *Ibidem*, p. 39.

³⁸⁴ Mario Monti Commissario europeo per la Concorrenza e regolazione nell'Unione europea, Convegno dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Roma, 22 novembre 1999, reperibile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/SPEECH_99_173.

³⁸⁵ Commissione europea, Relazione della Commissione XXXII, Relazione sulla politica di concorrenza 2002, SEC/2003/0467.

Infatti, la liberalizzazione degli scambi e l'apertura dei confini nazionali a nuovi competitor internazionali hanno evidenziato la necessità di fondare la disciplina della concorrenza su parametri economici oggettivi, idonei a valutare con maggiore precisione gli effetti pro competitivi o restrittivi delle pratiche aziendali. Ciò ha comportato una revisione degli strumenti tradizionali, con un progressivo ricorso ad analisi econometriche, indagini di mercato e test quantitativi per misurare l'impatto delle fusioni e degli accordi, sia orizzontali sia verticali³⁸⁶.

Tale cambiamento di approccio è stato concretizzato con l'emanazione delle linee guida concernenti l'applicazione degli articoli 101³⁸⁷ e 102³⁸⁸ del TFUE, le quali affermano, nei paragrafi iniziali, che i loro principi si basano su un approccio "economico" o più "economico", da cui è derivato un nuovo concetto di danno concorrenziale. Mentre in precedenza si tendeva a qualificare come anticoncorrenziale qualsiasi restrizione della libertà commerciale degli operatori o qualsiasi deterioramento della struttura del mercato, con l'adozione del nuovo approccio tali effetti vengono considerati rilevanti ai fini antitrust solo nella misura in cui siano idonei a generare un danno per i consumatori, ad esempio sotto forma di prezzi più elevati, riduzione della qualità, minore varietà dell'offerta o livelli di innovazione inferiori³⁸⁹.

³⁸⁶ B. E. HAWK, *Antitrust and Competition Laws*, Huntington, NY, Juris Publishing, 2020) pp. 183–208. Si veda anche E. M. FOX, D. GERARD, *EU Competition Law: Cases, Texts, and Context*, in Northampton, Edward Elgar Publishing, 2017.

³⁸⁷ Comunicazione della Commissione, Linee guida sulle restrizioni verticali, del 13 ottobre 2000, GU C 291/1, le quali sono state sostituite nel 2010 da una nuova serie di linee guida sulle restrizioni verticali, GU C 130, p. 1; Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale del 6 gennaio 2001, GU C 3/2 del 14 gennaio 2011, (recentemente sostituite dalle linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale del 14 gennaio 2011, GU C 11/1, del 2011); Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81 del trattato agli accordi di trasferimento di tecnologia, 2004, GU C, 101 p. 2; Linee direttrici per l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato, GU C 101/97.

³⁸⁸ Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE ai comportamenti abusivi di esclusione da parte di imprese dominanti, cit.

³⁸⁹ Linee guida sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, op. cit., punto 24. Si tornerà infra.

Ulteriormente, in questo senso, significativa è stata l'eliminazione dalle Linee Guida sugli accordi di cooperazione orizzontale del 2011³⁹⁰ del titolo relativo agli accordi di sostenibilità ambientale, il quale mostrava come anche interessi di natura ambientale potessero trovare spazio tra i valori presi in considerazione dal diritto della concorrenza dell'Unione europea.

Pertanto, la Commissione realizzò che mantenere un modello basato eccessivamente su valutazioni politiche o criteri "altri" (politica industriale, obiettivi ambientali) ostacolasse la possibilità di confrontarsi con i mercati globalizzati e di fornire risposte coerenti con i bisogni dei consumatori europei. Gradualmente, il concetto di "*consumer welfare*"³⁹¹, ossia l'interesse del consumatore finale in termini di prezzo, qualità e innovazione, guidato da teorie economiche, guadagnò terreno come criterio fondamentale. La centralità della struttura del mercato e la salvaguardia del processo concorrenziale vennero integrate da un esame più puntuale degli effetti reali delle pratiche aziendali, dando al diritto *antitrust* dell'UE un'impronta economica, il cd. *more economic approach*³⁹².

3.7 La modifica dell'articolo 3 del TUE e la tradizione ordoliberal

Il Trattato di Lisbona, firmato nel 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, è ben noto che abbia riformato profondamente l'architettura istituzionale dell'UE. Una delle novità più discusse fu la modifica dell'articolo 3 prima citato. Due sono le modifiche di impostazione da segnalare.

In primo luogo, nella nuova formulazione dell'attuale articolo 3 del TUE, è stato eliminato, tra gli obiettivi dell'Unione deve perseguire, «*l'istituzione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia*

³⁹⁰ Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 81 del trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale del 6 gennaio 2001, GU C 3/2 del 14 gennaio 2011, op. cit.

³⁹¹ Per una analisi puntuale si veda paragrafo infra.

³⁹² Si ritiene che tale termine sia stato utilizzato per la prima volta da M. Monti, *Speech – Reform of EC Competition Policy*, 14 November 2001, *Press Corner of the European Commission*, p. 2, «*This reform constitutes a radical overhaul of EC competition policy in this area, which will have a much more economic approach while increasing the overall level of legal security for companies*».

falsata nel mercato interno»³⁹³. Il nuovo articolo 3, paragrafo 3 del TUE pone l'accento sul mercato interno, la sostenibilità e la coesione economica e sociale, ma non menziona direttamente la creazione di un regime di concorrenza non falsata nel mercato interno³⁹⁴.

Per bilanciare la soppressione del riferimento esplicito alla concorrenza dall'articolo 3, il Trattato di Lisbona ha introdotto un apposito Protocollo n. 27 allegato ai Trattati, il quale stabilisce che «*l'Unione dispone di un mercato interno e si adopera per il bene della concorrenza leale*». In altri termini, la disciplina della concorrenza è oggi collocata in un Protocollo, il quale possiede pieno valore giuridico vincolante, poiché i protocolli allegati ai Trattati condividono la medesima forza normativa. Tuttavia, sotto il profilo simbolico e sistematico, essa risulta meno centrale rispetto a quando figurava direttamente nel corpo del Trattato³⁹⁵.

Tuttavia, si possono fare alcune considerazioni.

In primo luogo, da un punto di vista sostanziale, la tutela della concorrenza rimane invariata nel *corpus* normativo dell'UE, l'ordinamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia UE continua a considerare la concorrenza un elemento essenziale del mercato interno.

³⁹³ Si veda precedente formulazione dell'art. 3 del TCE sopra esposta.

³⁹⁴ Art. 3, par. 3, TUE, in *Trattato sull'Unione europea*, versione consolidata, GUUE C 326 del 26 ottobre 2012, p. 17. «*L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico. L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri. L'Unione rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo.*»

³⁹⁵ Politicamente, la riformulazione rispondeva a diverse pressioni: alcuni Stati membri, in particolare la Francia all'epoca, volevano evitare che la concorrenza fosse percepita come l'unico valore fondamentale, temendo un'eccessiva impronta liberista. D'altro canto, è noto come la stessa negoziazione del Trattato di Lisbona sia stata eminentemente opera della Cancelleria tedesca, la quale, a seguito del fallimento del Trattato costituzionale del 2004 avviò una serie di negoziati bilaterali con i partner europei per giungere ad una revisione complessiva dell'ordinamento sovranazionale.

In secondo luogo, la nuova formulazione dell'articolo 3, paragrafo 3 del TUE, indica che il mercato unico si basa su «*un'economia sociale di mercato fortemente competitiva*»³⁹⁶.

La perifrasi in parola racchiude due concetti contrapposti. La prima “economia sociale di mercato” è stata per la prima volta utilizzata nello scritto di Müller-Armack, frutto delle idee della scuola ordoliberalista³⁹⁷. Tale concetto, evoca l'idea di un sistema economico che miri non solo alla massimizzazione del profitto, ma che ponga attenzione anche alle esigenze delle classi più disagiate attraverso la realizzazione di adeguate strutture di protezione sociale. Accostata alla dicitura “fortemente competitiva” sembra palesarsi una contraddizione in termini, richiamando alla mente le idee liberiste che caratterizzarono lo sviluppo dell'economia statunitense a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso e che furono poste alla base della deregolamentazione normativa e della creazione di strutture capitalistiche di grandi dimensioni³⁹⁸.

Tuttavia, tale espressione, ricollegandosi ai principi dell'ordoliberalismo, rinvia all'idea di un sistema economico improntato a una marcata dimensione etico-sociale, in cui il benessere dell'individuo e la moralità delle relazioni economiche occupavano una posizione centrale³⁹⁹. Tale idea è stata descritta come una forma di libertà di mercato temperata da un principio di equilibrio sociale, nella quale la prosperità produttiva propria di un'economia capitalistica si combina con istituzioni e regole orientate alla tutela della giustizia sociale⁴⁰⁰.

Müller-Armack sostenne che l'obiettivo dell'economia sociale di mercato fosse quello di massimizzare la soddisfazione individuale: «*Here, the individual is considered the judge of their own satisfaction and is presumed to possess the most complete knowledge of the goods and services capable of achieving it. Individual satisfaction, however, also requires taking into account the distribution of income and wealth, and thus the possibility that individuals may enhance overall satisfaction by*

³⁹⁶ Tale termine, tuttavia, comparve per la prima volta nel progetto di Costituzione europea del 2004.

³⁹⁷ Si veda per una trattazione generale A. MÜLLER-ARMACK, *The Social Market Economy as an Economic and Social Order*, in *Review of Social Economy*, 1978.

³⁹⁸ G. CONTALDI, op. cit. p. 8.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 9.

⁴⁰⁰ A. MÜLLER-ARMACK, *The Social Market Economy as an Economic and Social Order*, op. cit.

*transferring resources to the less fortunate, provided that this is done in ways that do not undermine the fundamental objectives»*⁴⁰¹.

In tale prospettiva emerge già la centralità della conoscenza che i consumatori devono possedere rispetto ai beni e ai servizi cui accedono. L'attenzione si concentra, da un lato, sul ruolo attribuito all'individuo-consumatore e, dall'altro, sulla necessità di prevenire la formazione di monopoli che possano compromettere una equa distribuzione del benessere⁴⁰².

Al di là dell'introduzione formale dell'espressione "economia sociale di mercato" nel Trattato avvenuta soltanto nel 2007 è tuttavia pacifico che l'impianto stesso del mercato interno derivi da una precisa opzione ordoliberal assunta dai redattori del Trattato di Roma. Tale impostazione emerge in modo emblematico nella disciplina della concorrenza, costruita su regole rigorose volte, in primo luogo, a vietare le condotte e le strutture monopolistiche allorché esse raggiungano dimensioni tali da compromettere il corretto funzionamento del mercato⁴⁰³: nonostante la svolta verso il *more economic approach* da parte della Commissione europea, i principi ordoliberali non sono mai venuti meno, soprattutto nei giudizi di impugnazione delle decisioni in materia *antitrust* da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ A. MÜLLER-ARMACK, *The Social Market Economy as an Economic and Social Order*, op. cit.

⁴⁰² Nell'ideologia nazista erano visti come strumento di affermazione della nazione. Fu così che, per la realizzazione delle idee ordoliberali, si dovette attendere la fine della Seconda guerra mondiale. L'attuazione pratica di tali obiettivi fu eminentemente merito di due politici che ricoprirono diverse cariche pubbliche nell'immediato dopoguerra. Costoro furono Erhard (che divenne ministro delle finanze nel 1949 nel governo Adenauer e, a propria volta cancelliere, nel 1963) e Müller-Armack (al quale si fa risalire il merito di avere utilizzato in un suo scritto il termine "economia sociale di mercato"), i quali promossero una serie di riforme che contribuirono a plasmare la politica economica tedesca in termini ordoliberali. *Ibidem*.

⁴⁰³ A. MÜLLER-ARMACK, *The Social Market Economy as an Economic and Social Order*, in op. cit..

⁴⁰⁴ Come sottolinea A. C. Witt, la Corte sembra aver anzi adottato un approccio maggiormente costituzionale al diritto della concorrenza europeo; «Il principio della Corte secondo cui le regole di concorrenza devono essere interpretate "alla luce del trattato nel suo insieme" l'ha indotta a limitare l'ambito di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, del TFUE al fine di tener conto di obiettivi politici contrastanti. Secondo la giurisprudenza, non tutti gli accordi che limitano la libertà d'azione delle parti rientrano necessariamente nel divieto di cui all'articolo 101 TFUE. Piuttosto, qualsiasi valutazione sotto il profilo della concorrenza deve anzitutto stabilire il contesto generale nel quale l'accordo è stato concluso o produce i suoi effetti e, più in particolare, i suoi obiettivi. Esso deve poi esaminare se gli effetti restrittivi dell'accordo sulla concorrenza siano inerenti al perseguimento di tali obiettivi e siano proporzionati a questi ultimi. Tale principio ha indotto la Corte ad escludere gli accordi dall'applicazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE per il motivo

3.8 Gli obiettivi del diritto della concorrenza: premesse metodologiche

Dopo aver analizzato le varie fasi applicative del diritto della concorrenza europeo, è necessario procedere ad individuare i motivi politici a tale settore del diritto, dunque, quelli che sono definiti come obiettivi della politica di concorrenza e le sue finalità ultime.

La concorrenza, intesa come la sua tutela ed il suo corretto svolgimento, non è tipicamente l'obiettivo stesso di tale politica; la tutela della concorrenza è parte del processo per il raggiungimento di determinati ulteriori risultati, ovvero degli obiettivi che essa mira a perseguire. Tutelare la concorrenza in quanto tale, è un obiettivo che permette di raggiungere risultati variegati in termini di benessere.

L'individuazione di tali risultati è costruita sulla base degli obiettivi che il diritto *antitrust* si prefigge; gli obiettivi perseguiti da un *corpus* normativo, difatti, modellano il modo in cui la legge e la politica vengono attuate e applicate⁴⁰⁵.

Riprendendo con la frase emblematica scritta dal giudice Robert Bork, nella celebre opera *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, «(a)ntitrust policy cannot be made rational until we are able to give a firm answer to one question: What is the point of the law – what are its goals?... Only when the issue of goals has been settled is it possible to form a coherent body of substantive rules»⁴⁰⁶.

Ancora, «(i)t is impossible to decide whether competition law is the appropriate tool with which to correct the various perceived faults and

che essi perseguivano un obiettivo politico legittimo». A. C. WITT, *Public Policy Goals Under EU Competition Law – Now is the Time to Set the House in Order*, op. cit., p. 19. Si può osservare, infatti, come nella sentenza *Meca-Medina* la Corte di giustizia abbia ritenuto che le norme antidoping adottate dal Comitato olimpico internazionale non integrassero necessariamente una violazione dell'articolo 101, paragrafo 1, TFUE. Ciò in quanto esse perseguivano un obiettivo legittimo, la tutela della correttezza e dell'integrità delle competizioni sportive, e l'eventuale restrizione della libertà d'azione degli atleti risultava intrinsecamente connessa all'organizzazione e al regolare svolgimento dello sport agonistico. Si veda C. giust. UE, C-519/04 P, *David Meca-Medina e Igor Majcen/Commissione delle Comunità europee*, Racc. pag. I-6991, par. 45 e ss.

⁴⁰⁵ OECD, *Consumer Welfare Standard Advantages And Disadvantages Compared To Alternative Standards*, op. cit., p. 5 e ss.

⁴⁰⁶ Si veda, R. H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books, New York, 1978, p. 50.

*imperfections of markets if it is not first known what this tool is meant to accomplish»*⁴⁰⁷.

L'individuazione degli obiettivi del diritto della concorrenza costituisce il presupposto logico necessario alla domanda da cui prende le mosse questa ricerca. Solo comprendendo la natura e la funzione di tali obiettivi è possibile interrogarsi sulla possibilità di includere, nell'ambito dell'analisi *antitrust*, profili concernenti il trattamento dei dati personali e la tutela della *privacy*. Non si può, infatti, discutere della possibilità di integrare interessi ulteriori se prima non si chiarisce che cosa il diritto della concorrenza sia chiamato, e sia disposto, a proteggere.

Tale operazione, tuttavia, non si è rivelata priva di difficoltà.

In primo luogo, l'indagine sugli obiettivi del diritto della concorrenza è stata condotta facendo riferimento al tenore letterale delle disposizioni in materia di concorrenza contenute nei Trattati dell'Unione europea⁴⁰⁸. Tuttavia, come si è avuto modo di accennare poc'anzi, sebbene la tradizione ordoliberal ne abbia caratterizzato la formulazione, le disposizioni dei Trattati dedicate al diritto alla concorrenza, tra cui l'Articolo 101 TFUE e l'Articolo 102 TFUE, sono disposizioni concise, criptiche ed astratte⁴⁰⁹, le quali non presentano con chiarezza esplicita l'obiettivo che esse mirano a perseguire.

L'articolo 101 TFUE recita «*(s)ono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno*»⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ K. STYLIANOU, M. IACOVIDES, *The goals of EU competition law: a comprehensive empirical investigation*, op. cit. p. 620.

⁴⁰⁸ Per uno studio sulle origini e della filosofia dietro alcuni istituti del diritto antitrust europeo cfr. AKMAN P., *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches*, Hart Publishing, Oxford, 2012. Per uno studio simile nel diritto statunitense, cfr. R.H. BORK, *Legislative intent and the policy of the Sherman Act*, in *The Journal of Law and Economics*, 1966; J. KIRKWOOD, R.H. LANDE, *The fundamental goal of antitrust: protecting consumers, not increasing efficiency*, in *Notre Dame Law Review*, 2008, p. 191 e ss.

⁴⁰⁹ Così anche sul punto K. STYLIANOU, M. IACOVIDES, *The goals of EU competition law: a comprehensive empirical investigation*, op. cit. p. 632 e ss.

⁴¹⁰ Art. 101 TFUE.

L'articolo 102 TFUE recita «(è) incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo»⁴¹¹.

Tali articoli vengono definiti meramente “programmatici” e redatti in modo generico⁴¹². Inoltre, limitarsi al dato letterale dei Trattati negoziati negli anni Cinquanta significherebbe privare il diritto della concorrenza dell'Unione europea di una sua caratteristica essenziale: la costante evoluzione dovuta al contributo della giurisprudenza⁴¹³.

In secondo luogo, la ricerca degli obiettivi di concorrenza è stata svolta analizzando le comunicazioni della Commissione europea, la quale ha la competenza esclusiva ai sensi dell'articolo 3, primo comma, lettera d) del TFUE alla determinazione delle politiche di concorrenza in Europa⁴¹⁴. Ciò implica che la Commissione europea e, in particolare, la Direzione generale per la Concorrenza, detiene la competenza principale nella definizione delle politiche e degli indirizzi dell'azione antitrust dell'Unione. Di conseguenza, è nei suoi atti, documenti e decisioni che dovrebbe essere prioritariamente ricercata la *ratio* ispiratrice di questo settore del diritto.

Tuttavia, l'analisi di tali fonti evidenzia come gli obiettivi del diritto della concorrenza non siano espressi in modo univoco: essi mutano a seconda del documento considerato e del contesto storico di riferimento;

⁴¹¹ Art. 102 TFUE.

⁴¹²K. STYLIANOU, M. IACOVIDES, *The goals of EU competition law: a comprehensive empirical investigation*, op. cit., p. 622. Si aggiunge tra l'altro che «*But the main, and potentially fatal, shortcoming of relying on legislative intent is that 'rule decision-making is chaotic' there is no such thing as a uniform and cohesive legislative intent, rendering the concept ultimately 'a fiction'*». Cfr. sul punto R.I. NUNEZ, *The nature of legislative intent and the use of legislative documents as extrinsic aids to statutory interpretation: a reexamination*, in *California Western Law Review*, 1972, p. 128.

⁴¹³ Così come avviene nel diritto consuetudinario, anche nel diritto dell'Unione europea lo stile e il contenuto delle norme evolvono attraverso la giurisprudenza, in particolare quella prodotta dalla Corte di giustizia dell'UE. Cfr. D. MELAMED, N. PETIT, *The misguided assault on the consumer welfare standard in the age of platform markets*, 54 *Review of Industrial Organization*, 2019, pp. 741-744.

⁴¹⁴ Articolo 3, primo comma, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, «*L'Unione ha competenza esclusiva nei seguenti settori: (...), b) definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno*».

inoltre, all'interno dei medesimi atti si riscontra spesso una pluralità di finalità, talvolta tra loro potenzialmente confliggenti, senza che venga stabilita una gerarchia tra esse. In aggiunta, gli atti e gli orientamenti della Commissione europea non hanno natura giuridicamente vincolante: le Comunicazioni e le linee guida costituiscono strumenti di *soft law*. Ne consegue che non è possibile attribuire prevalenza a un obiettivo rispetto ad un altro sulla base della forza normativa dell'atto da cui promana.

Allora, la ricerca degli obiettivi del diritto alla concorrenza, si è concentrata sulle decisioni della Commissione europea, in applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE; anche in questo caso, si nota una modificazione della filosofia applicativa, a seconda del periodo storico di riferimento, guidata proprio dalle Comunicazioni della Commissione europea, emergendo una pluralità di obiettivi dichiarati e perseguiti⁴¹⁵.

Inoltre, l'indagine sugli obiettivi del diritto *antitrust* europeo è stata condotta anche attraverso l'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia, al fine di verificare se e in che misura le finalità dichiarate e perseguite dalla Commissione europea trovino conferma nelle pronunce giudiziarie. Ci si è pertanto concentrati su come tali obiettivi emergano dall'interpretazione delle disposizioni rilevanti operata dalla Corte. Anche in questo caso, i risultati hanno evidenziato una pluralità di obiettivi, pur rivelando al contempo una sostanziale coerenza di linguaggio e di impostazione di matrice ordoliberal, che sembra aver costantemente orientato il ragionamento della Corte⁴¹⁶. In alcune pronunce, tale orientamento si traduce in una presa di distanza rispetto a un eccessivo tecnicismo della Commissione europea e a un approccio eccessivamente ancorato a criteri puramente economici.

La ricerca degli obiettivi di concorrenza, infine, si è svolta tenendo conto delle dichiarazioni rese dai Commissari per la concorrenza, in

⁴¹⁵ I mutamenti degli orientamenti della Commissione europea avvenuti negli anni, si sono naturalmente tradotti nelle decisioni della Commissione; da un primo momento definito "legalista", ad un autonomo *shift* verso il "*more economic approach*", reso prevalente da parte della stessa Commissione europea e dal Commissario italiano Mario Monti, sono emersi obiettivi differenti, senza che vi sia la prevalenza di uno rispetto all'altro.

⁴¹⁶ Sulla prevalenza dell'impostazione ordoliberal C. giust. UE, cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P *GlaxoSmithKline Services and Others v Commission and Others*, ECLI: ECLI:EU:C:2009:610, par. 63; C. giust. UE, sentenza 22 gennaio 2022, T-286/09, *Intel Corp. v Commission*, ECLI:EU:T:2022:19, par. 214

occasione di discorsi politici, comunicati stampa e conferenze⁴¹⁷. Anche in questa occasione si è dimostrato un tentativo confuso, cogliendo la variazione degli obiettivi dichiarati in base al Commissario di riferimento.

Per ragioni di chiarezza espositiva, sono stati esaminati diversi modelli proposti dalla dottrina che mirano a sistematizzare gli obiettivi del diritto della concorrenza.

Tra questi, rileva l'impostazione di Bishop e Walker, i quali distinguono due macro-finalità dell'antitrust europeo: l'obiettivo di integrazione e quello economico. Il primo riguarda la promozione dell'integrazione tra gli Stati membri dell'Unione europea, come già illustrato, mentre il secondo attiene alla realizzazione di una concorrenza effettiva e non distorta⁴¹⁸.

Un ulteriore modello, è quello presentato da Stylianou e Iacovides, prendendo in considerazione le sentenze della Corte di Giustizia, le decisioni della Commissione europea, i documenti della Commissione, le dichiarazioni del Commissari nonché la letteratura, procedono ad individuare sette obiettivi differenti: l'efficienza, il benessere dei consumatori, la libertà economica, protezione dei concorrenti e scelta dei consumatori, la struttura della concorrenza, l'equità, l'integrazione del mercato unico, ed il processo concorrenziale⁴¹⁹.

Un ulteriore modello è quello elaborato da Ariel Ezrachi, il quale individua sei obiettivi del diritto della concorrenza: il benessere dei consumatori, la struttura efficace del mercato, l'equità, l'efficienza e l'innovazione, la libertà economica e la libertà di competere, nonché l'integrazione del mercato interno⁴²⁰.

Pur riconoscendo la solidità dell'approccio proposto da Iacovides e Stylianou e rilevando come il modello di Bishop e Walker risulti, per alcuni aspetti, non pienamente in linea con le più recenti evoluzioni del

⁴¹⁷ Così anche sul punto STYLIANOU K., IACOVIDES M., *The goals of EU competition law: a comprehensive empirical investigation*, op. cit.

⁴¹⁸ Si veda, S. BISHOP, M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law*, in Sweet and Maxwell, 2002.

⁴¹⁹ K. STYLIANOU, M. IACOVIDES, *The goals of EU competition law: a comprehensive empirical investigation*, op cit., p. 4.

⁴²⁰ Similmente, in A. EZRACHI, *EU Competition Law Goals and the Digital Economy*, in *Oxford Legal Studies*, Research Paper No. 17/2018.

diritto della concorrenza, questa ricerca assume quale riferimento principale la prospettiva elaborata da Ezrachi. Tale impostazione verrà analizzata criticamente e valutata in chiave evolutiva, raggruppando in modo coerente gli obiettivi e valorizzando le sfumature che essi assumono nel contesto dei mercati digitali.

Nelle sezioni che seguono verranno pertanto esaminati gli obiettivi della concorrenza alla luce del modello teorico delineato da Ezrachi. L'obiettivo dell'integrazione del mercato interno, già affrontato in precedenza, sarà tralasciato. Saranno invece analizzati gli altri obiettivi, valutando per ciascuno di essi la possibilità di includervi la protezione dei dati personali e la *privacy*, evidenziando i possibili vantaggi derivanti da tale integrazione.

3.8.1 Definizione di consumatore

Prima di affrontare i vari obiettivi, tra cui quello maggiormente discusso e considerato dominante del benessere del consumatore⁴²¹, è fondamentale definire chi sia il consumatore, essendo considerato il soggetto della tutela dell'azione di concorrenza.

Nel diritto della concorrenza – e in particolare nell'ambito degli abusi di posizione dominante – il termine “consumatori” è inteso in senso ampio. Esso comprende tutti gli utilizzatori, diretti o indiretti, dei prodotti interessati dal comportamento dell'impresa dominante: non solo i consumatori finali, ma anche i produttori intermedi che impiegano tali prodotti come fattore di produzione, così come distributori, grossisti e rivenditori al dettaglio⁴²².

⁴²¹ OECD, *The Consumer Welfare Standard - Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards*, op. cit. Nel documento dell'OECD viene operata una distinzione tra obiettivi e standard del diritto della concorrenza. Sebbene strettamente connessi, tali concetti non devono essere confusi, potendo piuttosto essere considerati come due facce della stessa medaglia. Gli obiettivi indicano il risultato finale che l'applicazione delle norme antitrust è chiamata a conseguire. Lo standard di applicazione, invece, rappresenta il criterio attraverso cui si valuta se le decisioni adottate siano coerenti con tali obiettivi: esso costituisce, in altri termini, la modalità mediante cui gli obiettivi della politica di concorrenza vengono tradotti in pratica e resi operativi.

⁴²² Così li definisce la bozza della Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione della concorrenza 2025. Nozione che rimane invariata rispetto al pregresso documento del 2009. Eppure, naturalmente,

Limitando l'analisi al consumatore in senso stretto, ossia all'acquirente di un determinato bene o servizio, esso rappresenta il soggetto finale su cui si riflettono gli effetti benefici della concorrenza e, correlativamente, gli eventuali effetti distorsivi derivanti da condotte anticoncorrenziali. Il presupposto fondamentale del diritto antitrust è che il processo competitivo e la rivalità tra imprese contribuiscano ad accrescere il benessere dei consumatori. Come affermato negli orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE (attuale 102 TFUE), «*I consumatori traggono beneficio dalla concorrenza grazie a prezzi inferiori, migliore qualità e più ampia scelta di beni e servizi nuovi o migliorati*»⁴²³. In tal senso, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha chiarito che lo scopo dell'articolo 102 TFUE consiste «*nell'evitare che i comportamenti di un'impresa che detiene una posizione dominante abbiano l'effetto, a danno dei consumatori, di ostacolare, ricorrendo a mezzi o a risorse diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza normale, la conservazione del grado di concorrenza esistente sul mercato o lo sviluppo di tale concorrenza*». Aggiunge che tale disposizione è volta a reprimere le pratiche che «*possono provocare un danno diretto ai consumatori*» e, «*quelle che li danneggiano indirettamente pregiudicando la struttura di effettiva concorrenza*»⁴²⁴.

consumatori, produttori, distributori, grossisti e rivenditori al dettaglio sono categorie diverse di soggetti con interessi differenti.

⁴²³ Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti cit. Qui si anticipa, tale impostazione permane anche nelle bozze della Comunicazione della Commissione europea che entreranno a breve in vigore al seguito dell'espletamento delle revisioni finali. Cfr. Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione della concorrenza 2025, punto 2, «*Sebbene il conseguimento di una posizione dominante nell'Unione non sia di per sé illegale, le imprese dominanti possono comportarsi in modo da falsare o pregiudicare una concorrenza effettiva, a scapito dell'interesse pubblico, degli altri operatori del mercato e dei consumatori. I danni alla concorrenza causati dal comportamento abusivo di imprese dominanti possono assumere varie forme, quali prezzi più elevati, il deterioramento della qualità di beni e servizi, la riduzione degli incentivi ad innovare o la limitazione della scelta dei consumatori*».

⁴²⁴ Sentenza della C. giust. UE, 12 maggio 2022, *Servizio Elettrico Nazionale*, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379, par. 44. Per la costante giurisprudenza sul punto, si veda: C. giust. UE, sentenze 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, 85/76, EU:C:1979:36, par. 91; C. giust. UE, 27 marzo 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, par. 24; C. giust. UE, 30

Tuttavia, qui si anticipa una questione trattata successivamente nei capitoli quarto, sesto ed ottavo. Poiché in questa ricerca si discute del diritto della concorrenza applicato ai mercati digitali, è bene definire chi sia il consumatore in tali mercati⁴²⁵.

Nei mercati digitali i consumatori sono gli utenti finali che accedono a beni o servizi digitali come i *social network*, i motori di ricerca, i sistemi operativi, i negozi *online* di prodotti e di *software* come applicazioni, per uso personale e non commerciale, accettando le *privacy policy* rispetto al trattamento dei dati personali.

Gli utenti della rete accedono ai servizi digitali in maniera gratuita in termini di esborso economico ma, al contempo, “pagano” l’accesso al servizio tramite la dazione dei propri dati personali, e quindi di una parte della propria *privacy*.

Questo porta ad affermare che, come si ha avuto modo di accennare anche nel secondo capitolo, i consumatori come acquirenti finali ai sensi del diritto della concorrenza, coincidono con i soggetti interessati dei dati ai sensi dell’articolo 4 del regolamento GDPR⁴²⁶.

Differentemente che in passato, i consumatori non si trovano in una situazione di soggezione di tipo economico rispetto ai fornitori, per l’assenza di una controprestazione pecuniaria; si trovano invece in una posizione di asimmetria informativa e di squilibrio di potere rispetto al produttore o al fornitore digitale, perché l’oggetto dello scambio non è la moneta, bensì i dati personali e l’attenzione alla piattaforma.

Anche da tali accennate riflessioni, iniziano ad emergere le prime istanze di intersezione tra i due settori del diritto⁴²⁷.

gennaio 2020, *Generics (UK) e a.*, C-307/18, EU:C:2020:52, par. 148; C. giust. UE, 15 marzo 2007, *British Airways/Commissione*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, paras. 106-107; C. giust. UE, 17 febbraio 2011, C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, EU:C:2011:83, par. 24.

⁴²⁵ F. BATTAGLIA, *Il consumatore digitale nel diritto dell’Unione europea*, op. cit., p. 267 e ss.

⁴²⁶ Si veda capitolo secondo per un approfondimento.

⁴²⁷ OECD, *The interaction between competition and democracy*, in *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 316, OECD Publishing, Paris, 2024.

3.8.2 Benessere del consumatore come obiettivo ultimo del diritto della concorrenza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

Una prima risposta sugli obiettivi di concorrenza dell'Unione è fornita dall'autorevole voce della Corte di Giustizia dell'Unione europea, la quale è ampiamente condivisa in questa ricerca.

Nel 2006, la Corte ha affermato che rispetto all'articolo 101 del TFUE, *«(s)i deve a questo proposito ricordare che le norme intese ad assicurare che la concorrenza nel mercato interno non venga falsata hanno come scopo ultimo quello di accrescere il benessere del consumatore»*⁴²⁸.

Tale finalità compare anche di recente, nella causa Servizio Elettrico Nazionale, in cui la Corte afferma, rispetto all'articolo 102 TFUE *«che il benessere dei consumatori, sia intermedi sia finali, deve essere considerato l'obiettivo ultimo che giustifica l'intervento del diritto della concorrenza per reprimere lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale del medesimo»*⁴²⁹.

Questo compare altresì nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Rantos alla medesima causa, *«(i)l benessere dei consumatori fa dunque pacificamente parte degli obiettivi contemplati da tale disposizione. La Corte ha infatti espressamente riconosciuto l'obiettivo del Trattato concernente la protezione del consumatore mediante una concorrenza non falsata. In concreto, gli interessi dei consumatori sono anche espressamente presi in considerazione all'articolo 102, lettera b), TFUE, in relazione alle pratiche cui si ricollegano le pratiche abusive escludenti, ossia limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori»*⁴³⁰.

Rispetto alla centralità del benessere dei consumatori questo assume valenza di obiettivo di concorrenza sia “mediato”, tutelato tramite

⁴²⁸ C. giust. UE, sentenza 7 giugno 2006, in cause riunite T-213/01 e T-214/01, *Österreichische Postsparkasse*, ECLI: ECLI:EU:T:2006:151, par. 115.

⁴²⁹ C. giust. UE, sentenza 12 maggio 2022, in causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, ECLI:EU:C:2022:379, par. 46

⁴³⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale A. Rantos, 9 dicembre 2021, in causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale SpA*, par. 92.

la protezione della concorrenza non falsata nel mercato interno, sul presupposto che questa generi effetti positivi sul suo benessere, sia direttamente. Difatti, sempre in Servizio Elettrico Nazionale, la Corte di Giustizia afferma che lo scopo dell'articolo 102 del TFUE è *«quello di evitare che i comportamenti di un'impresa che detiene una posizione dominante abbiano l'effetto, a danno dei consumatori, di ostacolare, ricorrendo a mezzi o a risorse diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza normale, la conservazione del grado di concorrenza esistente sul mercato o lo sviluppo di tale concorrenza»*. Aggiunge che, tale disposizione mira a sanzionare le pratiche che *«possono provocare un danno diretto ai consumatori»* e, *«quelle che li danneggiano indirettamente pregiudicando la struttura di effettiva concorrenza»*⁴³¹.

A fortiori, lo stesso Avvocato Generale Rantos, nelle medesime conclusioni prima citate, ritiene che, nel *«valutare il rapporto fra i due obiettivi considerati, e segnatamente se la salvaguardia di una struttura concorrenziale possa costituire un obiettivo autonomo, e, per questo motivo, alternativo alla protezione del benessere dei consumatori»*⁴³², tale questione debba essere conclusivamente ritenuta non corretta⁴³³.

In effetti, si sostenere tale ragionamento, sulla base di alcune argomentazioni tratte sia dalla giurisprudenza europea sia dagli orientamenti della Commissione.

⁴³¹ C. giust. UE, sentenza del 12 maggio 2022, *Servizio Elettrico Nazionale*, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379, para. 44. Per la costante giurisprudenza sul punto, si veda: C. giust. UE, sentenze del 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, 85/76, EU:C:1979:36, para. 91; del 27 marzo 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, para. 24, e del 30 gennaio 2020, *Generics (UK) e a.*, C-307/18, EU:C:2020:52, para. 148; del 15 marzo 2007, *British Airways/Commissione*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, paras. 106 e 107, e del 17 febbraio 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, para. 24.

⁴³² Conclusioni dell'Avvocato Generale A. Rantos, 9 dicembre 2021, in causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale SpA*, cit. par. 94.

⁴³³ *Ibidem*, par. 95 *«(a) tale questione deve essere data, a mio avviso, una risposta negativa»*.

In primo luogo, in conformità ad una giurisprudenza costante della Corte, l'articolo 102 TFUE, al pari dell'articolo 101 TFUE⁴³⁴, riguarda non solo le pratiche che possono provocare un danno immediato ai consumatori, ma anche quelle che arrecano loro un danno indiretto, indebolendo la struttura di effettiva concorrenza⁴³⁵.

Così facendo, la Corte, ha creato un «*nesso indissociabile fra i due obiettivi*»⁴³⁶. Infatti, la salvaguardia di una struttura di effettiva concorrenza è intrinsecamente connessa ad uno scopo ultimo, ossia la protezione dei consumatori⁴³⁷. In tal senso, scopo ultimo di tali norme dirette ad assicurare che la concorrenza non venga falsata nel mercato interno è quello di aumentare il benessere del consumatore. Logicamente, non vi è dunque alcuna ragione per proteggere il mercato concorrenziale in *abstracto* se non esiste alcun rischio (reale o potenziale) di pregiudizio dei consumatori⁴³⁸.

In secondo luogo, in conformità alla giurisprudenza più recente della Corte, il pregiudizio dei consumatori costituisce un elemento indispensabile all'attuazione dell'articolo 102 TFUE⁴³⁹. Infatti, nella sentenza *Post Danmark I*, la Grande Sezione della Corte ha rammentato

⁴³⁴ Si veda C. giust. UE, *Europemballage Corporation e Continental Can Company*, C-6/72, ECLI:EU:C:1973:22, par. 25; C. giust. UE, sentenza 6 ottobre 2009, in causa C-501/06 P, *Commissione/GlaxoSmithKline*, EU:C:2009:610, par. 63.

⁴³⁵ V., in tal senso C. giust. UE, *Europemballage Corporation e Continental Can Company*, C-6/72, ECLI:EU:C:1973:22, par. 26; C. giust. UE, sentenze del 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, 85/76, EU:C:1979:36, par. 125; C. giust. UE, 15 marzo 2007, *British Airways/Commissione*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, par. 106-107; C. giust. UE, sentenza 2 aprile 2009, C-202/07 P, *France Télécom/Commissione*, ECLI:EU:T:2009:214, par. 105; C. giust. UE, sentenza 14 ottobre 2010, C-280/08 P *Deutsche Telekom v Commission*, ECLI:EU:C:2010:603, par. 176; C. giust. UE, sentenza 7 febbraio 2011, C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83, par. 24; C. giust. UE, sentenza 27 marzo 2012, C-209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet* ECLI: ECLI:EU:C:2012:172, par. 20.

⁴³⁶ ⁴³⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale A. Rantos, 9 dicembre 2021, in causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale SpA*, cit. par. 96.

⁴³⁷ V., in tal senso, Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott, 19 febbraio 2009, in causa T-Mobile Netherlands e a., C-8/08, EU:C:2009:110, par. 71; C. giust. UE, sentenza 7 giugno 2006, in causa T-213/01 e T-214/01, *Österreichische Postsparkasse*, cit. par. 115. Si veda anche, Tribunale dell'Unione europea, sentenza 14 dicembre 2006, in cause riunite T-259/02 a T-264/02 e T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, e, und Bank für Arbeit und Wirtschaft/Commissione*, EU:T:2006:151, par. 115 e 99. In tale sentenza, la Corte rileva come, nell'ambito dell'articolo 101 TFUE, tale scopo ultimo emerge dalla lettera dell'articolo 101, paragrafo 3, TFUE.

⁴³⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale A. Rantos, 9 dicembre 2021, in causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale SpA*, cit. par. 96.

⁴³⁹ *Ibidem*, par. 97.

che tale articolo riguarda i comportamenti di un'impresa in posizione dominante i quali *«abbiano, a danno dei consumatori, l'effetto di impedire, mediante il ricorso a mezzi diversi da quelli che reggono una normale competizione (...), il mantenimento del livello di concorrenza esistente sul mercato»*⁴⁴⁰. Analogamente, nella sentenza Intel, sempre la Grande Sezione della Corte ha confermato tale approccio, mettendo in evidenza l'imprescindibilità della protezione dei consumatori in sede di applicazione delle norme in materia di abuso di posizione dominante. Infatti, essa ha ricordato che *«la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti e quindi meno interessanti per i consumatori, segnatamente dal punto di vista dei prezzi, della scelta, della qualità o dell'innovazione»*⁴⁴¹. Sembra dunque che, il benessere dei consumatori, costituisca l'obiettivo ultimo che giustifica l'intervento del diritto della concorrenza in materia di pratiche di esclusione.

In terzo luogo, il ruolo essenziale della protezione dei consumatori risulta parimenti dal fatto che, poiché l'articolo 102 TFUE non sancisce una deroga equivalente a quella fissata all'articolo 101, paragrafo 3, TFUE, la Corte ha stabilito che i vantaggi in termini di efficienza possono parimenti neutralizzare la nocività di un comportamento abusivo, nella misura in cui i vantaggi vengono trasferiti sui consumatori. Infatti, è possibile per un'impresa in posizione dominante giustificare attività che possono incorrere nel divieto di cui all'articolo 102 TFUE dimostrando, segnatamente, che *«l'effetto preclusivo che ne deriva può essere controbilanciato, o anche superato, da vantaggi in termini di efficienza che vanno anche a beneficio del consumatore»*⁴⁴².

In quarto luogo, tale prevalenza della tutela del benessere dei consumatori sembra essere coerente con la prassi decisionale della Commissione, secondo la quale la protezione dei consumatori costituisce

⁴⁴⁰ C. giust. UE, sentenza 27 marzo 2012, C-209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet* ECLI: ECLI:EU:C:2012:172, par. 24

⁴⁴¹ C. giust. UE, sentenza 22 gennaio 2022, T-286/09, *Intel Corp. v Commission*, ECLI:EU:T:2022:19, par. 134.

⁴⁴² C. giust. UE, sentenza 27 marzo 2012, C-209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet* ECLI: ECLI:EU:C:2012:172, par. 40-41, C. giust. UE, sentenza 22 gennaio 2022, T-286/09, *Intel Corp. v Commission*, ECLI:EU:T:2022:19, par. 140.

il leitmotiv di ogni applicazione dell'articolo 102 TFUE⁴⁴³ e del diritto della concorrenza in generale⁴⁴⁴.

Una interpretazione – parzialmente – differente della Corte, invero, semplifica gli oneri probatori rispetto al danno del benessere dei consumatori da parte delle autorità di concorrenza. In particolare, nella sentenza *Intel/Commissione*, «[l]a Commissione non è tenuta a dimostrare né un danno diretto ai consumatori né un nesso di causalità tra tale danno e le pratiche di cui trattasi nella decisione controversa (...) [articolo 102 TFUE] riguarda non solo le pratiche che possono arrecare direttamente un danno ai consumatori, ma anche a quelli che sono loro dannosi a causa del loro impatto su una struttura della concorrenza efficace»⁴⁴⁵.

3.8.3 La nozione economica di benessere del consumatore

Una volta accertata la centralità del benessere dei consumatori nel diritto della concorrenza europeo, occorre interrogarsi su cosa debba intendersi, esattamente, per benessere dei consumatori?

Il termine “benessere dei consumatori”, o per lo meno il suo risalto nel diritto *antitrust*, viene generalmente individuato a metà degli anni Sessanta negli Stati Uniti, per opera della Scuola di Chicago⁴⁴⁶.

⁴⁴³ Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, 2009/C 45/02, del 24.02.2009, par. 5 e 6.

⁴⁴⁴ Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato (2004/C 101/08), par. 13, «L'obiettivo dell'articolo 81 è tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'allocazione efficiente delle risorse. La concorrenza e l'integrazione del mercato contribuiscono entrambe alla realizzazione di tali obiettivi, in quanto la creazione e il mantenimento di un mercato unico aperto promuovono un'allocazione efficiente delle risorse nell'intera Comunità, a vantaggio dei consumatori». Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni non orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (2008/C 265/07) del 18.10.2008, par. 16. Parimenti, discorso della commissaria N. Kroes del 15 settembre 2005, intitolato «European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices», nell'ambito dell'«European Consumer and Competition Day».

⁴⁴⁵ C. giust. UE, sentenza 22 gennaio 2022, T-286/09, *Intel Corp. v Commission*, ECLI:EU:T:2022:19, par. 105. C. giust. UE, sentenza 27 marzo 2012, C-209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet* ECLI: ECLI:EU:C:2012:172, par. 20; C. giust. UE, sentenza 7 febbraio 2011, C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83, par. 24.

⁴⁴⁶ H. HOVENKAMP, *The Antitrust Text*, in *Indiana Law Journal*, 2023; E. FOX, *Against Goals*, in *Fordham Law Review*, 2018; W. E. KOVACIC, *The Chicago Obsession in the Interpretation of US Antitrust History*, in *University of Chicago Law Review*, Vol. 87: Iss. 2, Article 7, 2020; L. KHAN, *The Ideological Roots of America's Market Power Problem*, in *The Yale Law Journal Forum*, 2018.

Ci si potrebbe attendere, pertanto, che l'analisi del concetto di benessere dei consumatori prenda avvio da una ricostruzione delle sue radici statunitensi, per poi approdare al suo progressivo allineamento con l'ordinamento europeo, che – nell'ottica del cosiddetto *more economic approach* – avrebbe dovuto recepirne l'impostazione. E tuttavia, così non è⁴⁴⁷.

Sebbene la formula *consumer welfare* compaia effettivamente nell'opera dell'Autore e Giudice Robert Bork⁴⁴⁸ e fatto proprio dalla giurisprudenza successiva⁴⁴⁹, in realtà con l'esportazione di tale termine nel continente, esso ha perso in suo significato assumendone uno differente⁴⁵⁰ (sebbene maggiormente vago).

Per tale ragione, ci si concentrerà qui sul concetto di benessere dei consumatori in Europa, prescindendo dalle radici oltreoceano, lasciando la trattazione sul punto, nel paragrafo successivo.

Come commentò Werden, «(...)most would agree that the proper enforcement of the antitrust laws focuses on consumer welfare. But the superficial consensus on this point masks a deep disagreement about what

⁴⁴⁷ Su tutti, R. PARDOLESI, *Tutto (o quasi) quel che avreste voluto sapere sul principio del consumer welfare in diritto antitrust*, in *Rivista Orizzonti del diritto commerciale*, 2021, par. 1.2. «Nondimeno, nel tempo, l'attenzione agli effetti è percolata nel sistema, per canali vari; e si è potuta ravvisare, in pronunciamenti recenti, una 'maturazione' del paradigma efficientistico, ancora lontana, però, da un avallo pieno. Quanto basta per suggerire una conclusione, ancora interinale, del seguente tenore: mentre non è dato prescindere dall'approccio economico, una piena conversione continentale al CW – per meglio dire, a quanto esso implica nell'orientare l'applicazione del diritto della concorrenza – incontra ancora resistenze, neppure clandestine; quando non appare persino smentita da talune sortite di vertice, come la determinazione emersa nell'emergenza da Covid-19, con la quale la Commissione mostra di coltivare priorità diverse da quella della lotta ai cartelli in quanto nocivi in massimo grado per il benessere dei consumatori.»

⁴⁴⁸ R. H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books, New York, 1978; R. H. BORK, *The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division*, in *Yale L. J.*, 74, 1965, 775, 832. In questo caso R. Bork sosteneva che l'“ultimate value”, il valore supremo della disciplina *antitrust*, sia la “consumer want satisfaction”, che elevava a criterio guida la repressione delle pratiche volte a ridurre l'*output*, quantità prodotta. Cfr. R. PARDOLESI, *Tutto (o quasi) quel che avreste voluto sapere sul principio del consumer welfare in diritto antitrust*, in *Rivista Orizzonti del diritto commerciale*, 2021, par. 1.2.

⁴⁴⁹ Una prima forma a tale concetto emerge a livello giurisprudenziale nel 1979 nel caso *Reiter v. Sonotone*, della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, nel quale emerge come la normativa americana del diritto alla concorrenza, lo *Sherman Act*, sia una normativa che tutela come obiettivo ultimo il benessere dei consumatori, inteso in senso puramente economico. Difatti, si sostiene che «(C)onsumers who pay a higher price for goods purchased for personal use as a result of antitrust violations sustain an injury in their property» U.S. Supreme Court, *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330 (1979), para 4., p. 345.

⁴⁵⁰ Si veda il paragrafo successivo.

*'consumer welfare' means and especially about what policies best to promote it*⁴⁵¹. È dunque sorprendente affermare che il significato di benessere dei consumatori, dichiarato come finalità ultima del diritto della concorrenza dagli anni '90, rimanga tutt'oggi indefinito⁴⁵².

A quasi trent'anni dalla comparsa di tale concetto nel vocabolario della *DG competition*⁴⁵³, questo rimane contornato da vaghezza definitoria.

Ciò appare emblematico, soprattutto considerando che tra le ragioni per le quali tale concetto fu introdotto, vi era la necessità di chiarezza, razionalità e uniformità nell'ambito del diritto della concorrenza facendo proprie concezioni e teorie economiche⁴⁵⁴.

Il concetto affonda innegabilmente le sue radici nei concetti economici, ma fu successivamente traslato in una dimensione politica, privo di una codificazione legislativa sia del suo contenuto, sia dei suoi limiti.

Come vedremo successivamente, vi sono le comunicazioni della Commissione europea, atti di *soft law*, che ne danno una definizione dei suoi attributi, sebbene non dirimente, né rigida. Dunque, questo vale ad affermare che, la sua mancanza di definizione, determinerebbe la possibilità di una sua modifica e, dunque una non immutabilità.

Il suo significato economico è ben spiegato nel glossario redatto dall'OECD:

«Consumer welfare refers to the individual benefits derived from the consumption of goods and services. In theory, individual welfare is defined by an individual's own assessment of his/her satisfaction, given prices and income. Exact measurement of consumer welfare therefore requires information about individual preferences. In practice, applied welfare economics uses the notion of consumer surplus to measure

⁴⁵¹ G. WERDEN, *Essays on Consumer Welfare and Competition Policy*, op. cit. p. 5.

⁴⁵² Tra i molti a sostenere questa visione V. DASKALVOLA, *Consumer Welfare in EU Competition Law: What Is It (Not) About?*, in *The Competition Law Review*, 2012, Volume 11, pp. 131 e ss.

⁴⁵³ Il primo riferimento a tale criterio è relativo al Libro verde sulle restrizioni verticali, *Commission (EU) Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy*, COM (96) 721 final, 22 January 1997, p. 17.

⁴⁵⁴ Questo non è mutato neppure alla luce del processo di decentralizzazione o "modernizzazione" del diritto della concorrenza avvenuto nel 2004, con l'entrata in vigore del regolamento CE 1/2003. Si veda D. GERBER, *Two Forms of Modernization in European Competition Law*, in *Fordham International Law Journal*, 2008, pp. 1253-1254.

*consumer welfare. When measured over all consumers, consumers' surplus is a measure of aggregate consumer welfare. In antitrust applications, some argue that the goal is to maximize consumers' surplus, while others argue that producer benefits should also be counted*⁴⁵⁵.

Un'ulteriore nozione entra nelle maglie di tale definizione, che è quella di *consumer surplus*. Il glossario dell'OECD ne fornisce la seguente definizione: «*Consumers' surplus is a measure of consumer welfare and is defined as the excess of social valuation of product over the price actually paid. It is measured by the area of a triangle below a demand curve and above the observed price*»⁴⁵⁶. Il *surplus* dei consumatori è dunque il suo benessere, viene tradizionalmente spiegato come la «*differenza tra quanto i consumatori sarebbero disposti a pagare per un bene e quanto in realtà hanno dovuto pagare*»⁴⁵⁷, altrimenti nota come disponibilità a pagare (*willingness to pay*, indicato con l'abbreviativo *WTP*).

Quindi, in economia, il “benessere” è il “*surplus*” di ricchezza attribuita al consumatore, che spesso è utilizzato come sinonimo di *consumer welfare*. Il *consumer welfare*, altrimenti detto benessere del consumatore, comprende la nozione di *consumer surplus* al fine di misurare il *consumer welfare*.

Proseguendo nel Glossario, si legge che «*Consumers' surplus is a widely used measure of consumer welfare because it only requires information on the demand curve (prices and quantities)*»⁴⁵⁸ e, dunque, il benessere del consumatore in termini economici.

Nell'ambito del diritto della concorrenza, il benessere del consumatore risulta tutelato da una situazione di concorrenza perfetta nei mercati, sulla base della teoria economica neoclassica⁴⁵⁹. In questi termini,

⁴⁵⁵ R. S. KHEMANI, D. M. SHAPIRO, *OECD Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, in *OECD Glossary of Statistical Terms*, 1993, p. 29.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 28.

⁴⁵⁷ S. ALBAEK, *Consumer Welfare in EU Competition Policy*, in NEERGAARD, POULSEN, HEIDE-JØRGENSEN, BERGQVIST, *Aims and Values in Competition Law*, Hart Publishing, Copenhagen, 2013, pp. 67-88.

⁴⁵⁸ R. S. KHEMANI, D. M. SHAPIRO, *OECD Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, in *OECD Glossary of Statistical Terms*, op. cit. p. 28.

⁴⁵⁹ Si veda sul punto, R. JUST, D. HUETH, A. SCHMITZ, *Applied Welfare Economics and Public Policy*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, N.J., 1982, capitoli 5 e 6.

la concorrenza effettiva tra le imprese, che si basa sui meriti della condotta di mercato, permette di aumentare il benessere del consumatore. Pertanto, questo aumenta quando i prezzi sono bassi e con conseguente aumento della sua ricchezza (il *surplus*); un danno, per converso, si realizza quando i prezzi aumentano.

Pertanto, se l'*enforcement* delle regole di concorrenza è deputato sia direttamente che indirettamente a tutelare tale benessere del consumatore, la lesione legittimerebbe l'attivazione del suo intervento.

Tuttavia, il benessere del consumatore è stato inteso dalla Commissione europea in modo sostanzialmente più ampio; sembra dunque essersi allontanato da una mera concezione economica, inglobando via via altri aspetti.

I vantaggi della concorrenza tra imprese, infatti, non sono solamente prezzi più bassi, ma anche da prodotti e servizi qualitativamente migliori, una scelta più ampia e una maggiore efficienza, a differenza di quella che si verificherebbe in condizioni di monopolio.

La Commissione europea elabora, nelle sue linee guida, una definizione di benessere dei consumatori; nel contesto dell'articolo 102 TFUE, la Commissione rileva che la sua attività di applicazione delle norme mira a prevenire «*un impatto negativo sul benessere dei consumatori, sotto forma di livelli dei prezzi più elevati di quelli che sarebbero altrimenti prevalsi o in altre forme, quali la limitazione della qualità o la riduzione della scelta dei consumatori*»⁴⁶⁰.

Il problema è che la rilevanza della qualità e della scelta venga riportata ad una valutazione sulla base di presupposti legati al prezzo. Difatti, nel tentativo di trasformare queste ulteriori dimensioni in parametri di riferimento misurabili, le autorità garanti della concorrenza li hanno spesso ravvicinati attraverso l'uso del parametro di riferimento per il *surplus* dei consumatori. Il prezzo è dunque visto come *proxy*⁴⁶¹ su

⁴⁶⁰ Si veda Commissione europea, decisione COMP/C-3/37.792, *Microsoft*, 23 Aprile 2004; Commissione europea, decisione COMP/39.530, *Microsoft Tying*, 16 dicembre, 2012; Commissione europea, decisione AT.39.740, *Google Search (Shopping)* del 27 giugno 2017.

⁴⁶¹ V. I. DASKALOVA, *Consumer Welfare in EU Competition Law: What is It (Not) About?*, in *The Competition Law Review* Vol. 11, in *TILEC Discussion Paper*, 2015, p. 141. Per la spiegazione sulla nozione di *surplus* e sul collegamento con il concetto di consumer welfare elaborato da Bork, si veda

cui valutare le varie massimizzazioni di benessere del consumatore, anche in termini di qualità o di innovazione e, in generale, in termini di efficienza⁴⁶².

In questi aspetti si può cogliere la critica al benessere del consumatore che lo definisce come eccessivamente ristretto⁴⁶³.

È importante notare la potenziale discrepanza tra la dimensione astratta che riecheggia l'uso del termine benessere e la sua dimensione ristretta adottata nel diritto della concorrenza; i parametri economici più ristretti del *surplus* del consumatore, sono utilizzati per approssimare una visione di benessere che riflette solo parzialmente l'intero spettro degli effetti sul più ampio concetto di benessere⁴⁶⁴.

Come già ricordato, inoltre, nei mercati digitali, non vi è una controprestazione in termini pecuniari; non si ha alcuna transazione economica che si perfeziona tra il consumatore e la piattaforma digitale,

B. Y. ORBACH, *The Antitrust Consumer Welfare Paradox*, in *Journal of Competition Law & Economics*, p. 133 e ss.

⁴⁶² Nella decisione della Commissione *Hutchison 3G Austria/Orange Austria* (COMP/M.6497), l'esecutivo ritiene che «Prima dell'addebito, la parte notificante non ha sollevato una difesa formale dell'efficienza, ma ha sostenuto che la transazione proposta avrebbe consentito a H3G di aumentare il ruolo che svolge come forza competitiva sul mercato. ... Inoltre, la parte notificante ha sostenuto che, in generale, nei mercati oligopolistici con economie di scala, una riduzione del numero di concorrenti può aumentare il benessere dei consumatori. La Commissione non lo contesta. Tuttavia, se un tale aumento del benessere dei consumatori dovesse concretizzarsi, dovrebbe essere sulla base dell'efficienza. Ai sensi degli orientamenti orizzontali, la prassi della Commissione consiste nel valutare gli incrementi di efficienza come fattore di compensazione e l'onere della prova spetta alle parti dell'operazione proposta per stabilire l'esistenza e l'importanza degli incrementi di efficienza ai fini del necessario livello di prova».

⁴⁶³ I. LIANOS, *Polycentric Competition law*, op. cit., p. 15, «By viewing how competition authorities have dealt with policy domains that were initially thought of as separate from the traditional focus of competition law on consumer welfare, it may be possible to re-evaluate this argument. In conclusion, even if competition law has moved to a more economic approach focusing on the effects of a specific conduct of consumers, the methodology employed to assess these effects is inspired by monocentricity, to the extent that the theoretical framework is denuded of any reference to the social, cultural, or political nature of the interaction, and is performed on the basis of a largely axiomatic conception of the welfare of the consumers of a relevant market using a narrow price-related revealed preferences approach».

⁴⁶⁴ A. C. WITT, *Public Policy Goals Under EU Competition Law – Now is the Time to Set the House in Order*, op. cit., p. 2, «When the Commission introduced the more economic approach to EU competition law in the early 2000s, it adopted the view that the competition rules should be interpreted as aiming at the enhancement of consumer welfare exclusively. Consequently, it adapted not only its concept of competitive harm, but also its understanding of what type of advantage may be taken into consideration as countervailing factors in competitive assessments. Having previously taken into account a broad range of socially desirable effects, it reduced the type of eligible benefit to consumer-welfare enhancing efficiencies».

rendendo tale criterio impraticabile. Ad essere prevalente, non è una concorrenza sui prezzi, ma una concorrenza sulla qualità dei servizi, i quali, anche in questo caso non si possono declinare in termini economici, quando questa risulta essere riferibile, tra gli altri, proprio ai livelli di protezione dei dati personali offerta⁴⁶⁵.

Proprio a tale riguardo, si vuole qui sostenere che la comprensione del benessere dei consumatori informata dagli elementi esclusivamente economici, da cui discende che l'unico obiettivo che la politica di concorrenza dovrebbe perseguire sia una massimizzazione del *surplus* economico del consumatore, sia parzialmente lacunosa.

Questa non dovrebbe essere l'unica modalità di comprensione del "benessere", poiché, tale monismo definitorio tralascia la riconduzione, all'interno di tale concetto, di valori che pure possono comporre la nozione di benessere dei consumatori del diritto della concorrenza, esclusivamente nel caso in cui questi possano essere lesi da dinamiche di mercato.

Pertanto, l'affermazione secondo cui il benessere economico del consumatore è l'unico obiettivo che la politica della concorrenza dovrebbe cercare di proteggere, escludendo questioni non di prezzo, viene messa in discussione in quanto non considera il significato del benessere dei consumatori, o del benessere, e quali aspetti ciò comporta, un pensiero che sarà ulteriormente sviluppato nel capitolo sesto, partendo dalla critica a tale approccio. Un ampliamento del concetto di benessere risulterà cruciale per l'intervento nei mercati digitali, per affrontare pratiche di sfruttamento e di esclusione, qualificandosi come prisma attraverso il quale si possono considerare effetti più ampi che possono danneggiare i consumatori⁴⁶⁶.

3.8.4 Benessere totale ed efficienza allocativa

Per comprendere la nozione di benessere del consumatore, è imprescindibile procedere ad una analisi compiuta di un altro concetto economico del diritto della concorrenza, con cui questo viene spesso confuso o accompagnato. Se si prosegue nella lettura del Glossario

⁴⁶⁵ Si tornerà su questo punto nel capitolo quarto.

⁴⁶⁶ A. EZRACHI, *EU Competition Law Goals and the Digital Economy*, op. cit., p. 4.

dell'OECD sopra menzionata, alla voce del benessere del consumatore, ci si accorge di un particolare piuttosto emblematico: «*In anti-trust applications, some argue that the goal is to maximize consumers' surplus, while others argue that producer benefits should also be counted*»⁴⁶⁷.

Nella disciplina del diritto della concorrenza, mentre alcuni sostengono che l'obiettivo consista nella tutela del consumatore e dunque del suo *surplus* economico, altri ritengono che questo debba mirare alla tutela *anche* del benessere dei produttori, cd. *surplus* dei produttori⁴⁶⁸. Come anche evidenziato nel paragrafo dedicato alla definizione di consumatori quali soggetti tutelati dal diritto della concorrenza, si menzionano non soltanto i consumatori finali dei beni e servizi ma, anche, i produttori.

Il *surplus* dei produttori consiste nella differenza tra il costo di produzione ed i profitti della vendita che i produttori ricevono⁴⁶⁹; in altre parole, è definito come la sommatoria di tutti i profitti realizzati dai produttori di un determinato settore⁴⁷⁰. Secondo tale concezione, «*anche i benefici riferibili ai produttori devono essere considerati*»⁴⁷¹.

Gli economisti potrebbero considerare come alternativa alla misura del *welfare*, il cd. *total welfare* o *total surplus*, o *economic welfare* o anche solo *welfare*, efficienza allocativa o benessere totale.

Il *total welfare* coincide con una situazione di efficienza allocativa che esprime una situazione in cui sia il *surplus* del produttore che quello del consumatore sono massimizzati⁴⁷². L'efficienza allocativa, definibile

⁴⁶⁷ R. S. KHEMANI, D. M. SHAPIRO (eds), *OECD Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, op. cit. p. 29.

⁴⁶⁸ Il benessere totale aumenta quando, diminuisce ad esempio il benessere del consumatore, se i profitti dei produttori aumentano più della riduzione del benessere del consumatore.

⁴⁶⁹ R. BERGH, *The More Economic Approach in European Competition Law: Is More Too Much or Not Enough?*, a cura di KOVAC e VANDENBERGHE, *Economic Evidence in EU Competition Law*, 2016, p. 17.

⁴⁷⁰ M. MOTTA, *Competition Policy: History, Objectives, and the Law*, in *Competition Policy: Theory and Practice*, in Cambridge University Press, 2004, pg. 18.

⁴⁷¹ R. S. KHEMANI, D. M. SHAPIRO (eds), *OECD Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, op. cit., p. 29.

⁴⁷² Al contrario, i monopoli generano perdite di benessere e producono effetti distributivi indesiderati. In presenza di prezzi monopolistici, i consumatori sono costretti a pagare un prezzo più elevato per i beni o servizi, con un conseguente trasferimento di una quota del loro surplus a favore del monopolista. Inoltre, quest'ultimo interrompe la produzione quando il costo marginale supera il ricavo marginale: ciò implica che i consumatori disposti a pagare un prezzo superiore per ulteriori

anche efficienza di Pareto, si riferisce all'allocazione efficiente delle risorse, di modo tale che non sia possibile migliorare la condizione di un gruppo aggregato di agenti senza peggiorare la condizione dell'altro⁴⁷³. In tale situazione, si presume che i beni e servizi siano prodotti in maniera più efficiente possibile⁴⁷⁴.

Il benessere totale e dunque l'efficienza allocativa, si ottengono in un mercato perfettamente competitivo, quando le imprese producono ciò che gli acquirenti vogliono e che sono disposti a pagare al prezzo offerto al consumo da parte dell'impresa, ottenendo dei profitti.

La prima reazione istintiva di un economista potrebbe essere quella di preferire, per l'*enforcement* delle norme di concorrenza, il benessere totale piuttosto che quello del consumatore⁴⁷⁵. Infatti, l'obiettivo dell'economista è quello di «rendere la torta più grande possibile e poi lasciare alla politica il compito di decidere come dividere la torta»⁴⁷⁶. Alcuni autori affermano che il diritto della concorrenza debba massimizzare il benessere totale, criticando l'accettazione dell'obiettivo del benessere del consumatore. I sostenitori di questa teoria ritengono che qualora sia necessario svolgere una redistribuzione della ricchezza per migliorare la condizione dei consumatori, allora questa dovrebbe essere compiuta non perseguendo politiche individuali con obiettivi redistributivi, come lo è il diritto della concorrenza, ma, tramite politiche pubbliche o sistemi di *welfare*⁴⁷⁷.

unità del bene non riescono comunque ad acquistarlo. Ne deriva una situazione in cui il produttore non ottiene ulteriori profitti, mentre i consumatori subiscono una perdita di ricchezza. Tale inefficienza complessiva prende il nome di *deadweight loss* (o perdita secca).

⁴⁷³ M. MOTTA, *Competition Policy: History, Objectives, and the Law*, in *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press, 2004, pg. 18.

⁴⁷⁴ R. S. KHEMANI, D. M. SHAPIRO (eds), *OECD Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, op. cit, p. 65.

⁴⁷⁵ Cfr. W. KERBER, *Should competition law promote efficiency? some reflections of an economist on the normative Foundations of competition law*, op. cit.

⁴⁷⁶ Cfr. S. ALBAEK, *Consumer Welfare in EU Competition Policy*, op. cit.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 71. L'autore riporta la critica, trasportandola al diritto della concorrenza ritenendo che "questa linea di ragionamento direbbe che è sbagliato favorire i consumatori attraverso la politica di concorrenza, piuttosto che rendere massimizzare il benessere sociale". Un altro argomento a favore del benessere totale, anche se correlato, è che «in western societies, companies are more and more owned by investment and pension funds. This means that the division between consumers and producers is false – or at least blurred – since consumers are also producers (through their investments) and producers are also consumers (possibly in other markets). In such a confused scenario, the argument goes, even if there are valid reasons for redistribution, it seems difficult to

Spesso, nelle dichiarazioni della Commissione europea, l'efficienza allocativa viene indicata insieme all'obiettivo del benessere dei consumatori, come obiettivo del diritto della concorrenza⁴⁷⁸, i quali, alla luce delle predette distinzioni, devono essere considerati distinti e, prettamente inconciliabili. Nel contesto dell'articolo 101 TFUE, la Commissione ricorda che «[l]e regole di concorrenza comunitarie hanno lo scopo di tutelare la concorrenza sul mercato quale mezzo per migliorare il benessere dei consumatori e garantire un'efficace allocazione delle risorse»⁴⁷⁹.

Se si predilige il benessere del consumatore, ciò che l'*antitrust* deve tutelare è il solo *surplus* del consumatore; per converso, se si sostiene il benessere totale e l'efficienza allocativa, allora si tutela anche il *surplus* dei produttori. Tutto questo, dipende dallo standard di concorrenza che una giurisdizione segue. In generale, tuttavia, due obiettivi hanno dominato il dibattito e in effetti più ampiamente accademico e la politica moderna. Tuttavia, rileva qui affermare che sebbene sia vero affermare che il benessere dei consumatori e l'efficienza allocativa, questi non sono mutualmente escludenti, ciò dipende difatti dalla fattispecie concreta di riferimento e dalla portata lesiva della condotta della dominante e sul soggetto danneggiato.

Al di là di questo dibattito, che non rientra all'interno dei confini di questa ricerca, quando si parla di benessere totale e benessere dei consumatori, si ritorna qui sulla genesi del concetto di benessere dei consumatori di Robert Bork, analizzando, seppur brevemente, il malinteso economico-letterario che permette di comprendere perché l'adesione al concetto originario di *consumer welfare* statunitense da parte dell'Unione non sia così chiaro e lineare; anzi, forse, tale adesione non si è ancora verificata.

achieve anything meaningful through the crude categories of 'consumers' and 'producers' used in competition policy cases». Si rimanda alla trattazione dell'Autore per una disamina delle critiche, poiché non è questo il luogo di ripercorrere la lunga critica che ha accompagnato il diritto della concorrenza sulla scelta tra benessere dei consumatori e benessere totale.

⁴⁷⁸ R. S. KHEMANI, D. M. SHAPIRO, *OECD Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, op. cit. p. 29.

⁴⁷⁹ Comunicazione della Commissione. Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato cit., par. 13 e par. 33.

A partire dal noto attacco del giudice Robert Bork contro l'*antitrust* populista della Corte Warren negli Stati Uniti e la sua affermazione, insieme ad altri membri della scuola di Chicago, che l'*antitrust* dovrebbe tutelare l'efficienza economica, considerato come lo *standard* di *consumer welfare*, come unico obiettivo⁴⁸⁰, una pletora di articoli accademici e libri negli Stati Uniti hanno sfidato o sostenuto questa tesi, avanzando diversi quadri teorici rispetto agli obiettivi dell'*antitrust*⁴⁸¹. La nozione di benessere dei consumatori e la sua celebrità nei sistemi giuridici di concorrenza, trae le sue origini all'opera monolitica di Bork, che continua a fornire conoscenza in materia a studiosi di concorrenza sia americani sia europei, sin dalla fine degli anni 60⁴⁸². L'Autore nei suoi scritti utilizza il termine *consumer welfare*, a cui però attribuisce un significato differente nelle sue argomentazioni. L'A. parlando di *consumer welfare* in realtà si riferisce alla massimizzazione del benessere totale, e dunque dell'efficienza allocativa, considerando parte di tale benessere tanto i

⁴⁸⁰ R.H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, op. cit.

⁴⁸¹ La letteratura sul tema si veda R. BLAIR, D. SOKOL *The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach*, in *Antitrust Law Journal*, 2012, pp. 471-504; H. J. HOVENKAMP, *Distributive Justice and Consumer Welfare in Antitrust*, 2011. J. B. KIRKWOOD, R.H. LANDE, *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*, in *Notre Dame Law Review*, 2008, pp. 191-243; B. ORBACH, *The Antitrust Consumer Welfare paradox*, op. cit. 133-164; R. PITOFKY, *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, in *Oxford University Press*, 2008; M. STUCKE, *Reconsidering Antitrust's Goals* *Boston College Law Review* 2012, pp. 551-629; J. WRIGHT, *Abandoning Antitrust Chicago Obsession: The Case for Evidence-Based Antitrust*, in *Antitrust Law Journal*, 2012, pp. 241-271.

⁴⁸² R.H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, op. cit. n tale contesto, Robert Bork fu tra i primi a riconoscere esplicitamente il benessere dei consumatori quale obiettivo delle leggi antitrust. La Corte Suprema degli Stati Uniti, nella nota sentenza *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330 (1979), richiamò espressamente la sua opera del 1978, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, per sostenere che l'intento del Congresso, al momento dell'adozione dello *Sherman Act*, fosse quello di promuovere il consumer welfare. Come rilevato da Barak Orbach, l'utilizzo del termine "*consumer welfare*" è rimasto piuttosto marginale fino agli anni Settanta, quando, con l'emergere della letteratura sulla cosiddetta "*social regulation*", esso iniziò a diffondersi più ampiamente. Tuttavia, è proprio grazie a Bork che il concetto venne introdotto in maniera sistematica nel dibattito antitrust (B. ORBACH, *How Antitrust Lost Its Goal*, in *Fordham Law Review*, 2013, pp.2272-2275). Già in un precedente scritto del 1966 (*Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, (1966), 9 *Journal of Law & Economics*), Bork aveva sostenuto che l'intento legislativo del Congresso fosse la promozione del benessere dei consumatori. Tale interpretazione fu accolta, ad esempio, dalla Corte d'appello per il Nono Circuito nel caso *Boddicker v. Arizona State Dental Ass'n* (1977), che citò Bork a sostegno dell'idea secondo cui lo *Sherman Act* mirerebbe a "servire il pubblico". Questo passaggio fu successivamente ripreso dalla Corte Suprema nella già menzionata pronuncia *Reiter v. Sonotone*.

guadagni per i consumatori, tanto i profitti per le aziende⁴⁸³. L'A. anche se sosteneva di basare le sue argomentazioni sulla teorica economica utilizzato il termine "consumatori" per ricompredervi all'interno anche la categoria di produttori; difatti, come sopra evidenziato il benessere dei consumatori tutela il *surplus* di questi, ed è estraneo ai profitti delle imprese che sono considerate solo nel *total welfare*. Tale confusione, è definita comunemente come "la trappola di Chicago"⁴⁸⁴. Gli economisti sanno perfettamente che l'efficienza allocativa non equivale al benessere dei consumatori, e la riduzione dell'efficienza a quella allocativa è decisamente riduttivo e controproducente⁴⁸⁵. Le altre varianti dell'efficienza, oltre all'allocativa, quella produttiva e dinamica sono altrettanto fondamentali per mercati concorrenziali. Il benessere dei consumatori, rappresentato come valore dal *surplus* del consumatore, si misura nel contesto della valutazione dell'efficienza allocativa; è un solo aspetto di una nozione molto più ampia dell'efficienza economica.

3.8.5 Efficienza dinamica e innovazione

L'altro obiettivo perseguibile dal diritto della concorrenza è l'efficienza dinamica e l'innovazione⁴⁸⁶. Nel diritto della concorrenza europeo, le considerazioni relative all'efficienza si intrecciano con la promozione del benessere del consumatore, a condizione che questi ne

⁴⁸³ Molti lo hanno sottolineato, ma forse l'esempio migliore viene dallo stesso Bork. Per Bork, sia i monopolisti (aziende) che le persone fisiche devono essere considerati consumatori. Si consideri la seguente affermazione di Bork: «*Coloro che continuano a comprare dopo la formazione di un monopolio pagano di più per la stessa produzione, e questo sposta il reddito da loro al monopolio e ai suoi proprietari, che sono anch'essi consumatori. Non si tratta di una perdita di peso morto dovuta alla restrizione della produzione, ma semplicemente di uno spostamento di reddito tra due classi di consumatori. Il modello di benessere dei consumatori, che li considera come una collettività, non tiene conto di questo effetto sul reddito*». Cfr. R. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, op. cit., p. 110 (traduzione dell'autrice). In un altro punto del testo, Bork definisce la perdita di peso morto (che in termini economici include una perdita di benessere totale) come «*l'importo superiore ai costi che i consumatori sarebbero disposti a pagare per la produzione persa*». Cfr. *Ibidem*, pp. 108 e 110 (traduzione dell'autrice).

⁴⁸⁴ Ci si può chiedere se si sia trattato di un semplice malinteso o di uno stratagemma premeditato. Cseres, ad esempio, la definisce "trappola di Chicago". Si VEDA K. CSERES, *Competition Law and Consumer Protection*, op. cit., pp. 331-333.

⁴⁸⁵ M. MOTTA, op. cit. pp. 40-64.

⁴⁸⁶ A. EZRACHI, *EU Competition Law Goals and the Digital Economy*, op. cit. pp. 15 e ss.

traggano beneficio⁴⁸⁷. Infatti, l'applicazione del diritto della concorrenza si adopera per garantire che «*i mercati funzionino correttamente e che i consumatori beneficino dell'efficienza e della produttività derivanti da una concorrenza effettiva tra le imprese*»⁴⁸⁸.

Il ruolo degli incrementi di efficienza è riconosciuto dall'articolo 102 TFUE, in quanto possono rafforzare potenziali giustificazioni per comportamenti altrimenti abusivi. Un'impresa dominante può giustificare un comportamento che porta all'esclusione dei concorrenti e, non soggiacere al divieto, «*sulla base di incrementi di efficienza sufficienti a garantire che non si verifichi alcun danno netto per i consumatori*»⁵⁷.

Ai sensi, rispettivamente, dell'articolo 101, paragrafo 3, e dell'articolo 102 TFUE, «*(i)l consumatore deve ricevere una congrua parte dei benefici che ne derivano*» e «*(i)l maggior effetto anticoncorrenziale può essere controbilanciato o compensato da incrementi di efficienza che vanno anche a vantaggio dei clienti*»⁴⁸⁹.

L'attenzione ai consumatori sottolinea l'etica della distribuzione del diritto europeo della concorrenza (discusso più avanti nella questione dell'equità); la previsione di una congrua parte dell'utile ai consumatori,

⁴⁸⁷ Si veda il discorso di Neelie Kroes, *European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices*, 2005, in cui afferma «*Competition policy serves one goal – to make sure that markets can operate as efficiently as possible to deliver these outcomes for our citizens. We want to help create a virtuous circle of economic growth and social welfare, in which the benefits are passed on within societies. [...] Consumer welfare is now well established as the standard the Commission applies when assessing mergers and infringements of the Treaty rules on cartels and monopolies. Our aim is simple: to protect competition in the market as a means of enhancing consumer welfare and ensuring an efficient allocation of resources. An effects-based approach, grounded in solid economics, ensures that citizens enjoy the benefits of a competitive, dynamic market economy*»; Si veda Philip Lowe, precedente Direttore Generale della Direzione generale della politica di concorrenza, il quale afferma «*Competition is not an end in itself, but an instrument designed to achieve a certain public interest objective, consumer welfare*», cfr. Philip Lowe, *Preserving and Promoting Competition: A European Response*, in *Competition Policy Newsletter*, 2018.

⁴⁸⁸ Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti cit., par. 5.

⁴⁸⁹ C. giust. UE, sentenza 27 marzo 2012, C-209/10 *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet* ECLI: ECLI:EU:C:2012:172, par. 47; C. giust. UE, 15 marzo 2007, *British Airways/Commissione*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, par. 69; C. giust. UE, sentenza 22 gennaio 2022, T-286/09, *Intel Corp. v Commission*, ECLI:EU:T:2022:19, par. 140.

indica che l'efficienza allocativa (in questo caso il benessere totale) ceda il passo al benessere dei consumatori e ad attenzioni al suo *surplus*⁴⁹⁰.

Passando alla valutazione dell'efficienza nei mercati digitali, è necessario introdurre il concetto di efficienze dinamiche, con particolare riferimento all'innovazione. I processi innovativi, infatti, alimentano mercati dinamici, incrementano il benessere dei consumatori e possono contribuire a compensare rendimenti marginali altrimenti decrescenti. In quanto fattore chiave della concorrenza *nei* mercati, ma anche *per* i mercati⁴⁹¹, l'innovazione dovrebbe essere salvaguardata e promossa.

Il diritto della concorrenza ha un ruolo da svolgere nel promuovere la concorrenza nell'innovazione, sostenendo il sistema del libero mercato e creando condizioni favorevoli alla massimizzazione dell'efficienza e ad una concorrenza basata sui meriti⁴⁹².

Una delle principali difficoltà nell'applicazione del diritto della concorrenza nell'attuale contesto digitale risiede proprio nella complessità di adattarsi ai continui e rapidi mutamenti tecnologici.

Le difficoltà di ordine metodologico incidono in maniera significativa sulla possibilità di cogliere e valutare in modo accurato gli effetti che determinati comportamenti producono sullo sviluppo dell'innovazione digitale. Considerata l'intrinseca incertezza che caratterizza le efficienze dinamiche, unita alla complessità connessa all'innovazione dirompente, non è affatto garantito che gli strumenti tradizionali del diritto *antitrust* siano idonei ad assicurare una tutela effettiva della concorrenza in relazione ai mercati emergenti e alle innovazioni a essi rivolte⁴⁹³.

⁴⁹⁰ È importante sottolineare che questa posizione normativa possa essere in contrasto con coloro che favoriscono un regime *antitrust* che ignori la distribuzione della ricchezza o con coloro che credono che l'applicazione dell'*antitrust* debba solo promuovere l'efficienza. Cfr. A. DEVLIN, B. PEIXOTO, *Reformulating Antitrust Rules to Safeguard Societal Wealth*, in *Stanford Journal of Law, Business and Finance*, 225, 2008.

⁴⁹¹ Su tale distinzione si tornerà infra.

⁴⁹² Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale, par. 119-122.

⁴⁹³ J. DREXL *Anti-competitive stumbling stones on the way to a cleaner world: protecting competition in innovation without a market*, in *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 12-08*, 2021, p. 12 e ss.

Un'ulteriore difficoltà consiste nell'identificare correttamente e distinguere l'innovazione vantaggiosa per i consumatori da quella che potrebbe essere definita “negativa” o, quantomeno incerta negli effetti⁴⁹⁴. Infatti, nei mercati dell'innovazione, risulta spesso complicato differenziare nettamente le attività di ricerca e sviluppo che generano vantaggi diretti per il consumatore, da quelle forme di innovazione che invece mirano a creare tecnologie che possono comportare indebite ingerenze nella vita quotidiana, nel tracciamento o, in generale che possono generare fenomeni di sfruttamento dei consumatori, oppure a produrre effetti di esclusione anticoncorrenziali e dannosi⁴⁹⁵.

La natura imprevedibile dell'innovazione impone quindi un approccio prudente da parte delle autorità di concorrenza. La definizione stessa dei mercati rilevanti, la gamma dei prodotti offerti, la struttura della concorrenza attuale e potenziale⁴⁹⁶, nonché l'identificazione degli operatori economici che potrebbero entrare nei mercati futuri⁴⁹⁷, possono subire continue e significative trasformazioni con l'emergere di nuove forme di innovazione. È proprio questo dinamismo ad alimentare la teoria secondo cui, la tutela del processo competitivo, debba essere considerata un valore autonomo e indipendente, fondamentale per garantire livelli adeguati di innovazione e, dunque, condizioni di efficienza⁴⁹⁸.

Tuttavia, in questo specifico obiettivo, l'integrazione della *privacy* e del trattamento dei dati personali ha un rilievo esclusivamente mediato, in riferimento al valore dei dati personali e del loro potenziale di innovazione per le aziende. Più precisamente, un'applicazione più stringente del diritto della concorrenza verso comportamenti che – sfruttando il potenziale dei dati personali per innovare, come nel settore digitale o dell'AI – può determinare una riduzione agli incentivi all'innovazione tecnologica.

⁴⁹⁴ Si veda sul tema T. SCHREPEL, *Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition*, in *International center for Law and Economics*, 2017.

⁴⁹⁵ A.EZRACHI, M. E.STUCKE, *Digitalisation and Its Impact on Innovation, Report Prepared for the European Commission E., DG Research & Innovation*, 2018.

⁴⁹⁶ *Ibidem*.

⁴⁹⁷ *Ibidem*.

⁴⁹⁸ P. LAROCHE, M. P. PIETER SCHINKEL, *Continental Drift in the Treatment of Dominant Firms: Article 102 TFEU in Contrast to § 2 Sherman Act*, in *TILEC Discussion Paper*, 2013.

Seppur interessante, questo aspetto verrà trattato solo diffusamente, poiché tale ricerca non si concentra direttamente sugli effetti dell'innovazione dei *big data* nei mercati digitali, bensì si occupa della differente questione di come tutelare i consumatori da uno sfruttamento tecnologico per la massimizzazione dei profitti delle *big tech* e dei rischi per la *privacy* dei consumatori e interessati dei dati.

3.8.6 Struttura concorrenziale

Oltre all'attenzione principale sul benessere del consumatore, la giurisprudenza europea ha posto l'accento sull'obiettivo di mantenere un'efficace struttura competitiva. Mentre i due obiettivi spesso si sovrappongono, l'attenzione alla struttura della competizione ha una dimensione più ampia. Sebbene si sostenga che la protezione della concorrenza effettiva sia finalizzata a tutelare i consumatori, come sopra esposto, questa è stata più volte affrontata dalla giurisprudenza in varie pronunce.

La Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire che il diritto della concorrenza riguarda le pratiche delle imprese *«che sono loro dannose a causa del loro impatto su una struttura della concorrenza efficace»*⁴⁹⁹. Nella sentenza *T-Mobile*, la Corte afferma che il diritto europeo della concorrenza *«mira a tutelare (...) la struttura del mercato e, quindi, la concorrenza in quanto tale»*⁵⁰⁰. Parimenti, nelle sue conclusioni nella causa, l'avvocato generale Kokott ha rilevato che la tutela della struttura del mercato tuteli indirettamente anche i consumatori, *«qualora in caso di pregiudizio alla concorrenza in quanto tale, si devono altresì temere svantaggi per i consumatori»*.⁵⁰¹ Nella sentenza *GlaxoSmithKline Services*

⁴⁹⁹ C. giust. UE, sentenza 21 febbraio 1973, C 6-72 *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission*, ECLI: ECLI:EU:C:1973:22, par. 26; C. giust. UE, 15 marzo 2007, *British Airways/Commissione*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, par.106; Tribunale dell'Unione, sentenza 30 gennaio 2017, T-340/03, *France Telecom SA v Commission*, ECLI:EU:T:2007:22, par. 266; C. giust. UE, sentenza 7 febbraio 2011, C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, ECLI:EU:C:2011:83, par. 24; C. giust. UE, 16 settembre 2008, cause riunite da C-468/06 a 478/06, *Sot. Lélos kai Sia and Others*, ECLI: ECLI:EU:C:2008:504, par. 68; C. giust. UE, sentenza 14 ottobre 2010, C-280/08 P *Deutsche Telekom v Commission*, ECLI: ECLI:EU:C:2010:603, par. 176.

⁵⁰⁰ C.giust. UE, 4 giugno 2009, C-8/08, *T-Mobile Netherlands and Others*, ECLI:EU:C:2009:343, par. 38.

⁵⁰¹ Conclusioni Avvocato Generale Kokot in *T-Mobile*, 29 aprile 2010, cit. par. 71.

Unlimited/Commissione la Corte ha dichiarato che l'articolo 101 TFUE «mira a tutelare non solo gli interessi dei concorrenti o dei consumatori, ma anche la struttura del mercato e, in tal modo, la concorrenza in quanto tale». ⁵⁰²

Nella sentenza *TeliaSonera Sverige*, la Corte ha sottolineato l'importanza di evitare che «la concorrenza sia falsata a danno dell'interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori, garantendo in tal modo il benessere dell'Unione europea» ⁵⁰³. In linea con tale approccio, il Tribunale ha rilevato, nella citata sentenza *Intel/Commissione*, che «(l)a Commissione non è tenuta a dimostrare né un danno diretto ai consumatori né un nesso di causalità tra tale danno e le pratiche di cui trattasi nella decisione controversa (...) [articolo 102 TFUE] riguarda non solo le pratiche che possono arrecare direttamente un danno ai consumatori, ma anche a quelli che sono loro dannosi a causa del loro impatto su una struttura della concorrenza efficace» ⁵⁰⁴.

La tutela del processo concorrenziale in quanto tale, ha portato alla condanna di comportamenti che compromettono una concorrenza effettiva e non falsata ⁵⁰⁵.

Nel contesto dell'abuso di posizione dominante, inoltre, la tutela dell'effettiva struttura della concorrenza ha comportato l'imposizione di una responsabilità particolare alle imprese dominanti di non falsare la concorrenza sul mercato ⁵⁰⁶. Sebbene su tale punto verrà analizzato successivamente, ciò che qui rileva è che le imprese, quando dominanti nel mercato interno, sono tenute ad un obbligo particolare in relazione alla posizione che esse detengono e della capacità che questa le conferisce di influenzare significativamente la struttura competitiva del mercato. Sono dunque tenute ad astenersi da qualsiasi comportamento che possa

⁵⁰² C. giust. UE, causa C-501/06 P, *Commissione/GlaxoSmithKline*, EU:C:2009:610, par. 63.

⁵⁰³ C. giust. UE, sentenza 17 febbraio 2011, C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, EU:C:2011:83, par. 22.

⁵⁰⁴ C. giust. UE, sentenza 22 gennaio 2022, T-286/09, *Intel Corp. v Commission*, ECLI:EU:T:2022:19, par. 105.

⁵⁰⁵ Cfr. *France Télécom v Commission* cit., par. 105; *TeliaSonera*, cit. para 24; *GloaxoSmithKline*, cit. par. 62-64.

⁵⁰⁶ C. giust. UE, sentenza 9 novembre 1983, in causa 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-industrie-Michelin*, par. 57, in cui si indica che l'impresa ha una speciale responsabilità di non far sì che con le sue condotte vada a ledere la competenza non distorta nel mercato interno.

danneggiare la concorrenza effettiva, indipendentemente dall'intenzionalità del danno prodotto.

Ciò implica che condotte legittime se poste in essere da imprese prive di un potere di mercato significativo possano invece divenire illecite quando adottate da un'impresa in posizione dominante, e quindi sanzionabili, in ragione della loro potenziale idoneità a danneggiare la struttura concorrenziale e, in ultima analisi, i consumatori e il loro benessere.

3.8.7 Equità

Uno degli obiettivi di più recente risveglio nella politica di concorrenza è il concetto di equità, sebbene non ci sia un pieno consenso su cosa l'equità comporti, essendo suscettibile di ricomprendere un ampio ventaglio di valori nel suo perimetro.

Ezrachi, tentando di razionalizzare tale concetto, sostiene che il concetto di equità faccia riferimento a una norma morale incarnata nelle regole di concorrenza dell'UE quale quello di concorrenza leale o di concorrenza sui meriti⁵⁰⁷.

A livello normativo, un riscontro con il concetto di equità, è presente nell'articolo 102 TFUE, il quale al secondo comma, lettera a)⁵⁰⁸, nel quale si proibiscono gli abusi da sfruttamento (quindi nei confronti dei consumatori) che consistono nell'imposizione diretta o indiretta di prezzi di acquisto o di vendita, nonché da altre condizioni commerciali sleali «*iniqui*». All'interno del concetto di equità è compresa l'idea secondo cui il diritto della concorrenza dovrebbe essere impiegato anche per evitare ingiusti trasferimenti di ricchezza e situazioni di prevaricazione economica derivanti da posizioni di forza⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ A. EZRACHI, *EU Competition Law Goals and the Digital Economy*, op. cit.

⁵⁰⁸ L'articolo 102 del TFUE, al comma 2, lett. a) afferma che una condotta possa essere abusiva quando si sostanzia nell'imposizione di prezzi «*iniqui*» e di condizioni di transazione o di vendita «*non eque*».

⁵⁰⁹ R. H. LANDE, *Wealth Transfers As the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, *Hastings Law Journal*, 1982. Tuttavia, alcuni hanno messo in dubbio la saggezza e la praticità dell'uso del diritto della concorrenza per promuovere un'equa distribuzione della ricchezza, cfr. O. ODUDU, *The Distributional Consequences of Antitrust*, in MARSDEN, *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*, in Edward Elgar Publishing, 2006; Così anche

In questo perimetro, l'equità è stata riferita, accanto al valore del benessere del consumatore, in alcuni casi riguardanti le sproporzioni di prezzo imposte dalla dominante che determinerebbero uno sfruttamento per i consumatori⁵¹⁰. Tuttavia, in relazione ai prezzi, come vedremo successivamente⁵¹¹, la stessa Commissione europea è stata ben attenta all'utilizzo di questo parametro in quanto vi è l'intrinseca difficoltà a dimostrare, con parametri e criteri oggettivi, quando un prezzo possa dirsi iniquo. Ulteriormente, si voleva evitare un'appropriazione di compiti da parte della stessa Commissione, quale autorità di fissazione di prezzi; pertanto, l'utilizzo di tale criterio e, la repressione di pratiche di prezzi iniqui non risulta essere copiosa nella casistica applicativa *antitrust*.

Al di là dei riferimenti al 102 TFUE, l'equità funge da valore normativo astratto promosso dallo stesso processo concorrenziale, del quale costituisce il risultato⁵¹². Nel 2016 la Commissione ha avviato la sua relazione sulla politica di concorrenza affermando che:

*«La politica di concorrenza ha un impatto diretto sulla vita delle persone e una delle sue caratteristiche principali è la promozione di mercati aperti in modo che tutti, imprese e cittadini, possano ottenere una giusta quota dei benefici della crescita»*⁵¹³.

La relazione del 2016 fa riferimento al discorso sullo stato dell'Unione del 2016 di Jean-Claude Juncker, presidente della Commissione europea, in cui ha affermato che *«condizioni di parità significa anche che in Europa i consumatori sono protetti dai cartelli e dagli abusi da parte di imprese potenti. (...) La Commissione vigila su*

L. KAPLOW, *On the Choice of Welfare Standards in Competition Law*, in ZIMMER, *The Goals of Competition Law*, in Edward Elgar Publishing, 2012.

⁵¹⁰ C. giust. UE, sentenza 13 novembre 1975, C 26/75 *General Motors Continental v Commission* ECR 1367, ECLI: ECLI:EU:C:1975:150; C. giust. UE, sentenza 14 febbraio 1978, C 27/76 *United Brands v Commission*, ECR 207, ECLI: ECLI:EU:C:1978:22; C. giust. UE, sentenza 14 settembre 2017, C-177/16 *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra (AKKA)/ Latvijas Autoru apvienība (LAA)*, ECLI:EU:C:2017:689; Commissione europea, decisione COMP/C-1/36.915, *Deutsche Post AG*, OJ L331/40.

⁵¹¹ Si rimanda al capitolo sesto.

⁵¹² *«Healthy and vigorous competition is of fundamental importance to a fair EU economy and society»*, cfr. European Commission, *Staff working document accompanying the Report on Competition Policy 2016*, SWD (2017) 175 final, p. 59.

⁵¹³ European Commission, *Report on Competition Policy*, COM(2017) 285 final, p. 2.

*questa equità. Questo è l'aspetto sociale del diritto della concorrenza. E questo è ciò che l'Europa rappresenta»*⁵¹⁴.

L'equità è stata collegata anche all'innovazione, come affermato dall'Avvocato Generale Bot:

*«La concorrenza, se è equa, garantisce generalmente il progresso tecnologico e migliora le qualità di un servizio o di un prodotto, garantendo al contempo una riduzione dei costi. Ne beneficiano quindi i consumatori, con prodotti e servizi di migliore qualità a un prezzo migliore. In questo modo la concorrenza è una fonte di progresso e di sviluppo»*⁵¹⁵.

L'obiettivo dell'equità ha acquisito una centralità negli ultimi anni, essendo stato fatto proprio dalla ex Commissaria per la concorrenza, M. Vestager, affermando che *«la politica di concorrenza contribuisce a plasmare una società più equa, in cui tutti gli attori economici, grandi e piccoli, rispettino le stesse regole»* e, che *«in tempi di globalizzazione, dobbiamo anche garantire che un mondo di commercio globale e di imprese globali, offre alle piccole imprese e ai privati un'equa possibilità»*⁵¹⁶.

Di conseguenza, l'equità è intrecciata nel processo competitivo e può guidare l'approccio dell'esecutore *antitrust*.

Generalmente, l'equità potrebbe essere vista come un concetto che è volto a tutelare i consumatori ed il loro legittimo affidamento nelle transazioni di mercato⁵¹⁷. La concorrenza leale favorisce la fiducia nei mercati, garantendo le legittime aspettative dei partecipanti al mercato e, in ultima analisi, stimolando la concorrenza⁵¹⁸.

⁵¹⁴ Si veda, Commissione europea, *State of the Union 2016*, disponibile presso http://ec.europa.eu/priorities/state-union-2016_en.

⁵¹⁵ C. giust. UE, sentenza 8 settembre 2009, C-42/07 *Liga Portuguesa de Futebol Profissional and Bwin International*; Conclusioni dell'Avvocato generale Bot, par. 245; Similmente, C. giust. UE, sentenza 3 giugno 2010, C-203/08 *Sporting Exchange*; Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot, par. 58.

⁵¹⁶ M. Vestager, *Fairness and competition*, discorso tenuto in occasione della GCLC Annual Conference, Brussels, 2018.

⁵¹⁷ D. ZIMMER *On Fairness and Welfare: The Objectives of Competition Policy – Comment on David J. Gerber, Christian Ahlborn and A. Jorge Padilla*, in EHLERMANN e MARQUIS, *European Competition Law Annual 2007 – A Reformed Approach to Article 82 CE*, Hart Publishing, 2008.

⁵¹⁸ Commissione europea, *Relazione sulla politica di concorrenza 2016*, COM(2017), 285 final, 2.

Nel contesto dell'economia digitale e dei dati personali come valuta per le transazioni *online*, il consumo di servizi gratuiti a fronte della divulgazione dei dati non deve essere un problema in sè; purché le persone siano consapevoli che i dati che condividono siano un prezzo equo da pagare per i servizi che ottengono in cambio.

Guardando il valore dell'equità nel contesto dell'economia digitale, Ezrachi sostiene che questo possa ospitare il valore della *privacy*. Le preoccupazioni relative alla *privacy* e alla protezione dei dati, in quanto tali, sono generalmente considerate questioni che esulano dall'ambito dell'applicazione del diritto della concorrenza e sono protette da leggi dedicate⁵¹⁹. Tuttavia, il ruolo svolto dai dati e dalla vita privata nella formazione dei mercati corrobora sempre più la loro considerazione come parametri nella valutazione della concorrenza.

L'equità nei mercati digitali svolgerebbe un molteplice ruolo: 1) norma astratta, che fornisce una guida dell'applicazione delle regole di concorrenza, sostenendo l'intervento contro condotte sleali di trasferimenti illegittimi di ricchezza dai consumatori alle piattaforme; 2) permette l'intervento contro pratiche discriminatorie; 3) giustifica l'intervento nel caso di informazioni ingannevoli che portano ad una distorsione della concorrenza; 4) svolge un ruolo nel caso di asimmetrie informative che distorcono i rapporti tra consumatori e fornitori di servizi, permettendo a questi di sfruttare i consumatori; 5) svolge un ruolo quando il trattamento dei dati, la loro protezione e le violazioni della *privacy* portano a distorsioni della concorrenza o ad uno sfruttamento dei consumatori⁵²⁰.

A questo proposito, si approfondirà e teorizzerà successivamente il valore dell'equità e, per converso, dell'iniquità, di clausole contrattuali relative al trattamento dei dati personali imposte dalle grandi piattaforme digitali, portando l'esempio di Meta, che determinano un indebito

⁵¹⁹ C. giust. UE, nella causa C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios* (2006) ECLI:EU:C:2006:734, par. 63: «...any possible issues relating to the sensitivity of personal data are not, as such, a matter for competition law, they may be resolved on the basis of the relevant provisions governing data protection».

⁵²⁰ A. EZRACHI, *EU Competition Law Goals and the Digital Economy*, op. cit., paragrafo 4.

sfruttamento dei consumatori, suscettibili di rientrare nel divieto di abuso di posizione dominante⁵²¹.

Tuttavia, al concetto di equità non mancano critiche. L'equità come obiettivo politico può essere criticata come un concetto vago e soggettivo, privo di una certezza giuridica solida, con il rischio che venga applicata a qualsiasi valore che si cerca di favorire⁵²².

3.8.8 Ordoliberalismo: libertà economica e libertà di scelta

I concetti di libertà economica e di libertà di scelta dei consumatori richiamano innegabilmente i concetti alla base della filosofia ordolibérale e delle teorie di Smith, trattate in precedenza.

Un sistema di concorrenza effettivo ha alla base una la libertà economica degli operatori a garanzia di una libertà di scelta dei consumatori; entrambi gli attori del mercato sono tutelati nelle loro libertà dalle regole di concorrenza. Tuttavia, nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Rantos in Servizio Elettrico Nazionale, si evidenzia come sia pacifico che il diritto della concorrenza europeo sia stato «influenzato indubbiamente dal pensiero ordolibérale dell'epoca», il quale «è stato inizialmente concepito come inteso a garantire la libertà economica»⁵²³.

Tuttavia, da una giurisprudenza ormai costante risulta che l'articolo 102 TFUE «non riguarda, o piuttosto non riguarda più, in maniera assoluta, la protezione di concorrenti a fronte di un'impresa in posizione dominante»⁵²⁴. Infatti, a seguito della revisione della politica di concorrenza in materia di abusi effettuata dalla Commissione nel corso del 2005⁵²⁵, la Corte ha ormai riconosciuto che l'articolo 102 TFUE non vieta ad un'impresa di conquistare, grazie ai suoi meriti, una posizione dominante su un dato mercato e, dunque, nemmeno è diretto a garantire

⁵²¹ Si veda capitolo sesto della presente ricerca.

⁵²² Cfr. L. KAPLOW, S. SHAVELL, *Fairness Versus Welfare*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.

⁵²³ Conclusioni dell'Avvocato Generale A. Rantos, 9 dicembre 2021, in causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale SpA*, cit. par. 93.

⁵²⁴ *Ibidem*.

⁵²⁵ Si veda il documento di riflessione della Commissione relativo all'applicazione dell'articolo 82 CE alle pratiche di esclusione, del dicembre 2005, intitolato “*DG Competition discussion paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*”.

che rimangano sul mercato concorrenti meno efficienti dell'impresa che detiene una posizione dominante⁵²⁶. Tale approccio è stato confermato nella sentenza Intel, nella quale la Corte ha precisato che «*la concorrenza basata sui meriti può portare alla sparizione dal mercato o all'emarginazione dei concorrenti meno efficienti*»⁵²⁷. La percezione secondo la quale l'articolo 102 TFUE non è inteso in via prioritaria a proteggere i concorrenti (non altrettanto efficienti), condivisa peraltro anche dalla Commissione⁵²⁸, sembra fare ormai parte dell'acquis del diritto della concorrenza dell'Unione.

Invero, come sopra affermato, ad essere centrale è il benessere dei consumatori dell'Unione, in via tanto diretta, quanto indiretta. Tale tutela, insita nel corretto svolgimento della concorrenza nel mercato, riflette un'agenda di stampo sociale che cerca di promuovere l'interesse pubblico generale. Come rilevato dalla Corte di giustizia, tra l'altro, le regole di concorrenza «*impediscono che la concorrenza sia falsata a danno dell'interesse generale...*»⁵²⁹. In effetti, un mercato competitivo e la libertà di scelta sono entrambi fondamentali per la realizzazione dei valori democratici e delle libertà che sono alla base dell'Unione⁵³⁰.

Per quanto sia un obiettivo genetico, dall'indagine empirica di Stylianou e Iacovides emerge che tale obiettivo abbia sempre informato le Corte e l'operato della Commissione, anche dopo l'approccio economico, concludendo che vi sia una ragionevole certezza che venga maggiormente utilizzato in futuro⁵³¹.

⁵²⁶ Si veda C. giust. UE, sentenza 14 ottobre 2010, C-280/08 P *Deutsche Telekom v Commission*, cit. par. 177; C. giust. UE, sentenza 17 febbraio 2011, C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, cit. par. 31-33, 39-40, 43, 63, 64, 70 e 73); C. giust. UE, sentenza 27 marzo 2012, C-209/10, *Post Danmark*, cit. par. 21.

⁵²⁷ C. giust. UE, sentenza 22 gennaio 2022, T-286/09, *Intel Corp. v Commission*, par. 134.

⁵²⁸ Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti cit., par. 6 e 23.

⁵²⁹ C. giust. UE, C-52/09 *TeliaSonera*, cit. par. 22.

⁵³⁰ BEUC, *Why Competition Law Must Protect Democracy – A European Perspective*, (2017), contributo al Forum globale dell'OCSE sulla concorrenza – Concorrenza e democrazia, 7-8 dicembre 2017.

⁵³¹ K. STYLIANOU, M. IACOVIDES, *The goals of EU competition law: a comprehensive empirical investigation*, op cit.; Si vedano anche le considerazioni di P. AKMAN, *Searching for the Long-Lost Soul of Article 82*, op. cit.

L'ordoliberalismo sopravvive dunque nel tempo sotto forma di visione organica e sistematica della concorrenza, dove, i suoi elementi fondamentali, come il divieto di abusi di sfruttamento e la considerazione della libertà di scelta quale fonte di possibile danno concorrenziale, sono rimasti al centro dell'applicazione normativa europea⁵³². Come ribadito anche da recenti Commissari europei alla concorrenza, l'*antitrust* si preoccupa di tutelare i consumatori, offrendo loro la possibilità di scegliere fra più alternative⁵³³.

Alcuni studiosi sostengono che proprio l'articolo 102 TFUE derivi in maniera diretta dall'ordoliberalismo, proteggendo gli attori del mercato contro le varie tipologie di rischio che possono derivare da un abuso di posizione dominante⁵³⁴.

Questo spiega perché nell'UE si parli di un "approccio fondato sulla libertà di scelta" del diritto della concorrenza, in cui la limitazione della scelta del consumatore è considerata una vera e propria teoria del danno, ad esempio, nelle violazioni *ex* articolo 102 TFUE⁵³⁵.

Tale prospettiva si fonda sull'idea che l'economia di mercato debba servire le persone, e non il contrario, ponendo la concorrenza al servizio di una funzione sociale.

Poiché la visione ordolibérale è stata analizzata nella trattazione delle origini del diritto della concorrenza, qui ci si soffermiamo sul valore nei mercati digitali, come premessa per comprendere la trattazione futura.

L'impostazione ordolibérale, in particolare nella sua dimensione della libertà di scelta dei consumatori e di pluralità di attori economici, rivelerebbe tutta la sua attualità; il tema del "potere privato" si manifesta in nuova forma con i colossi della rete che, sfruttando i dati personali degli utenti, possono acquisire un potere pervasivo e, talora, difficilmente

⁵³² D. GERBER, *Law And Competition In Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, 1998, pg. 29.

⁵³³ M. Vestager, *Speech on Competition and Privacy*, Commissione Europea, 29 ottobre 2019.

⁵³⁴ I. WOHLGEMUTH, *Ordoliberalism and EU Competition Law*, in *Cambridge Journal of Economics*, 2010, p. 197.

⁵³⁵ C. giust. UE, sentenza del 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione*, ECLI:EU:C:1979:36, par. 91.

contenibile, le cui ricadute spaziano dalla *privacy*, alla tutela del sistema democratico⁵³⁶.

In questo scritto non si sostiene che tali valori debbano esse tutelate *ex se* dal diritto della concorrenza, tuttavia, questo deve avvenire in maniera mediata quando un danno ad essi si realizza proprio in occasione dell'intersezione con le dinamiche di mercato, intensificandosi con l'aumentare della concentrazione del mercato.

Un panorama concorrenziale dinamico ed una concorrenza leale contribuiscono a salvaguardare il mercato contro la sua monopolizzazione da parte di potenti operatori economici⁵³⁷.

I mercati digitali sono caratterizzati da un'alta concentrazione di operatori che controllano interi settori del mercato digitale, nei quali i consumatori dispongono di un numero limitato – se non nullo – di alternative, subendo una contrazione significativa della propria libertà di scelta tra fornitori di servizi distinti.

Pertanto, tali mercati sono ben lontani dall'assicurare sia una libertà economica ai concorrenti (traducendosi in abusi da esclusione) sia la libertà di scelta dei consumatori (traducendosi in abusi da sfruttamento).

Più elevato è il livello di concentrazione e, dunque, di monopolio all'interno del mercato, minore risulta la pluralità di opzioni disponibili e più forte è la compressione della libertà di scelta.

Ad esempio, non esistono concorrenti alternativi a Meta come servizio di piattaforma di *social media*, comprensivo di Meta (ex Facebook), ed Instagram, presentando una concentrazione di mercato pari a più del 90%. Non sono presenti, inoltre, motori di ricerca in grado di sostituire Google; a prescindere da eventuali considerazioni circa l'elevata qualità del servizio di Google. Difatti, non essendo presenti concorrenti "alternativi", non è possibile neppure che questi abbiano gli incentivi (economici e tecnici, come i dati personali) per offrire un servizio pari o più efficiente di quello offerto dal Google.

⁵³⁶ Cfr. E. DEUTSCHER, *The Historical and Conceptual Foundations of the Competition–Democracy Nexus*, in *Competition Law and Democracy: Markets as Institutions of Antipower*, in *Global Competition Law and Economics Policy*, in Cambridge University Press, 2024.

⁵³⁷ Si veda P. AKMAN, *The role of "freedom" in EU competition law*, in *SLS Legal Studies*, 2014.

Questa forma di concentrazione di potere e di monopolizzazione è contraria alla visione Ordoliberales; questa riverbera effetti su indebite ingerenze rispetto alla libertà dei consumatori sulle loro scelte di mercato, indirizzare e manipolare il loro comportamento nonché, la stessa opinione pubblica e visione politica⁵³⁸.

Da questa prospettiva, la tutela dei consumatori (o del loro benessere, che a dir si voglia), in un sistema con una impronta ordoliberales si concretizza nel proteggere la loro capacità di selezionare tra offerte diverse, impedendo che pratiche abusive o restrittive messe in atto da imprese dominanti possano pregiudicarla.

Sebbene in questo scritto non ci soffermerà compitamente sulla relazione tra imprese digitali dominanti ed indebite ingerenze politiche, che pure ricordano le idee Ordoliberali, il profilo su cui ci si concentrerà è proprio la compressione della libertà di scelta dei consumatori/interessati dei dati da parte del potere di mercato degli operatori economici, che si intreccia con le questioni di abuso da sfruttamento.

Per tale ragione, il benessere dei consumatori e la libertà di scelta, saranno l'oggetto principale dell'analisi della presente indagine.

3.9 Verso un diritto della concorrenza “multicentrico”

L'analisi qui svolta sugli obiettivi del diritto della concorrenza, ha portato alla luce una moltitudine di obiettivi differenti tuttavia spiccando, fra tutti, la tutela del benessere dei consumatori dell'Unione.

Per sintetizzare il vasto dibattito relativo alla definizione degli obiettivi del diritto della concorrenza, può affermarsi che, secondo una prima impostazione, esso – insieme alla politica *antitrust* – sarebbe volto esclusivamente al perseguimento di finalità economiche. In questa

⁵³⁸ Lo stesso dilemma delle democrazie liberali prima evidenziato e la necessità di una nuova forma di intervento statale è particolarmente attuale anche oggi. Tra i numerosi studiosi nella letteratura antitrust, lo stesso Tim Wu, nel suo libro *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, sostiene che l'antitrust moderno, debba porsi anche l'obiettivo di contenere i grandi poteri privati per salvaguardare il pluralismo e la democrazia, mettendo l'accento sui nuovi fenomeni di concentrazione di potere informativo nei mercati digitali. T. Wu, *The Curse of Bigness*, op cit. capitolo II e ss.

prospettiva, eventuali obiettivi non economici potrebbero essere ammessi solo nella misura in cui risultino traducibili in criteri e parametri valutabili attraverso strumenti e teorie di natura economica⁵³⁹. Questo è aderente all'adozione dell'approccio economico al diritto della concorrenza e all'introduzione dell'obiettivo (o *standard*) di benessere del consumatore. Negli ultimi 70 anni, il benessere e la salvaguardia del processo competitivo sono diventati gli obiettivi predominanti del diritto della concorrenza, emersi attraverso uno scambio tra le giurisdizioni *antitrust* degli Stati Uniti, e dell'Unione Europea (UE)⁵⁴⁰.

Dall'altro lato, un più recente orientamento dottrinale sostiene che alcuni principi cardine del paradigma economico che per lungo tempo ha caratterizzato l'impostazione del diritto della concorrenza abbiano iniziato a essere progressivamente messi in discussione⁵⁴¹. Dall'analisi sugli obiettivi del diritto della concorrenza svolta in questa ricerca emerge come una parte della dottrina abbia iniziato a sollecitare la Commissione europea affinché tenga conto anche di valori diversi da quelli puramente economici. Si tratta di interessi già menzionati in precedenza e che, del resto, erano stati presi in considerazione dallo stesso organo esecutivo in una fase antecedente all'affermazione dell'approccio marcatamente economico: come considerazioni di stampo ambientale⁵⁴², di tutela dei lavoratori⁵⁴³, le crescenti diseguaglianze sociali e la distribuzione della

⁵³⁹ J. BAKER, *Economics and Politics: Perspectives on the Goals and Future of Antitrust*, Fordham Law Review, Vol. 81, 2013. L'Autore sostiene che il diritto della concorrenza, in quasi tutte le sue articolazioni, trovi il proprio fondamento nell'economia.

⁵⁴⁰ Per una rassegna V. anche O. ODUDU, *The Wider Concerns of Competition Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2010; D. BARTALEVICH, *The Influence of the Chicago School on the Commission's Guidelines, Notices and Block Exemption Regulations in EU Competition Policy*, in *Journal of Common Market Studies*. Per una visione contraria, si veda N. GIOCOLI, *Competition Versus Property Rights: American Antitrust Law, the Freiburg School, and the Early Years of European Competition Policy*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2009. J. MARANGOS, *The Evolution of the Anti-Washington Consensus Debate: From "Post-Washington Consensus" to "After the Washington Consensus"*, in *Competition & Change* 227, 2008.

⁵⁴¹ J. NEWMAN, *The Output-Welfare Fallacy: A Modern Antitrust Paradox*, in *Iowa Law Review* 563, 2017; M. IACOVIDES C. VRETTOS, *Green or grey? EU competition policy, sustainability, and the Green Deal: The Degrowth Policy Agenda*, 2024.

⁵⁴² OECD, *Sustainability and Competition*, op. cit.

⁵⁴³ Sul punto, OECD, *Competition Issues in Labour Markets, OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 244, in *OECD Publishing*, Paris.

ricchezza⁵⁴⁴, il rapporto con la democrazia e l'ingerenza nelle sfere politiche⁵⁴⁵ e, per quanto qui interessa, delle concentrazioni di potere di mercato in capo a poche grandi aziende e delle conseguenze negative per la tutela e la protezione dei dati personali e la progressiva erosione della *privacy*, intesa, come autodeterminazione informativa e controllo sulla sorte dei dati personali⁵⁴⁶. come quelli relativi alla *privacy* e la protezione dei dati personali⁵⁴⁷.

Il *cahier de doléances* è fitto di voci che nessuno può permettersi di ignorare, risultando necessario interrogarsi sulla possibilità che l'azione dell'operato di concorrenza contempli tali interessi non-economici. La specifica trattazione sull'ingresso della protezione della *privacy* e dei dati personali negli obiettivi di concorrenza sarà svolta nei capitoli sesto ed ottavo.

Tale sezione ha inteso mostrare come dall'analisi degli obiettivi del diritto della concorrenza emerga una pluralità di finalità tra loro parallele e concorrenti, le quali contribuiscono a configurare questa disciplina come dinamica e suscettibile di adattamento al mutare delle condizioni di mercato e delle esigenze istituzionali, pur mantenendo, almeno in linea formale, un carattere di indipendenza rispetto a specifici indirizzi politici.

Inoltre, occorre considerare che le regole applicabili al caso concreto non discendono esclusivamente dalle disposizioni di diritto primario, ma si formano in larga misura attraverso l'elaborazione giurisprudenziale e l'evoluzione dei precedenti applicativi sviluppati dalle autorità di *enforcement*⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ A. EZRACHI, A. ZAC, C. DECKER, *The effects of competition law on inequality—an incidental by-product or a path for societal change?*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 11, 2023, pp. 51–73.

⁵⁴⁵ Si veda J. LINDMAN ET AL, *Big Tech's Power, Political Corporate Social Responsibility and Regulation*, in *Journal of Information Technology*, 2023; OECD, *The interaction between competition and democracy*, op. cit.

⁵⁴⁶ Si veda OECD, *The intersection between competition and data privacy*, op. cit.

⁵⁴⁷ Nell'ordinamento europeo, si possono citare: I. LIANOS, *Polycentric competition law*, op. cit. K. STYLIANOU, I. IACOVIDES, *The new goals of EU competition law*, op cit. Per il regime di concorrenza dell'Australia, cfr. R. WALTERS, B. ZELLER, L. TRAKMAN, *Personal Data Law and Competition Law – Where is it Heading?*, in *European Competition Law Review*, UNSW Law Research Paper, No. 18-73, 2018.

⁵⁴⁸ Così anche R. PITOFSKY, *The political content of antitrust*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1979.

Si possono pertanto individuare diverse fasi evolutive del diritto della concorrenza europeo. Una prima stagione, di impronta ordoliberal, era caratterizzata dall'esigenza di prevenire l'emersione di poteri economici privati capaci di compromettere l'interesse pubblico e il corretto funzionamento dell'ordine democratico. Successivamente, nella fase iniziale di applicazione del diritto antitrust europeo, lo strumento concorrenziale risultò funzionalizzato a un obiettivo eminentemente politico, ossia la realizzazione del mercato interno, mostrando al contempo una certa permeabilità anche a interessi non strettamente economici, quali la tutela ambientale. Con l'affermarsi della globalizzazione economica e del *more economic approach*, la prospettiva mutò ancora, concentrandosi primariamente sul benessere del consumatore secondo una nozione ristretta, prevalentemente legata al *surplus* economico dei consumatori.

Accanto a questa visione, soprattutto negli ultimi anni, sono emerse progressivamente nuove istanze, quali l'innovazione, l'equità e, più recentemente, una rinnovata attenzione ai profili ambientali, nonostante questi ultimi fossero stati inizialmente ridimensionati nella fase di razionalizzazione economica della disciplina.

Sebbene a una prima lettura tale quadro possa apparire scoraggiante, la natura intrinsecamente dinamica del diritto della concorrenza non costituisce, di per sé, un elemento negativo. Se gli obiettivi della politica *antitrust* sono formulati in termini generici, essi si prestano ad evolvere, a stratificarsi e a ricomprendere sotto il proprio raggio di tutela una pluralità di interessi diversi, in funzione delle esigenze dei mercati, delle scelte dei regolatori e nel rispetto dei limiti imposti dall'ordinamento. Pertanto, la molteplicità di obiettivi emersa dall'analisi condotta in questo scritto non intende mettere in discussione la legittimità o la fondatezza di ciascuno di essi. Lo scopo di questo capitolo è piuttosto quello di evidenziare come il diritto della concorrenza sia strutturalmente aperto a comprendere una molteplicità di valori⁵⁴⁹.

Non un diritto alla concorrenza monolitico, ma per sua intrinseca natura, multidimensionale. Il diritto alla concorrenza, al pari delle altre

⁵⁴⁹ Si veda, ad esempio *Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State Created Monopolies*, ICN Report, 2007, p. 6.

discipline giuridiche, è un costrutto sociale e deriva dai fondamenti e dai valori nazionali della giurisdizione di riferimento⁵⁵⁰. Deve necessariamente adattarsi alla realtà sociale, mutare con l'esperienza e varierà nel tempo⁵⁵¹. La validità di un sistema giuridico non può essere svincolata dalle norme di giustizia, moralità ed equità⁵⁵²; nel diritto alla concorrenza, si è riflessa in un ventaglio eterogeneo di finalità.

Sebbene sia doveroso premettere che il perseguimento simultaneo di tali obiettivi risulti particolarmente complesso da realizzare e da interpretare, soprattutto quando essi entrano in potenziale conflitto tra loro⁵⁵³.

Come descritto da Ezrachi, «*(I)ts true scope and nature are not 'pure' nor a 'given' of a consistent objective reality, but rather a complex and, at times, inconsistent expression of many values*»⁵⁵⁴.

Non si può quindi sostenere, soprattutto alla luce della descrizione delle sue origini ed alcuni attuali sviluppi, che questo sia basato strettamente su concetti e teoremi economici e che il suo fine ultimo sia l'efficienza economica e la garanzia al consumatore di prezzi bassi nel mercato e, che, una eventuale considerazione di valori non economici, come *privacy*, democrazia ed ambiente, valgano a determinarne una indebita politicizzazione. Questo può essere vero, come si sostiene, solo nel momento in cui si vada ad invocare l'intervento *antitrust* per questioni esterne alle logiche di mercato, costringendo il diritto della concorrenza ad essere la "panacea di ogni male".

Il diritto della concorrenza non può essere completamente depurato da ogni dimensione politica, sociale o morale, né ridotto a una valutazione meramente tecnica ed economicistica, soprattutto quando ciò comporterebbe il rischio di ignorare fenomeni quali fallimenti di mercato,

⁵⁵⁰ Si veda ad esempio, H. L. A. HART, *The Concept of Law*, 2a ed., Clarendon Press, 1994; L. GREEN, *Legal Positivism*, in ZALTA, *The Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, 2009; J. J. FLYNN, *Antitrust Jurisprudence: A Symposium on the Economic, Social and Political Goals of Antitrust Policy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1977.

⁵⁵¹ Si veda, L. MURPHY, *The Political Question of the Concept of Law*, in COLEMAN, *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, 2001. Per un punto di vista contrario, si veda J. DICKSON, *Evaluation and Legal Theory*, Hart Publishing, 2001.

⁵⁵² H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 116.

⁵⁵³ A. EZRACHI, *Sponge*, op. cit, p. 50.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, p. 47.

asimmetrie informative, squilibri di potere, concentrazioni di potere informazionale o pregiudizi per il mercato e per i consumatori che non si traducono necessariamente in un danno economico immediatamente misurabile secondo i tradizionali parametri *antitrust*⁵⁵⁵.

Pertanto, ad avviso di chi scrive, non è corretto insistere esclusivamente sui limiti tecnici e strutturali dell'intervento *antitrust* rispetto a tematiche diverse dal prezzo, soprattutto quando si ha a che fare con valori nuovi, complessi e multidimensionali – quali la protezione della vita privata, che qui rileva in via principale, ma anche la tutela dell'ambiente e la sostenibilità – i quali rientrano a pieno titolo tra gli interessi non economici meritevoli di considerazione.

Come affermato dalla stessa Commissione europea, «(...) *La politica di concorrenza non può essere perseguita isolatamente, fine a sé stessa, senza tener conto del contesto giuridico, economico, politico e sociale*»⁵⁵⁶.

Secondo i termini della Corte, «*(l)'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione richiede che si tenga conto non soltanto del tenore letterale e degli scopi perseguiti dalla stessa, ma anche del suo contesto e dell'insieme delle disposizioni del diritto dell'Unione. Anche l'origine di una disposizione del diritto dell'Unione può fornire informazioni pertinenti per la sua interpretazione*»⁵⁵⁷.

Ed in effetti ciò è vero, se si tengono in considerazione le sue origini storiche. I fondamenti filosofici dell'Unione europea affondano nel pensiero della Scuola di Friburgo e nella successiva elaborazione dell'ordoliberalismo. Esponenti di tale corrente presero parte alla redazione delle norme del Trattato, imprimendo in esse una visione di matrice umanista, orientata alla tutela della libertà individuale non solo contro un'eccessiva ingerenza del potere statale, ma anche contro le forme di dominio esercitate dal potere economico privato⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁵⁶ Commissione europea, *XXIInd Report on Competition Policy*, 1992, p. 13.

⁵⁵⁷ Si veda, C. giust. UE, sentenza 10 dicembre 2008, C-621/18, *Andy Wightman*, EU:C:2018:999, par. 47.

⁵⁵⁸ K. J. CSERES, *Competition Law and Consumer Protection*, in *Kluwer Law International*, 2005, p. 92–94; D. J. GERBER, *Constitutionalising the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law*

Se le forme lesive in cui si manifesta il potere economico privato mutano al variare delle dinamiche di mercato, non si può non tenere conto di tali sviluppi ed adattare la politica di concorrenza e rispondere alle nuove esigenze di tutela. Se, tuttavia, le modalità attraverso le quali il potere economico privato può manifestarsi e produrre effetti lesivi mutano al variare delle dinamiche di mercato, appare necessario tener conto di tali trasformazioni e adattare coerentemente l'analisi concorrenziale, in modo da rispondere a nuove e complesse esigenze di tutela. Nel contesto digitale, infatti, il consumatore non subisce un pregiudizio primariamente attraverso un aumento dei prezzi, poichè le possibili lesioni possono assumere forme diverse, ad esempio attraverso la perdita di autonomia decisionale, la compressione dell'autodeterminazione informativa, la manipolazione delle scelte, l'imposizione di condizioni contrattuali sbilanciate o l'erosione progressiva della *privacy* quale dimensione della qualità del servizio.

Ne deriva che anche il concetto di benessere dei consumatori, tradizionalmente ancorato a parametri economici quali prezzo e qualità, può manifestarsi in forme nuove e non immediatamente quantificabili, ma altrettanto rilevanti ai fini dell'analisi concorrenziale contemporanea, richiedendo una riflessione metodologica capace di ricomprendere tali dimensioni.

3.10 Le caratteristiche della concorrenza nei mercati digitali: come i dati personali hanno modificato le dinamiche e le strutture di mercato

Nelle sezioni che seguiranno, verranno esaminate le principali caratteristiche che informano la concorrenza nei mercati digitali: la rilevanza dei dati personali per la formazione del potere di mercato e le caratteristiche tipiche della concorrenza nei mercati digitali.

In particolare, si metterà in evidenza come i dati personali si siano inseriti all'interno delle analisi competitive, come abbiano sia modificato i paradigmi concorrenziali sia come abbiano introdotto nuove caratteristiche tali da mettere in discussione i fondamenti teorici del diritto

and the "New" Europe, op. cit. p. 64; P. AKMAN, *Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC*, in *Oxford Journal of Legal Studies* 2009, p. 264 e ss.

della concorrenza. In tale sezione si procederà ad individuare la dimensione dei dati personali a livello competitivo, la quale costituisce la *ratio* per la quale le imprese si possono impegnare nel corso del tempo ad attuare condotte anti-competitive al fine di raccogliere tale ricorso.

L'analisi delle caratteristiche sopra indicate è funzionale ad indicare le ragioni per le quali i mercati digitali risultano essere particolarmente e problematicamente concentrati.

3.10.1 Il ruolo dei dati nell'analisi competitive: il potere di mercato

Il potere di mercato, in senso tradizionale, viene definito come «*la capacità di un'impresa di mantenere prezzi superiori a quelli concorrenziali per un periodo di tempo significativo senza perdere clienti, in misura tale da rendere tale strategia non redditizia*»⁵⁵⁹. Tale definizione, ponendo l'accento sui prezzi, non sembra essere aderente ai mercati digitali dove invece le aziende dominanti non sfruttano il proprio potere di mercato tramite l'imposizione di prezzi superiori a quelli di mercato (posto che il prezzo tende a zero), bensì tramite la raccolta e lo sfruttamento eccessivo dei dati personali degli utenti.

Vi è un'ulteriore definizione di potere di mercato, non direttamente legata alla dimensione del prezzo. Secondo la Corte di Giustizia, il potere di mercato è strettamente legato alla nozione di posizione dominante, che viene definita come «*una posizione di potere economico detenuta da un'impresa che le consente di ostacolare la concorrenza effettiva nel mercato rilevante, offrendo la possibilità di agire in maniera indipendente rispetto ai concorrenti, ai clienti e, in ultima istanza, ai consumatori*»⁵⁶⁰.

Il dominio del mercato consiste, dunque, nell'esercitare una pressione concorrenziale significativa nel mercato e sui concorrenti traendone un determinato vantaggio⁵⁶¹.

⁵⁵⁹ R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, 9th ed. op. cit. p. 183. La Commissione Europea ha enfatizzato l'importanza dell'elasticità della domanda nel caso *Microsoft* (Commissione europea, T-201/04, *Microsoft v. Commission*, 2007, par. 108-115), sottolineando che la capacità di imporre prezzi eccessivi, senza perdere clienti, sia indicativa di una posizione dominante.

⁵⁶⁰ C. giust. UE, sentenza del 13 febbraio 1979, causa C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, p. 461.

⁵⁶¹ Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza, Gazzetta ufficiale n. C 372 del 09/12/1997 pag. 0005 – 0013. Al par. 13, «*Le imprese sono soggette a tre principali fonti di*

Difatti, nei settori economici in cui la raccolta e l'utilizzo dei dati sono spesso considerati particolarmente importanti, come ad esempio i motori di ricerca o i *social network*, sono particolarmente concentrati, con pochi operatori che detengono già quote di utenti molto elevate, l'accumulo di grandi quantità di dati fornisce potere di mercato.

Dopo aver analizzato questa modifica già intercorsa nel diritto della concorrenza, l'accento deve essere necessariamente posto non sulle modalità di calcolo di tale potere, ma nelle nuove modalità in cui questo può essere esercitato nei mercati digitali, riprendendo quanto accennato in apertura alla presente sezione.

La forma di potere esercitata dalle piattaforme digitali che il diritto *antitrust* è chiamato a cogliere è profondamente mutata. Se si assume la nozione di potere elaborata in *Hoffmann-La Roche*, intesa come la capacità di influenzare il comportamento degli altri operatori di mercato inducendoli a conformarsi alla propria volontà senza ricorrere a coercizione fisica, e la si applica al contesto digitale, si riesce a descrivere la forma di esercizio di potere che le piattaforme esercitano nei mercati digitali. Queste, attraverso l'esercizio (potenzialmente abusivo) di tale potere, sono in grado di orientare desideri, preferenze e persino credenze dei consumatori. Ciò avviene attraverso molteplici tecniche già richiamate (e analizzate successivamente) in questo studio quali l'architettura della richiesta di consenso al trattamento dei dati personali, l'impiego di *dark patterns*, informative *privacy* insufficienti o complesse rispetto alle finalità ed alle modalità di trattamento dei dati, la discriminazione dei prezzi sulla base dell'analisi dei dati degli utenti, nonché forme di pubblicità comportamentale.⁵⁶²

pressioni concorrenziali; sostituibilità dell'offerta, sostituibilità della domanda e concorrenza potenziale. Dal punto di vista economico, e nella prospettiva della definizione del mercato rilevante, la sostituibilità sul versante della domanda costituisce il vincolo più immediato ed efficace che condiziona i fornitori di un determinato prodotto, specie in ordine alle loro decisioni in materia di prezzo. Un'impresa o un gruppo di imprese non possono esercitare un'influenza significativa sulle condizioni di vendita correnti, e in particolare sui prezzi, se i clienti sono in grado di passare agevolmente a prodotti sostitutivi disponibili sul mercato o a fornitori siti altrove. Fondamentalmente l'esercizio di definizione del mercato consiste nell'individuare le effettive fonti alternative di approvvigionamento dei clienti delle imprese interessate, tanto in termini di prodotti/servizi quanto di ubicazione geografica dei fornitori».

⁵⁶² M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il Diritto Antitrust*, op.cit., p. 272.

Ed ecco che si avvede il tema di come il potere di mercato possa oggi manipolare le scelte dei consumatori ed intervenire in modificazioni sul loro benessere (in una concezione differente dal prezzo), facendo compiere all'utente scelte di consumo che, in assenza di tali pratiche non avrebbe assunto e a diretto vantaggio della piattaforma dominante⁵⁶³.

Se le scelte compiute dai consumatori non sono genuine, il merito imprenditoriale viene innegabilmente meno; se i consumatori sono manipolati, i quali, sono i giudici ultimi dell'offerta di mercato e chiamati a «*servire il meccanismo selettivo proprio del mercato*»⁵⁶⁴, questo determina lo smarrimento del corretto funzionamento dei mercati. Per questa ragione, ha senso interrogarsi sulla possibilità che le nuove forme di esercizio di potere di mercato, che si basano sui dati personali e su pratiche manipolative, possano ledere il corretto funzionamento competitivo e, ridurre il benessere (ampio) dei consumatori digitali.

La manipolazione della domanda che avviene tramite l'esercizio di potere di mercato, smentisce anche l'argomento secondo il quale la condotta di una impresa non produca effetti anticompetitivi se i consumatori continuano a preferirla⁵⁶⁵. I mercati digitali sono caratterizzati difatti da alcuni particolari caratteristiche o effetti, i quali fanno sì che i consumatori continuino a fornire i propri dati personali ed accedere ai medesimi servizi di piattaforma, anche se non pienamente soddisfatti dell'offerta.

Questi alimentano il potere di mercato della piattaforma, facendo sì che gli utenti non abbiano altra scelta che accedere ai loro servizi, riducendo anche la possibilità che altri concorrenti rivali futuri entrino all'interno del mercato. Nella sezione che seguiranno verranno analizzati dal punto di vista della concorrenza; nel successivo capitolo quarto, si metteranno in luce i *bias* comportamentali dei consumatori nell'intersezione tra concorrenza e Regolamento GDPR.

⁵⁶³ Tale punto verrà approfondito nel capitolo quarto, quinto, sesto e settimo. Si veda I. GRAEF, *Consumer Sovereignty and Competition Law: from personalization to diversity*, op. cit.

⁵⁶⁴ M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il Diritto Antitrust*, op. cit., p. 273.

⁵⁶⁵ Si veda capitolo quarto.

3.10.2 Il calcolo del potere di mercato

Una delle prime conseguenze dell'ingresso dei dati personali nell'analisi della concorrenza riguarda il potere di mercato: oggi, nei mercati digitali, il controllo sui dati personali è diventato un indicatore rilevante del potere di mercato⁵⁶⁶. Dunque, la concorrenza per la raccolta di tale *asset* risulta essere centrale nelle dinamiche competitive dei mercati digitali.

La nozione di potere di mercato riveste un ruolo centrale nel diritto della concorrenza europeo ed è funzionale a valutare la posizione di un'impresa all'interno di un dato mercato (il cd. mercato rilevante).

Al fine di calcolare il potere di mercato è necessario svolgere l'analisi del mercato rilevante⁵⁶⁷, che si distingue in mercato del prodotto (insieme di beni o servizi che sono sostituibili dal punto di vista della domanda e dell'offerta) e mercato geografico⁵⁶⁸ (area in cui le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee per determinare la posizione di mercato. La presunzione (confutabile) di potere di mercato dominante è che una società è dominante se controlla oltre il 50% delle quote di mercato⁵⁶⁹.

In relazione ai mercati digitali, la questione del calcolo del potere di mercato risulta essere peculiare⁵⁷⁰.

⁵⁶⁶ Cfr. OECD, *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy*, op. cit.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, par. 25 e ss.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, par. 28 e ss.

⁵⁶⁹ C. giust. UE, sentenza 3 luglio 1991, causa C-62/86, *Akzo /Commissione*, ECLI:EU:C:1991:286, par. 60. Ad esempio, nella sentenza del Tribunale del 12 dicembre 1991, *Hilti/Commissione*, T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70, punto 92, una quota di mercato compresa tra il 70 % e l'80 % è stata considerata una chiara indicazione dell'esistenza di una posizione dominante in un mercato rilevante. Tuttavia, anche quote di mercato inferiori possono essere indicative di una posizione dominante. Si veda C. giust. UE, sentenza 14 febbraio 1978, in causa 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal/Commissione*, ECLI:EU:C:1978:22, par. 108 e 109, nel contesto della quale è stata riscontrata una posizione dominante a fronte di una quota di mercato compresa tra il 40 % e il 45 %. In tale scenario, occorre prendere in considerazione fattori diversi dalla quota di mercato dell'impresa interessata, quali la forza e il numero di concorrenti (cfr. anche sentenza del Tribunale del 17 dicembre 2003, *British Airways/Commissione*, T-219/99, ECLI:EU:T:2003:343, punti 211 e 224). Le quote di mercato inferiori al 10 % escludono l'esistenza di una posizione dominante, fatte salve circostanze eccezionali (cfr. C. giust. UE, sentenza 22 ottobre 1986, in causa 75/84, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Commissione*, ECLI:EU:C:1986:399, par. 85 e 86).

⁵⁷⁰ OECD, *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy*, op. cit., p. 7, «Le limitazioni delle quote di mercato sono particolarmente pronunciate per quanto riguarda le piattaforme digitali».

Una prima questione è relativa alla multilateralità delle piattaforme (cd. piattaforme *multi-sided*); le piattaforme si definiscono multilaterali quando presentano due lati del mercato e la piattaforma assume un ruolo di intermediario tra gli stessi⁵⁷¹. Da un lato, vi sono i consumatori a cui viene offerto gratuitamente il servizio e, dall'altro, vi sono gli inserzionisti pubblicitari, i quali sostengono un costo economico piuttosto elevato per gli spazi pubblicitari all'interno della piattaforma⁵⁷². La natura multilaterale di queste piattaforme rappresenta una sfida specifica: se si analizza solo uno dei lati del mercato per valutare il potere di mercato, il risultato sarà inevitabilmente parziale, soprattutto quando il consumo di un lato è finanziato dall'altro, come accade nei modelli basati sulla pubblicità. Inoltre, definire il mercato "gratuito" dei prodotti e servizi non è stato semplice in passato, generando difficoltà che saranno approfondite nel capitolo quarto⁵⁷³ e sesto⁵⁷⁴.

In altre parole, stimare l'impatto di un ipotetico esercizio del potere di mercato su un lato del mercato dovrà tenere conto della reazione sugli altri lati del mercato⁵⁷⁵.

Un'attenzione ristretta alle quote di mercato all'interno di un determinato mercato potrebbe anche generare conclusioni particolarmente fuorvianti per quanto riguarda gli ecosistemi di prodotti digitali

⁵⁷¹ J. ROCHET, J. TIROLE, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 2003, p. 995 e ss.

⁵⁷² Comunicazione della Commissione, sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza (C/2024/1645), cit. par. 94 «Le piattaforme *multi-sided* consentono le interazioni tra gruppi diversi di utenti, creando una situazione nella quale la domanda di un gruppo di utenti influisce sulla domanda degli altri gruppi. In tale circostanza la reazione di un gruppo a un cambiamento delle condizioni di offerta può incidere anche su altri gruppi, dando origine a catene di reazioni (*feedback loops*) tra i diversi lati della piattaforma, ossia a effetti di rete indiretti. Di norma le piattaforme internalizzano tali effetti di rete indiretti tra gruppi diversi quando stabiliscono le loro condizioni di offerta».

⁵⁷³ Si veda capitolo quarto, in relazione all'operazione di concentrazione *Facebook/Whatsapp* del 2014.

⁵⁷⁴ Nel capitolo sesto si analizzerà la sfida specifica rispetto all'utilizzo, nell'ambito della sostituibilità della domanda, del test *SSNIP*. Tale sfida è poi riconosciuta dalla stessa Commissione europea, in Comunicazione della Commissione, sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza (C/2024/1645), cit. par. 96 «Nella pratica, la presenza di effetti di rete indiretti può rendere la valutazione della sostituzione sul versante della domanda e, in particolare, l'applicazione del test *SSNIP* più impegnativa rispetto a circostanze nelle quali non esiste tale interdipendenza della domanda tra gruppi di utenti».

⁵⁷⁵ OECD, *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy*, op. cit., par. 3.1.

interconnessi. I collegamenti tra questi prodotti potrebbero incidere sul grado di potere di mercato detenuto da un'impresa, in particolare se sussistono limitazioni all' interoperabilità di prodotti provenienti da ecosistemi diversi⁵⁷⁶.

Tuttavia, la quota di mercato non è l'unico indicatore del potere di mercato, sebbene risulti uno strumento essenziale per l'analisi.

Da un lato, si possono pensare ad indicatori ulteriori rispetto alle quote di mercato. Nei mercati digitali si potrebbero ipotizzare quali la quota di utenti, la quota di transazioni e le statistiche sull'utilizzo (visite sui siti *web*)⁵⁷⁷.

Dall'altro, come suggerito dalla sentenza *Hoffmann-La Roche*⁵⁷⁸, indice della posizione dominante ai fini della prova di potere di mercato, si deve guardare, unitamente alla quota di mercato, alla presenza di ulteriori fattori. In tale sentenza, si sottolineavano le barriere all'ingresso, quali ostacoli normativi, economici e tecnologici che impediscono l'ingresso di nuovi concorrenti nel mercato. Tra gli altri, nei mercati digitali emergono ulteriori fattori: effetti di rete (diretti e indiretti), economie di scala, possibilità di *multi-homing*, presenza di costi di *switching* e accesso ai dati personali.

⁵⁷⁶ Cfr. D. TEECE, H. KAHWATY, *Rebooting Digital Market Power*, in *Competition policy International*, 2020.

⁵⁷⁷ Nella decisione *Google Shopping*, la Commissione europea si è concentrata sulle quote di mercato in base al volume di ricerca come indicatore, tenuto conto della natura a prezzo zero dei servizi di ricerca generale, delle difficoltà nell'ottenere dati verificabili sui ricavi associati alle singole ricerche e del fatto che i volumi erano un criterio chiave per gli inserzionisti nella scelta del luogo in cui collocare i loro annunci. Commissione europea, decisione AT.39740, *Google Shopping*, 27 giugno 2017, par. 275.

⁵⁷⁸ Cfr. C. giust. UE, *Hoffmann-La Roche v. Commission*, C-85/76, cit. par. 39. L'origine storica di questo concetto è stata fatta risalire a una serie di casi antecedenti, tra i quali la sentenza *Continental Can* (causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. contro Commissione*, 21 febbraio 1973, Racc. 1973, p. 215), dove già si delineava l'idea per cui l'impresa dominante debba "evitare condotte che, pur forse legittime in astratto, nel contesto del potere di mercato acquisito finiscono con il ledere gli altri operatori e, di conseguenza, la struttura concorrenziale" (cfr. E. Gualandri, "La responsabilità speciale delle imprese dominanti", in *Diritto della Concorrenza*, 2017, p. 25). Tuttavia, fu solo con *Hoffmann-La Roche* che la formula venne consacrata in maniera esplicita, creando la base per ulteriori sviluppi sia in giurisprudenza sia a livello dottrinale.

Un significativo riconoscimento del valore dei dati personali nei mercati multilaterali è dato dalla nuova Sez. 18 del GWB, al comma 3a⁵⁷⁹, la legge tedesca sulla concorrenza, che ritiene come fonti di potere di mercato, nei mercati digitali: i) gli effetti di rete diretti ed indiretti; ii) l'uso parallelo di differenti servizi (*multi-homing*); iii) le economie di scala; iv) l'accesso da parte dell'impresa a dati rilevanti per la concorrenza; v) la pressione competitiva dettata dall'innovazione.

Oltre al diritto tedesco della concorrenza che include tale fattore come indice normativo per l'individuazione del potere di mercato digitale, le autorità garanti della concorrenza australiane, canadesi, della Commissione europea, del Regno Unito e degli Stati Uniti hanno tutte indicato che l'accumulo di dati da parte di un operatore rappresenta una barriera significativa all'ingresso, dati gli effetti di rete associati e le economie di scala⁵⁸⁰.

Gli effetti di rete rappresentano uno dei fattori chiave per comprendere le dinamiche di concorrenza nei mercati digitali, nonché fattore da considerare nella valutazione del potere di mercato, riducendo la sostituibilità dei servizi da parte dei consumatori e sia nel creare barriere all'ingresso al mercato⁵⁸¹. Gli effetti di rete sono presenti quando il valore del prodotto A fluttua (direttamente o inversamente) al variare del numero di clienti di tale prodotto. In altre parole, sono quel fenomeno per il quale il valore di un bene o servizio aumenta all'aumentare del numero di utenti che lo utilizzano, creando una spinta verso la concentrazione del mercato. In particolare, gli effetti di rete possono

⁵⁷⁹ Legge tedesca sulla concorrenza, (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*), Bundesgesetzblatt (Federal Law Gazette) I, 2013, p. 1750, sez. 18a, «(3a) In particular in the case of multi-sided markets and networks, in assessing the market position of an undertaking account shall also be taken of: 1. direct and indirect network effects, 2. the parallel use of several services and the switching costs for users, 3. the undertaking's economies of scale arising in connection with network effects, 4. the undertaking's access to data relevant for competition, 5. competitive pressure driven by innovation».

⁵⁸⁰ Si veda, ACCC, *Australian Competition & Consumer Commission: Digital Platforms Inquiry: Final Report*, 2019; Competition Bureau of Canada's statement regarding Thoma Bravo's acquisition of Aucerna, 2019; UK Competition & Markets Authority's Final Report on the Anticipated Acquisition by Sabre Corporation of Farelogix Inc. 2020.

⁵⁸¹ Si vedano le decisioni della Commissione europea *Google Shopping* (AT.39740), *Microsoft/LinkedIn* (M.8124), *Google/Fitbit* (M.9660), *Google Search* (AT.40411); la decisione dell'autorità di concorrenza francese in *Google Search* (19-D-26); la decisione dell'autorità italiana di concorrenza (AGCM) *Amazon* (A528).

essere distinti in effetti di rete diretti, in cui l'utilità di un servizio aumenta all'aumentare del numero di altri utenti dello stesso servizio (come accade nei *social media* o nelle piattaforme di messaggistica), ed effetti di rete indiretti, in cui l'aumento degli utenti su un lato del mercato migliora il valore per gli utenti su un altro lato, come nei mercati a più versanti (*multi-sided markets*) quali le piattaforme di *e-commerce* e pubblicità *online*⁵⁸².

In questo contesto, la raccolta dei dati personali assume un ruolo centrale: all'aumentare degli utenti, cresce anche la quantità e la varietà dei dati personali generati e acquisiti dalla piattaforma. Questi dati vengono impiegati per migliorare servizi, ottimizzare algoritmi, personalizzare contenuti e rendere più efficiente la pubblicità mirata. Questo, a sua volta, aumenta il valore economico della piattaforma e la sua capacità di attrarre ulteriori utenti e investimenti pubblicitari, alimentando il circolo virtuoso (o vizioso) degli effetti di rete⁵⁸³.

Va sottolineato che gli effetti di rete indiretti non sono necessariamente simmetrici. Ad esempio, il valore di un *social network* per gli inserzionisti pubblicitari aumenta con il numero di utenti, ma non è chiaro e persino dubbio che gli utenti apprezzino direttamente un numero maggiore di inserzionisti o di annunci pubblicitari, anche se possono valutare positivamente gli investimenti effettuati dal *social network* per migliorare i propri servizi grazie a questi introiti pubblicitari.

Gli effetti di rete possono avere un impatto negativo sulla concorrenza, portando alla concentrazione del mercato, proteggendo la posizione dominante dell'impresa; maggiori utenti, maggiori dati e un aumento di potere di mercato⁵⁸⁴. Per tale ragione, gli effetti di rete sono considerati una potenziale barriera all'ingresso o un elemento di tale barriera e, quindi, un fattore che limita l'ingresso di concorrenti alternativi e che le piattaforme sfruttano affinché nuovi ingressi non avvengano.

Secondo Evans, in questi mercati, tuttavia, noti anche come mercati dell'attenzione⁵⁸⁵, l'ingresso di nuovi entranti può facilmente sconvolgere il potere del mercato rivolgendo la loro attenzione ai consumatori presso

⁵⁸² J. ROCHET, J. TIROLE, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, op. cit., p. 990.

⁵⁸³ OECD, *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy*, op. cit., p. 10.

⁵⁸⁴ SI veda T. WU, *Blind Spot: The Attention Economy and the Law*, *Antitrust Law Journal*, 2017.

⁵⁸⁵ D. S. EVANS, *The Economics of Attention Markets*, op. cit.

di essi piuttosto che alle piattaforme ben stabilite, cd. effetto di ribalta o di cd. *market tipping*⁵⁸⁶.

In secondo luogo, si possono menzionare le economie di scala⁵⁸⁷. Queste si manifestano quando l'aumento della produzione consente una riduzione del costo medio per unità, in quanto i costi fissi vengono distribuiti su un numero crescente di output mentre i costi marginali rimangono contenuti. Nei mercati digitali tale fenomeno assume un'intensità peculiare: i servizi digitali presentano spesso costi fissi molto elevati, soprattutto per attività di ricerca, sviluppo e infrastruttura tecnologica, mentre i costi variabili sono bassi o quasi nulli, poiché l'aggiunta di un nuovo utente non comporta praticamente alcun costo marginale per la piattaforma. I costi fissi significativi e le conseguenti economie di scala sono stati riconosciuti in una serie di decisioni dell'autorità garante della concorrenza nei mercati digitali, sebbene sia controversa la loro natura dirimente per l'individuazione del potere di mercato.

Tra i fattori di costo che possono contribuire al potere di mercato delle imprese digitali e che meritano considerazione rientrano, anzitutto, le difficoltà per i nuovi entranti di raggiungere la scala operativa degli operatori storici, i quali beneficiano di dimensioni e infrastrutture già consolidate⁵⁸⁸. A ciò si aggiungono condizioni di finanziamento generalmente più favorevoli per gli *incumbent*, che possono accedere più agevolmente a capitali necessari per sostenere investimenti continui⁵⁸⁹.

Ulteriori elementi rilevanti sono i costi, spesso ingenti, necessari ai nuovi operatori per acquisire volumi di dati comparabili a quelli detenuti dai *first movers*, nonché i costi legati alle sovvenzioni sui prodotti e servizi che le piattaforme devono sostenere per attivare e mantenere effetti di rete sufficientemente ampi da renderle competitive. Questi fattori, considerati congiuntamente, contribuiscono a rafforzare il vantaggio competitivo

⁵⁸⁶ M.E. STUCKE, A., EZRACHI, *Virtual Competition. The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, op. cit.

⁵⁸⁷ Comunicazione della Commissione, sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza (C/2024/1645), cit. par. 8.

⁵⁸⁸ Questo è esplorato da L. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *Yale Law Journal*, Vol. 126, 2017.

⁵⁸⁹ OECD, *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy*, op. cit. p. 12.

degli operatori storici e a rendere il mercato particolarmente difficile da contendere. Da ultimo, la particolare importanza delle economie di scala è stata riconosciuta attraverso le modifiche alla legge tedesca sulla concorrenza, che ora menzionano esplicitamente le economie di scala come fattori che contribuiscono al potere di mercato⁵⁹⁰.

In terzo luogo, vi sono i costi di *switching*, quali “costi” che un utente deve sostenere per cambiare fornitore o piattaforma⁵⁹¹. Più sono alti questi costi, più diventa difficile o svantaggioso per l’utente abbandonare il servizio che utilizza.

Non si tratta necessariamente, o esclusivamente, di costi economici: i costi di *switching* includono anche il tempo richiesto per cambiare fornitore, la difficoltà nel reperire le informazioni necessarie per effettuare la transizione e, soprattutto, gli oneri legati al trasferimento dei propri dati da un servizio all’altro, al fine di ottenere dal concorrente un livello di funzionalità altrettanto completo e personalizzato.

È ben noto come i costi di passaggio contribuiscano a formare e mantenere il potere di mercato⁵⁹². Sono funzionali a scoraggiare i consumatori dal

⁵⁹⁰ Legge tedesca sulla concorrenza, (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*), Bundesgesetzblatt (Federal Law Gazette) I, 2013, p. 1750, sez. 18°, punto 3°, «*In particular in the case of multi-sided markets and networks, in assessing the market position of an undertaking account shall also be taken of: 1. direct and indirect network effects, 2. the parallel use of several services and the switching costs for users, 3. the undertaking's economies of scale arising in connection with network effects, 4. the undertaking's access to data relevant for competition, 5. competitive pressure driven by innovation*».

⁵⁹¹ Comunicazione della Commissione, sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza (C/2024/1645), cit. par. 57 «*«esistono diversi ostacoli potenziali alla sostituzione così come costi legati al passaggio a nuovi prodotti. Tali ostacoli e costi possono essere causati da un'ampia gamma di fattori, tra cui gli obblighi contrattuali, i costi per la ricerca di prodotti alternativi, l'incertezza sulla qualità e sulla reputazione dei prodotti alternativi, i costi per apprendere come utilizzare altri prodotti o per adattare i propri processi produttivi, il riconoscimento del marchio, gli ostacoli normativi o altre forme di intervento da parte dello Stato, l'esistenza di effetti di rete, i costi della portabilità dei dati o il livello di interoperabilità con altri prodotti, o ancora altre dipendenze relative ai dati, all'integrazione dei prodotti o a complementarità di utilizzo» e par. 58, «Gli ostacoli al passaggio a un nuovo prodotto possono sorgere anche quando non è possibile per i clienti passare da un canale di vendita a un altro. Ad esempio, le pressioni concorrenziali relative alla fornitura di componenti per autoveicoli sul mercato dei componenti originali possono differire rispetto a quelle rilevate nella fornitura di tali componenti come pezzi di ricambio, nel caso in cui i clienti dei pezzi di ricambio non siano in grado di ottenere tali componenti alle condizioni offerte ai fabbricanti dei componenti originari. Ciò può portare alla definizione di due distinti mercati rilevanti del prodotto».*

⁵⁹² J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, op. cit.

cambiare servizio, rendendo più difficile l'ingresso di concorrenti alternativi nei mercati consolidati, riducendone gli incentivi.

Nei mercati digitali, come i mercati delle reti sociali, i costi di passaggio possono assumere diverse forme: perdita di dati, tempo necessario per configurare un nuovo *account* o reinserire le informazioni, funzionalità ridotte dei prodotti correlati a causa della mancanza di interoperabilità, necessità di riacquistare contenuti specifici e persino il tempo necessario per apprendere nuovi sistemi⁵⁹³. Ad esempio, la Commissione australiana per la concorrenza e i consumatori (ACCC) ha osservato che il passaggio tra gli ecosistemi di dispositivi mobili Apple e Google potrebbe causare ai consumatori la perdita delle *app* acquistate e dei servizi in abbonamento, la perdita di funzionalità di hardware collegato aggiuntivo e il tempo trascorso a scaricare nuovamente applicazioni e dati scoraggiando così la dinamicità del mercato⁵⁹⁴.

I costi di passaggio sono strettamente interrelati con gli effetti di rete⁵⁹⁵. Facendo l'esempio dei *social network*, maggiori utenti sono presenti all'interno di un servizio e maggiormente gli stessi saranno incentivati dal restare all'interno della stessa piattaforma *social*, essendo lo scopo dello stesso servizio quello mettere in relazione gli utenti della rete a scopo di socialità.

I benefici delle esternalità di rete di una piattaforma sociale derivano, in larga misura, dalla difficoltà per gli utenti di migrare collettivamente verso un servizio alternativo: i costi di *switching* rendono infatti improbabile una migrazione di massa verso un altro *social*

⁵⁹³ OECD, *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy*, op. cit. p. 16.

⁵⁹⁴ ACCC, *Australian Competition & Consumer Commission: Digital platform services inquiry, Interim report No. 2 - App marketplaces*, 2021, reperibile al link <https://www.accc.gov.au/publications/serial-publications/digital-platform-services-inquiry-2020-2025/digital-platform-services-inquiry-march-2021-interim-report>.

⁵⁹⁵ Comunicazione della Commissione, sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza (C/2024/1645) cit. par. 57 «Esistono diversi ostacoli potenziali alla sostituzione così come costi legati al passaggio a nuovi prodotti. Tali ostacoli e costi possono essere causati da un'ampia gamma di fattori, tra cui gli obblighi contrattuali, i costi per la ricerca di prodotti alternativi, l'incertezza sulla qualità e sulla reputazione dei prodotti alternativi, i costi per apprendere come utilizzare altri prodotti o per adattare i propri processi produttivi, il riconoscimento del marchio, gli ostacoli normativi o altre forme di intervento da parte dello Stato, l'esistenza di effetti di rete, i costi della portabilità dei dati o il livello di interoperabilità con altri prodotti, o ancora altre dipendenze relative ai dati, all'integrazione dei prodotti o a complementarità di utilizzo».

*network*⁵⁹⁶. La migrazione degli utenti può avvenire solo qualora il singolo utente, abbia l'aspettativa che altri utenti migreranno ugualmente presso un social network concorrente. Fattispecie che, sebbene possibile, risulta essere piuttosto rara nella pratica delle piattaforme digitali⁵⁹⁷. Pertanto, gli effetti di rete, creando una sorta di collante tra gli utenti presenti nei vari lati del mercato, disincentivano gli utenti a cambiare fornitore, a meno che non siano tutti gli utenti collettivamente a farlo; fenomeno che, sebbene plausibile e possibile, avviene lentamente.

Gli operatori godono dunque, del vantaggio da primo entrante nel mercato (cd. vantaggio da *first mover*).

Un fenomeno ulteriore da analizzare è il *multi-homing*. Tale fenomeno consiste nella possibilità degli utenti di utilizzare più servizi digitali (similari o analoghi) simultaneamente e presenta implicazioni sulle dinamiche di mercato⁵⁹⁸, permettendo a piattaforme differenti di reperire dati personali degli utenti⁵⁹⁹.

Tuttavia, il *multi-homing* non è una indice di competizione effettiva. Nello studio congiunto, le autorità garanti della concorrenza tedesca e francese sottolineano che nei mercati a prezzo zero, anche in presenza di *multi-homing*, i nuovi operatori possono avere difficoltà ad attrarre i

⁵⁹⁶ Questi possono essere ostacoli tecnici all'abbandono di una piattaforma con la contestuale migrazione anche di tutti i dati personali (anche dati relativi agli acquisiti fatti, ai post pubblicati, alle canzoni salve, ai like), oltre che gli amici presenti nella propria lista alla piattaforma alternativa; l'assenza di tali elementi potrebbe far perdere l'incentivo dell'utente a scegliere tale altra piattaforma concorrente nel mercato.

⁵⁹⁷ *Ibidem*. Gli autori sottolineano lo scenario negativo determinato dai costi di passaggio per gli aspiranti entranti e gli innovatori. Chiamano "costo di commutazione collettivo" quello derivante dagli effetti delle esternalità di rete, il quale funziona in modo non lineare. Convincere 10 persone connesse in una rete a passare alla rete incompatibile è dieci volte più difficile che convincere un singolo cliente a cambiare. Ritengono che, tuttavia, servono tutti e dieci, o la maggior parte di essi: nessuno vorrà essere il primo a rinunciare alle esternalità di rete e rischiare di rimanere bloccato. Questo avviene perché vi è una difficoltà per gli utenti a coordinarsi per passare ad una tecnologia incompatibile. Ritengono, pertanto, che il controllo che si ha una ampia gamma di utenti, è una delle risorse più grandi che un'impresa possa avere.

⁵⁹⁸ OECD *Competition for the Market: Background note by the Secretariat*, 2019. Con l'*homing* unico, che contrasta il *multi-homing*, gli utenti selezionano un solo prodotto digitale, il che significa che le imprese competono per acquisire una quota esclusiva delle attività di un utente.

⁵⁹⁹ OECD, *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy*, op. cit. p. 12. Difatti, nel *multi-homing*, in cui i consumatori possono utilizzare diversi prodotti digitali, il che significa che le imprese competono non per gli utenti ma a un livello più granulare, ad esempio sulla base di una singola transazione o di una quota di attenzione di un utente.

consumatori⁶⁰⁰. La minaccia per le piattaforme dominanti può essere minima se l'ingresso di nuovi operatori reso possibile dal *multi-homing* proviene principalmente da servizi specializzati che, pur essendo vantaggiosi per i consumatori, possono essere al limite dell'appartenenza a un mercato distinto e che quindi non sono in grado di imporre una pressione concorrenziale all'operatore storico minacciando il suo prodotto principale. In altre parole, il *multi-homing* può essere indicativo di una significativa sostituibilità o di una significativa differenziazione, con implicazioni diverse per le dinamiche competitive⁶⁰¹.

Infine, come sopra accennato e qui di maggiore interesse, i dati personali sono qualificati alla stregua di un fattore di produzione raro, il cui accesso agli stessi conferisce all'impresa potere di mercato⁶⁰². La stessa Commissione Europea ha indicato che l'accumulo di dati personali da parte di un operatore digitale rappresenta una barriera significativa all'ingresso, dati gli effetti di rete associati e le economie di scala⁶⁰³. Ad esempio, nella decisione *Google/Fitbit*, la Commissione ha rilevato il potenziale dei dati Fitbit di rafforzare la posizione dominante di Google nella pubblicità associata alla ricerca *online*, affermando: «(...)nessuno dei concorrenti di Google nella pubblicità online ha accesso a un database o a capacità di raccolta dati equivalenti a quelle di Fitbit e non è probabile che acquisiscano tali risorse senza incorrere in costi significativi e in modo tempestivo»⁶⁰⁴.

L'importanza oggettiva di un dato *set* di dati per la capacità di un'impresa di competere, e quindi il suo contributo al potere di mercato se detenuto in modo esclusivo, è una questione fondamentale.

L'esercizio di potere di mercato per l'ottenimento di un grande quantitativo di dati personali risulta palese nella sua utilità per la piattaforma, dimostrando che le imprese avranno un incentivo a precludere

⁶⁰⁰ Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, 2016, p. 30 e ss,

⁶⁰¹ Per una trattazione sul punto, OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, in *OECD Publishing*, Paris, 2018.

⁶⁰² OECD, *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy*, op. cit., p. 14.

⁶⁰³ Commissione Europea, decisione del 27 giugno 2017, caso AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, par. 457.

⁶⁰⁴ Commissione europea, decisione M.9960, *Google/Fitbit*, 17 dicembre 2020.

l'accesso dei concorrenti a tali dati⁶⁰⁵. L'analisi della questione è svolta nel capitolo quarto, quinto e sesto.

3.10.2 La nuova tassonomia dei soggetti del mercato digitale: data-poli, gatekeeper e ecosistemi

Dopo aver analizzato il potere di mercato e le principali caratteristiche dei mercati digitali, resta ora da individuare gli attori che in questi mercati determinano l'offerta e, come già evidenziato, anche la domanda dei servizi digitali.

I mercati digitali sono governati dall'operato delle piattaforme digitali⁶⁰⁶.

Tuttavia, dato il potere che essi hanno raggiunto nel mercato tramite i dati personali, questi centri di potere vengono indicati da Stucke, prendendo le mosse dal tradizionale concetto dei monopoli, come «*data-polies*»⁶⁰⁷. I data-poli sono generalmente definiti come operatori che controllano una piattaforma chiave, attraverso la quale scorrono un volume ed una varietà altamente significativa di dati ed informazioni personali degli utenti⁶⁰⁸.

Attualmente, le piattaforme indicate come data-poli sono Google, Apple, Facebook (Meta) e Amazon e Microsoft ed è diventato comune

⁶⁰⁵ Cfr. I. GRAEF, *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, in *World Competition*, Vol. 38/4, 2015.; OECD *Conglomerate Effects of Mergers - Background note by the Secretariat*, 2020.

⁶⁰⁶ Posto che non esiste un'unica definizione orizzontale, la nozione di "piattaforma digitale" è settoriale e funzionale. Il Regolamento (UE) 2022/1925 – Digital Markets Act (DMA) non usa espressamente l'espressione "piattaforma digitale", ma definisce i "servizi di piattaforma di base" (*core platform services*), elencandoli all'art. 2, punto 2: «*servizi di intermediazione online, motori di ricerca online, servizi di social network online, servizi di piattaforma di condivisione di video, servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero, sistemi operativi, browser web, assistenti virtuali, servizi di cloud computing, servizi di pubblicità online...*» ed è funzionale all'individuazione della nozione di *gatekeeper*. Regolamento (UE) 2022/2065 – Digital Services Act (DSA) Art. 3, lett. i) definisce "piattaforma online" (*online platform*): «*un servizio di intermediazione online che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde al pubblico informazioni, a meno che tale attività non costituisca un'attività meramente accessoria di un altro servizio e per motivi tecnici non possa essere utilizzata senza tale altro servizio*».

⁶⁰⁷ M.E. STUCKE, *Should We Be Concerned About Data-polies?*, in *Georgetown Law Technology Review* 275, 2018.

⁶⁰⁸ *Ibidem*.

parlare di queste aziende riferendosi a loro (in acronimo) come “GAMMA”.

Mentre Stucke li definisce «*data-opolies*», Lynskey si avvicina al potere della piattaforma sostenendo che tale nozione dovrebbe essere sostituita dal concetto più ampio di «*gatekeeper digitale*» per riflettere adeguatamente il potere sui flussi di informazioni e sul comportamento individuale che tali *gatekeeper* possono esercitare⁶⁰⁹.

Il termine *gatekeeper*, letteralmente tradotto significa «*controllore all'accesso*» nel nuovo Regolamento *Digital Markets Act*⁶¹⁰, per sottolineare il ruolo di guardiani per l'accesso ai mercati digitali e, quindi ai dati degli utenti⁶¹¹.

A prescindere dalla tassonomia, Stucke e Lynskey convergono nell'osservare che i data-poli o i *gatekeeper* digitali siano diversi dai monopoli convenzionali del mondo *offline*, perché, a differenza dei precedenti monopoli, è improbabile che i data-poli esercitino il loro potere (solo) facendo pagare prezzi più alti ai consumatori.

Entrambi convergono nel definire che ciò non significa che siano «*innocui*»⁶¹²; tali centri di potere sollevano preoccupazioni relative riduzione della *privacy*, qualità degradata, un trasferimento di ricchezza

⁶⁰⁹ Cfr. O. LYNKEY, *Regulating Platform Power*, in *LSE Legal Studies*, Working Paper No. 1/2017, 2017.

⁶¹⁰ 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) (Testo rilevante ai fini del SEE).

⁶¹¹ Ibidem, ai sensi dell'art. 3 del DMA, un'impresa è designata come *gatekeeper* se: «a) ha un impatto significativo sul mercato interno; b) fornisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (gateway) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; e c) detiene una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro. 2. Si presume che un'impresa soddisfi i rispettivi requisiti di cui al paragrafo 1: a) in relazione al paragrafo 1, lettera a), se raggiunge un fatturato annuo nell'Unione pari o superiore a 7,5 miliardi di EUR in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari, o se la sua capitalizzazione di mercato media o il suo valore equo di mercato equivalente era quanto meno pari a 75 miliardi di EUR nell'ultimo esercizio finanziario, e se essa fornisce lo stesso servizio di piattaforma di base in almeno tre Stati membri; b) in relazione al paragrafo 1, lettera b), se fornisce un servizio di piattaforma di base che, nell'ultimo esercizio finanziario, annovera almeno 45 milioni di utenti finali attivi su base mensile, stabiliti o situati nell'Unione, e almeno 10 000 utenti commerciali attivi su base annua stabiliti nell'Unione, identificati e calcolati conformemente alla metodologia e agli indicatori di cui all'allegato; c) in relazione al paragrafo 1, lettera c), se le soglie di cui alla lettera b) del presente paragrafo sono state raggiunte in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari»

⁶¹² STUCKE, M.E., *Should We Be Concerned About Data-opolies?*, op. cit. 280.

dai consumatori ai data-poli, una riduzione dell'innovazione, la compromissione della concorrenza effettiva nei mercati in cui dominano, nonché preoccupazioni politiche, sociali e morali⁶¹³.

L'utilizzo dei dati personali nell'attività di impresa delle piattaforme digitali ha esacerbato un ulteriore fenomeno: l'ascesa degli ecosistemi digitali. Nella sentenza *Google e Alphabet/Commissione*, il Tribunale ha affermato che «in un "ecosistema" digitale i prodotti o i servizi che fanno parte dei mercati rilevanti che costituiscono tale ecosistema possono sovrapporsi o essere collegati tra loro sulla base della loro complementarità orizzontale o verticale»⁶¹⁴.

Le piattaforme che hanno raggiunto la dominanza nei mercati digitali di riferimento, difatti, intravedendo redditizie prospettive economiche, hanno iniziato ad espandersi in altri mercati differenti (o creandone di nuovi, nei quali non erano dominanti) i c.d. mercati (di prodotti o servizi) correlati. Espandendo il loro dominio in nuove porzioni di mercato digitale, hanno raggiunto una posizione così essenziale nell'infrastruttura digitale da diventare a tutti gli effetti sinonimo di utilizzo di Internet agli occhi dei consumatori⁶¹⁵.

La principale caratteristica del loro modello di *business* sono i dati personali, che si qualificano quale risorsa condivisa in ogni ramo che compone l'intero ecosistema⁶¹⁶. Gli ecosistemi funzionano attraverso la raccolta di dati personali che avviene a livello decentralizzato da parte di ogni filiale; la loro analisi avviene a livello centrale ed aggregato⁶¹⁷.

⁶¹³ *Ibidem*.

⁶¹⁴ C. giust. UE, sentenza 14 settembre 2022, in causa T-604/18, *Google e Alphabet/Commissione*, ECLI:EU:T:2022:541, par. 116.

⁶¹⁵ Tribunale dell'Unione Europea, sentenza 14 settembre 2022, in causa T-604/18, *Google LLC e Alphabet Inc. c. Commissione (Google Android)*, ECLI:EU:T:2022:541, para 54; 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) (Testo rilevante ai fini del SEE), considerando 2 e 3 e art. 3; CRÉMER J., DE MONTJOYE Y., ASCHWEITZER H., *Competition Policy for the Digital Era*, op. cit, p. 13.

⁶¹⁶ S. Y., ESAYAS, *Competition in (Data) Privacy: 'Zero'-Price Markets, Market Power, and the Role of Competition Law*, in *International Data Privacy Law*, 2018, p. 182.

⁶¹⁷ W. SAUTER, *A Duty of Care to Prevent Online Exploitation of Consumers? Digital Dominance and Special Responsibility in EU Competition Law*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2020, p. 408.

A livello centrale avviene, difatti, la profilazione e la personalizzazione dei servizi, attirando i consumatori da un lato del mercato e, dall'altro, forniscono spazi pubblicitari agli inserzionisti che, tramite l'analisi dei dati, realizzano una pubblicità comportamentale. Attraverso questa struttura, si intensificano gli effetti di rete e si massimizza il profitto⁶¹⁸.

Gli ecosistemi digitali che si basano sullo sfruttamento dei dati personali hanno portato alla nascita di un nuovo modello di *business* differente da quello esistente nei mercati tradizionali. Mentre in questi ultimi i rami d'azienda sono effettivamente separati, i rami di un ecosistema sono fortemente interconnessi tramite la condivisione dei dati personali, quale risorsa condivisa⁶¹⁹.

Anche il potere di mercato cambia; gli ecosistemi digitali riescono a raggiungere il dominio su porzioni considerevoli dell'intero mercato digitale, rendendo i consumatori sono sempre più dipendenti da tali società. Gli ecosistemi, potendo contare su un numero molto elevato di utenti nei diversi mercati di prodotti e servizi che li compongono e, quindi, sulla disponibilità di una quantità predominante di dati personali, dispongono di un patrimonio informativo più ampio da analizzare. Unito a tecniche di analisi algoritmica particolarmente avanzate, questo consente loro di rafforzare gli effetti di rete sui consumatori e, allo stesso tempo, di aumentare i profitti⁶²⁰.

Gli ecosistemi possono anche ostacolare una concorrenza basata sui meriti per i nuovi servizi. Offrono infatti servizi complementari, collegati tra loro tramite API che consentono di raccogliere e trattare in modo centralizzato grandi quantità di dati. Questa base informativa condivisa permette ai servizi interni all'ecosistema di offrire prodotti di qualità superiore rispetto alle piattaforme che operano da sole e che, non

⁶¹⁸ J. HOFFMANN, G. JOHANNSEN, *EU-Merger Control & Big Data On Data-Specific Theories of Harm and Remedies*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper*, 2019, p. 19.

⁶¹⁹ F. COSTA-CABRAL, O. LYNKEY, *Family ties: the intersection between data protection and competition*, op. cit., p. 27.

⁶²⁰ Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, *Joint report, Competition Law and Data*, 2016; OECD, *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No. 193, in *OECD Publishing*, Paris, 2016, p. 17; M. E. STUCKE A. P. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press, 2016, capitolo 2.4.

disponendo dello stesso volume di dati, non possono raggiungere standard equivalenti. In queste condizioni diventa difficile parlare di autentica concorrenza sul merito di fronte a tali operatori digitali.

Gli ecosistemi, inoltre, presentano servizi che non possono essere utilizzati al di fuori dell'ecosistema stesso ha diverse implicazioni per la concorrenza, tra cui il *lock-in* in un ecosistema, la concentrazione dei dati e la difficoltà per i servizi complementari di svilupparsi e competere in base al merito⁶²¹.

Questa analisi, mostra come i dati personali abbiano modificato la tassonomia degli attori del mercato, ed evidenzia ancora una volta il vantaggio derivante dai dati personali. Questa rilevanza mette in luce la conseguenza di questo vantaggio. Se in passato, la concorrenza tra le imprese era finalizzata ad ottenere maggiori clienti per maggiori ritorni economici, oggi, la concorrenza avviene (quasi esclusivamente) per i dati personali.

Considerando questa nuova struttura del mercato digitale e la competizione per i dati che comporta, vale la pena rivedere anche l'analisi delle condotte poste in essere da tali imprese, che possono arrecare un danno non solo al mercato ma, bensì, ai consumatori.

3.10.3 Cambiamenti nelle dinamiche di mercato: la concorrenza nel mercato

Avendo a mente ciò che è stato in precedenza illustrato riguardo gli obiettivi ed alle caratteristiche del diritto della concorrenza nei mercati digitali, si esplorerà di seguito come questi abbiano contribuito a innescare cambiamenti nelle dinamiche competitive.

⁶²¹ L'effetto *lock-in* si verifica quando i consumatori che utilizzano uno dei servizi dell'ecosistema, diventano dipendenti da una piattaforma o da un ecosistema digitale, rendendo difficile o costoso il passaggio a servizi concorrenti. Questo fenomeno è particolarmente rilevante nei mercati digitali a causa di caratteristiche come gli effetti di rete, le economie di scala e l'integrazione di servizi complementari. Ciò significa che l'uso combinato di prodotti e servizi interconnessi all'interno di un ecosistema digitale può creare benefici per i consumatori, ma al contempo può limitare la loro capacità di passare a fornitori alternativi. Cfr. F. DE MICHIEL, P. ABECASIS, N. MAIER, T. HAANPERÄ, *Digital Ecosystem Mergers: A Convenient Lock-In?*, in *Copenhagen Economics*, 2023. Gli A. discutono di come le fusioni tra piattaforme digitali possano rafforzare il potere di mercato attraverso l'integrazione di servizi e l'accumulo di dati, aumentando così le barriere all'uscita per i consumatori.

Questa sezione è funzionale a gettare le basi per una comprensione migliore dell'intersezione della *privacy*, della protezione dei dati personali e del diritto della concorrenza.

La concorrenza nel mercato, o concorrenza “effettiva”, è tradizionalmente concepita come la presenza di un numero sufficiente di imprese che producono prodotti o servizi identici o simili; questo è il frutto di una pluralità di produttori nel mercato che, conseguentemente, permettono ai consumatori di scegliere liberamente tra prodotti e servizi differenti, garantendo loro una situazione di benessere⁶²².

Nei mercati tradizionali, che potremmo definire *offline* in contrapposizione ai mercati digitali *online*, le imprese mirano a massimizzare i propri profitti, raggiungendo il maggior numero di consumatori; l'incontro tra domanda ed offerta avviene quando l'impresa – presentando una efficienza di costi tale da offrire prodotti ad un prezzo basso, o investendo in innovazione – incontra la domanda dei consumatori interessati a prodotti e servizi ad un prezzo basso, di elevata qualità ed innovativi⁶²³.

La forma di concorrenza che vige sui mercati tradizionali è una concorrenza che si definisce “nel mercato”. Tale concetto si riferisce alla competizione tra imprese all'interno di un dato mercato, nel quale diversi operatori offrono prodotti o servizi simili o analoghi ai consumatori. Le imprese cercano di differenziarsi attraverso strategie di prezzo, qualità, innovazione e *marketing* per attrarre una quota maggiore di clientela⁶²⁴.

Nei mercati tradizionali, è prevedibile la presenza di una impresa con posizione dominante che coesiste con altre imprese che offrono prodotti o servizi concorrenti (analoghi o simili); nonostante non siano efficienti nei medesimi termini della dominante, possono comunque

⁶²² Commissione europea, *Summary of EU legislation*, reperibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM:competition>, «Un mercato in cui c'è libera concorrenza è un mercato in cui le imprese reciprocamente indipendenti si impegnano nella stessa attività e competono per attirare i consumatori. In altre parole, ogni azienda è soggetta a pressioni competitive da parte delle altre. Una concorrenza efficace offre quindi alle imprese condizioni di parità, ma conferisce anche molti vantaggi ai consumatori (prezzi più bassi, migliore qualità, scelta più ampia, ecc.)».

⁶²³ J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, op. cit., p. 24.

⁶²⁴ *Ibidem*.

raggiungere una posizione redditizia nel mercato di riferimento. In questi scenari di mercato, la politica di concorrenza è volta a garantire che i soggetti privati, con il potere da essi raggiunto, non ostacolino la concorrenza per i propri interessi, attraverso, ad esempio, lo sfruttamento abusivo della propria posizione dominante al fine di creare un monopolio, arrecando danni ai concorrenti ed ai consumatori⁶²⁵.

Questo scenario non risulta essere presente nel contesto dei mercati digitali.

3.10.4 Dalla concorrenza nel mercato, alla concorrenza “per il mercato” delle piattaforme digitali

Nel corso di questa ricerca, si è notato come nei mercati digitali, l’erompere delle piattaforme digitali (data-poli, gatekeeper, ecosistemi) ha comportato un cambiamento radicale nel di panorama competitivo, determinando il passaggio dalla concorrenza *nel* mercato (quindi tra operatori economici per il raggiungimento di quote di mercato, in un mercato in cui esiste una concorrenza tra imprese differenti) ad una «concorrenza *per il mercato*»⁶²⁶.

La concorrenza *per il mercato* si riferisce a situazioni in cui le imprese competono per ottenere il controllo esclusivo di un determinato mercato o segmento, creando condizioni di *winner-takes-all*, o di dominanza di un singolo operatore.

Nei mercati digitali, il raggiungimento da parte delle piattaforme digitali della cd. massa critica di utenti, determina il raggiungimento di una situazione (quasi) monopolistica (i cd. datapoli), senza lasciare spazio agli altri concorrenti. Le piattaforme digitali, come si diceva nei paragrafi precedenti, operano in mercati caratterizzati da forti effetti di rete diretti e indiretti, amplificando il vantaggio competitivo dell’impresa che riesce a imporsi per prima⁶²⁷.

⁶²⁵ *Ibidem*.

⁶²⁶ D. S. EVANS, R. SCHMALENSEE, *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*, Harvard Business Review Press 2016, p. 78.

⁶²⁷ I. GRAEF, *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, op. cit., p. 476 – 478.

In questi mercati, l'operatore che acquisisce una posizione dominante tende a mantenere il controllo del mercato grazie a dinamiche di *lock-in* e *switching costs* elevati per gli utenti⁶²⁸.

I consumatori che utilizzano una piattaforma o un ecosistema saranno meno propensi o impossibilitati a cambiare *provider*: il rischio è di perdere i dati all'interno della piattaforma, o incorrere in difficoltà tecniche. Accanto a questa problematica, si affianca anche l'assenza di piattaforme alternative che possono offrire un servizio simile o analogo a quello della piattaforma o dell'ecosistema che si è imposto nel mercato.

È ben vero che non sussistono costi (economici) per il passaggio da una piattaforma all'altra (diversamente da quanto accade per il passaggio da una compagnia telefonica ad un'altra); questo ha portato a credere che i mercati digitali sono in teoria facilmente contendibili, ma in realtà questi non lo sono.

Le grandi piattaforme digitali come Amazon, Facebook e Apple competono inizialmente per il mercato, cercando di acquisire una massa critica di utenti e sviluppare un ecosistema che le renda indispensabili. Una volta raggiunta una posizione dominante, la competizione diventa marginale e spesso si sposta su altri segmenti correlati, come la pubblicità digitale o i servizi *cloud*.

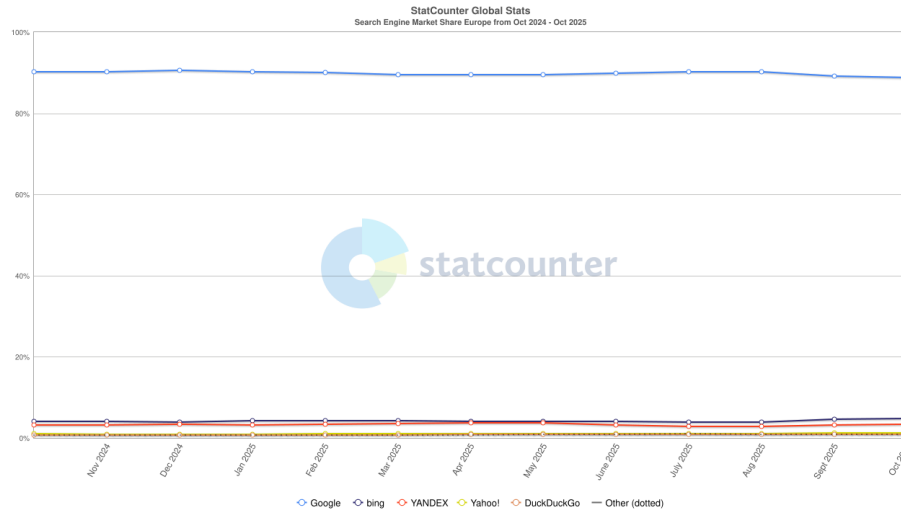
Ad esempio, nel settore dei motori di ricerca, Google ha ottenuto una posizione dominante non solo attraverso la qualità del proprio algoritmo, ma anche grazie all'accumulazione di dati e alla capacità di migliorare i propri servizi con il tempo, rendendo difficile l'ingresso di nuovi concorrenti⁶²⁹. Nel periodo storico in cui si conduce questa ricerca (2025), Google (come motore di ricerca), detiene una quota di mercato nel contesto europeo pari al 88,86%⁶³⁰ (fig.1).

⁶²⁸ J. ROCHET, J. TIROLE, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, op. cit., p. 990.

⁶²⁹ Cfr. J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, op. cit., p. 49.

⁶³⁰ Si veda Statcounter, *Search Engine Market Share Europe*, reperibile al link <https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/europe>

Fig. 1. Quote di mercato dei motori di ricerca in Europa



Amazon, ad esempio, ha costruito il proprio dominio nell'*e-commerce* attraverso una strategia di espansione aggressiva, acquisendo clienti e venditori sulla propria piattaforma, per poi estendere il proprio ecosistema con Amazon Web Services (AWS) e Amazon Prime, rendendo l'abbandono della piattaforma costoso per gli utenti e i fornitori⁶³¹.

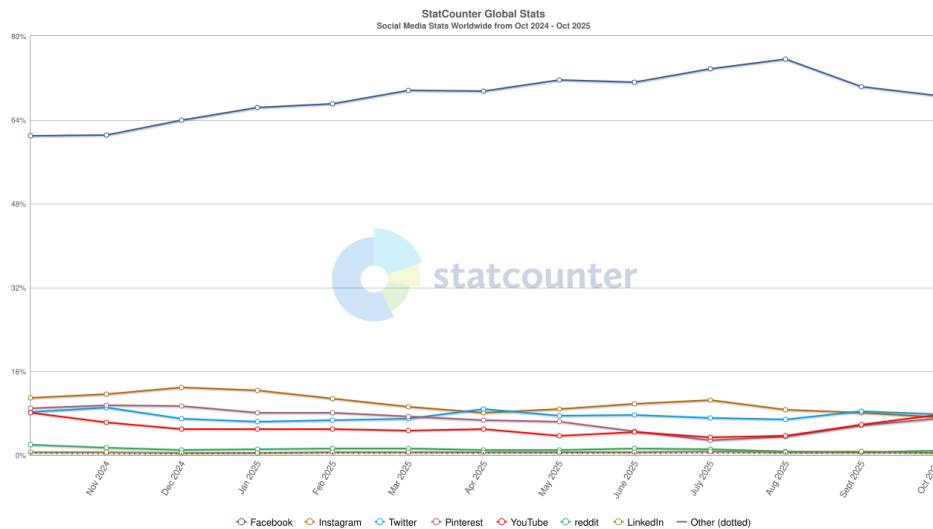
Parimenti, nei *social media* Facebook ha assorbito o eliminato la concorrenza attraverso acquisizioni strategiche (come WhatsApp e Instagram) o pratiche anticoncorrenziali⁶³². Attualmente, Facebook detiene il 79,4% delle quote di mercato europeo (fig.2) nel settore dei social media⁶³³.

⁶³¹ Cfr. S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The fight for a human future and the new frontier of power*, in New York, Public Affairs, 2019.

⁶³² L. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in Yale Law Journal 2017, p. 740.

⁶³³ Si veda Statcounter, *Social Media Stats Europe*, reperibile al link <https://gs.statcounter.com/social-media-stats/all/europe>.

Fig. 2. Quote di mercato dei social media di Europa



Un altro caso emblematico è rappresentato dagli *app store*. Apple e Google hanno imposto regole che limitano la concorrenza nei mercati delle applicazioni mobili, richiedendo commissioni elevate agli sviluppatori e limitando la possibilità di alternative indipendenti. Questo ha portato a battaglie legali come il caso *Epic Games vs. Apple*, in cui Epic ha accusato Apple di esercitare un potere di monopolio nel mercato delle applicazioni per iOS⁶³⁴.

Rispetto ai mercati tradizionali, non è ben prospettabile come dovrebbe essere un mercato digitale competitivo. Di fronte a tali situazioni, due sono le soluzioni.

La prima è che si verifichi un nuovo entrante nel mercato che eserciti una concorrenza nei confronti di una impresa dominante, che riesca a raggiungere la massa critica, sfrutti le potenzialità degli effetti di rete diretti ed indiretti e, che, questa, diventi una impresa dominante.

La seconda soluzione consiste nell'intervento dell'*enforcement* di concorrenza nei casi in cui tali pratiche siano abusive della posizione dominante o, tramite la previsione di una regolamentazione dei mercati digitali che tenga in considerazione sia aspetti di concorrenza e sia aspetti

⁶³⁴ A. EZRACHI M. E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, op. cit., p. 118.

di protezione dei dati personali. Questi ultimi casi verranno successivamente analizzati nel dettaglio.

Qui è sufficiente mostrare come la concorrenza tradizionale (o concorrenza nel mercato, quale concorrenza a cui le autorità *antitrust* hanno tradizionalmente applicato i loro strumenti e basato le loro teorie) è stata modificata dall'utilizzo dei dati personali degli utenti; tali mercati sono caratterizzati da caratteristiche quali economie di scala estreme, effetti di rete e, barriere all'ingresso. Queste hanno determinato l'ascesa di ecosistemi o data-poli, dove la concorrenza è ora rivolta all'ottenimento di quantità sempre più consistenti di dati personali degli utenti.

L'utilizzo dei dati personali costituisce il filo conduttore delle problematiche che attengono alle dinamiche concorrenziali nei mercati digitali.

3.11 Condotte anticoncorrenziali relative ai dati

Quando i dati conferiscono vantaggi competitivi significativi a chi li detiene, le imprese competono per acquisire più dati, analizzarli e sfruttarli al meglio per raggiungere una posizione dominante o, per consolidare quella già ottenuta. Le piattaforme digitali affinano costantemente le proprie strategie, utilizzando il potere di cui dispongono per porre in essere pratiche restrittive della concorrenza che, lungi dall'essere episodiche, alimentano e consolidano ulteriormente il loro stesso potere di mercato, innescando un circolo vizioso di rafforzamento e cristallizzazione delle posizioni dominanti.

Le condotte per l'acquisizione di tali dati possono essere esaminate sotto vari punti di vista: intese⁶³⁵, concentrazioni⁶³⁶ ed abuso di posizione dominante. In questa ricerca, le condotte anti-competitive relative ai dati personali, verranno trattate direttamente in relazione agli abusi di

⁶³⁵ Per una trattazione si veda OECD, *Algorithmic competition – Note by the European Union*, DAF/COMP/WD(2023)17, [reperibile al link https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2023\)17/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2023)17/en/pdf).

⁶³⁶ Sul punto si veda European Data Protection Board (EDPB), *Statement on privacy implications of mergers*, 2020, [reperibile al link https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_statement_2020_privacyimplication_sofmergers_en.pdf](https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_statement_2020_privacyimplication_sofmergers_en.pdf).

posizione dominante di cui all'articolo 102 del TFUE che verrà di seguito esplorato in termini generali, gettando le basi per comprendere l'evoluzione dogmatica ipotizzata nel capitolo quinto, sesto ed ottavo.

Proprio nell'analisi dell'abuso di posizione dominante condotta in questa ricerca, si riscoprono le radici ordoliberali sopra menzionate. Nella visione ordolibérale, il potere privato raggiunto da grandi imprese era potenzialmente pericoloso in quanto minacciava la libertà economica delle parti: dal lato degli operatori economici, comprimeva la libertà delle singole imprese di competere nel mercato. Dal lato dei consumatori, era in grado di esercitare una indebita ingerenza e costrizione sulla libertà privata sia dal punto di vista economico (ad esempio nell'imposizione di prezzi superiori a quelli di mercato), o nell'imposizione di termini contrattuali da parte di un'impresa dominante.

Nell'impostazione ordolibérale, ancora, il divieto di posizione dominante non è basato sull'impedire all'impresa di ottenere legittimamente potere di mercato; il divieto si applica ogni volta che il potere di mercato sia "abusato" violando la libertà economica e/o quando esercitato in modo tale da avere un impatto negativo misurato sull'interesse legittimo dei consumatori in conformità con il principio di *Leistungswettbewerb*⁶³⁷, che descrive la concorrenza tra imprese che mira alla produzione di servizi e prodotti migliori per i consumatori. In questa veste, i consumatori sono considerati come «ultima forza di controllo nel processo di produzione»⁶³⁸.

L'articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte di Giustizia al riguardo, concretizzano pienamente tali principi.

L'articolo, come definito dagli attuali orientamenti della Commissione europea del 2009, prevede che la posizione dominante

⁶³⁷ Come notato da Gerber, il concetto di *Leistungswettbewerb* è stato coniato per la prima volta da Nipperdey nel 1930 per rappresentare la preferenza dei consumatori come coordinatore del processo di produzione, vedi D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe*, op. cit.

⁶³⁸ V. VANBERG, *Consumer Welfare, Total Welfare and Economic Freedom — On the Normative Foundations of Competition Policy*, in *Freiburger Diskussionspapier zur Ordnungsökonomik* 10, 2009.

all'interno di un mercato non sia vietata *ex se*, bensì vietato è «*lo sfruttamento abusivo di tale posizione*»⁶³⁹.

L'articolo si compone di una lista non tassativa di ipotesi⁶⁴⁰ suscettibili di ampliamento con l'applicazione pratica da parte della Commissione europea e l'avallo della CGUE in sede di impugnazione o rinvio pregiudiziale. Proprio tramite la prassi decisionale, si suole dividere gli abusi di posizione in tre categorie⁶⁴¹.

In primo luogo, gli abusi di posizione dominante escludenti, che hanno lo scopo di eliminare e spingere all'uscita dei concorrenti dal mercato (comportamenti escludenti). Questi sono generalmente riconducibili alla lettera b) dell'articolo 102 TFUE, il quale ritiene che comportamenti abusivi possano consistere «*b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori*»⁶⁴², e «*d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi*»⁶⁴³.

In secondo luogo, gli abusi di posizione dominante da sfruttamento che mirano a sfruttare generalmente i consumatori finali, estraendo dagli

⁶³⁹ Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, cit. par. 1.

⁶⁴⁰ Articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, (ex articolo 82 del TCE), «*È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi*».

⁶⁴¹ Tale distinzione è presente sia a livello istituzionale come negli orientamenti della Commissione (*ibidem*), sia a livello dottrinale cfr. R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, op. cit. capitoli 17 e 18. Tuttavia, è dalla sentenza *Continental Can* che la Corte di Giustizia ha delineato la tassonomia degli abusi di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE, distinguendo tra abusi da sfruttamento e abusi da esclusione. Cfr. C. giust. UE, sentenza 21 febbraio 1973, in causa 6/72, *Continental Can Co. Inc./Commissione*, Racc. p. 215.

⁶⁴² Art. 102, lett. b) TFUE.

⁶⁴³ *Ibidem*, lett. d).

stessi un valore maggiore di quanto l'impresa non avrebbe ottenuto in un mercato competitivo (comportamenti da sfruttamento). In particolare, si ravvisano nell'articolo 102 TFUE alla lettera a), quali pratiche che consistono «*nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque*»⁶⁴⁴.

Infine, gli abusi di posizione dominante discriminatori, previsti all'articolo 102 del TFUE alla lettera c), i quali consistono «*nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza*»⁶⁴⁵.

Rispettivamente ai primi, si tratta di comportamenti della dominante che hanno il fine o l'effetto di escludere i concorrenti dal mercato; questa riduzione degli operatori economici arreca un danno ai consumatori. Difatti, i consumatori «*traggono beneficio dalla concorrenza grazie a prezzi inferiori, migliore qualità e più ampia scelta di beni e servizi nuovi o migliorati*»⁶⁴⁶. In questo caso, l'applicazione del divieto da parte delle autorità di concorrenza, mira a «*in particolare a salvaguardare il processo concorrenziale nel mercato interno e a garantire che le imprese che detengono una posizione dominante non escludano dal mercato i propri concorrenti tramite mezzi diversi dalla concorrenza basata sui meriti dei prodotti o dei servizi che forniscono*»⁶⁴⁷ al fine di «*garantire che i mercati funzionino correttamente e che i consumatori traggano vantaggio dall'efficienza e dalla produttività derivanti da una concorrenza effettiva tra imprese*»⁶⁴⁸.

La categoria degli abusi escludenti sebbene importante nei mercati digitali, nei quali presenta una casistica piuttosto copiosa, non rientra nel novero di questa ricerca.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, lett. a). Inoltre, la Corte in *Continental Can*, ricorda che tale lettera non esaurisce il novero delle pratiche riconducibili agli abusi da sfruttamento. Cfr. C. giust. UE, 6/72, *Continental Can Co. Inc./Commissione*, cit. par. 26.

⁶⁴⁵ *Ibidem*, lett. c).

⁶⁴⁶ Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, cit., par. 5.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, par. 6.

⁶⁴⁸ *Ibidem*, par. 5.

L'attenzione principale è rivolta agli abusi da sfruttamento⁶⁴⁹, applicando tale categoria concettuale alle ipotesi da sfruttamento dei consumatori nei mercati digitali, sull'assunto che la riduzione della tutela della vita privata risulti essere una questione di controllo degli abusi quando esiste una forte interazione tra la raccolta dei dati e la posizione (il potere) di mercato dell'impresa.

Tale lavoro risulta particolarmente importante poiché contribuisce a colmare un *gap* presente a livello dottrinale e concettuale; mentre gli abusi da esclusione sono più frequenti e agli stessi è dedicato l'apposito documento della Commissione europea che definisce le priorità di applicazione proprio in materia di comportamenti escludenti, lo stesso documento afferma «*la Commissione si limita all'esame del comportamento di esclusione e, in particolare, di determinati comportamenti specifici di esclusione che, in base alla sua esperienza, sembrano essere più comuni*»⁶⁵⁰. Nel quarto trimestre del 2025, inoltre, si attendono gli orientamenti aggiornati in materia di 102 TFUE, le quali (dall'attuale versione delle *draft*), sono dedicate alle ipotesi di abusi escludenti e non da sfruttamento⁶⁵¹. In particolare, in dottrina sono stati definiti come «*figli di un dio minore*»⁶⁵², sottolineando l'assenza di applicazione pratica, nonché la scarsa efficacia degli strumenti *antitrust* per porre fine alloro comportamento⁶⁵³.

3.11.1 Abuso di posizione dominante da sfruttamento

Studiando i lavori preparatori del Trattato di Roma, la Akman è giunta alla conclusione che l'intenzione iniziale dei padri fondatori

⁶⁴⁹ Si veda sul punto P. DE PASQUALE, F. FERRARO, *La disciplina di concorrenza applicabile alle imprese*, p. 263 e ss, in TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Vol. II, Editoriale Scientifica, 2025.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, par. 7.

⁶⁵¹ Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione della concorrenza, 2025, *draft (forthcoming)*, par. 10 e ss.

⁶⁵² Si veda P. MANZINI, *Figli di un dio minore: gli abusi da sfruttamento nel diritto antitrust europeo*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fascicolo 1, anno 2022.

⁶⁵³ *Ibidem*, p. 5 e note.

dell'Unione fosse quella di sanzionare, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, i comportamenti di sfruttamento, piuttosto che le pratiche di esclusione⁶⁵⁴.

Gli orientamenti in materia di abuso di posizione dominante del 2009, comunque, definiscono gli abusi da sfruttamento: «*Anche un comportamento tendente a uno sfruttamento diretto dei consumatori, quale ad esempio l'applicazione di prezzi eccessivamente elevati (...) può rappresentare una violazione dell'articolo 82*». La Commissione può decidere di intervenire in relazione a un comportamento di questo genere, in particolare quando «*la protezione dei consumatori e il buon funzionamento del mercato interno non possono essere adeguatamente garantiti in altro modo*»⁶⁵⁵.

Le condotte di sfruttamento sono comportamenti unilaterali che distorcono la concorrenza, danneggiando direttamente i consumatori o clienti finali.

Si suole ricollegare l'abuso da sfruttamento all'articolo 102 del TFUE alla lettera a), che include condotte della dominante che sono volte ad imporre «*direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque*»⁶⁵⁶.

L'imposizione di prezzi iniqui e l'imposizione unilaterale di clausole contrattuali non eque, sono esempi di condotte di sfruttamento che potrebbero danneggiare i consumatori finali, richiamando sia all'impostazione ordoliberal, sia al concetto di equità che è stato discusso in precedenza⁶⁵⁷.

C'è da dire che tale categoria non risulta essere particolarmente diffusa nella prassi⁶⁵⁸; specialmente, la categoria dei prezzi iniqui risulta

⁶⁵⁴ Sulla questione si veda in primis, P. AKMAN, *Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC*, in *Oxford Journal of Legal Studies* 267, 2009. Inoltre, di recente, A. C. WITT, *Unfair Trading Conditions — The Revival of a Dormant Concept of EU Competition*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2025.

⁶⁵⁵ Commissione europea, Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, cit. par. 7.

⁶⁵⁶ TFUE, art. 102, par. 2 lett. a).

⁶⁵⁷ Per una trattazione, P. AKMAN, *The Concept of abuse in EU competition law*, in *Bloomsbury Publishing*, 2012.

⁶⁵⁸ Una prima difficoltà attiene alla stima ed alla ripartizione dei costi fissi; la seconda, attiene alla difficoltà di applicare il test costi-benefici, che implica alla Commissione di dover valutare il grado di redditività dell'impresa dominante. Valutazione quest'ultima, che sarebbe equivalente ad una

essere di per sé complessa, a causa dell'implicita difficoltà di definire quando un prezzo possa definirsi iniquo⁶⁵⁹ per la ricerca del parametro a cui imputare tale equità o l'iniquità del prezzo, nonché per il timore che l'autorità di concorrenza si trasformi in regolatore di prezzo.

Nonostante ciò, la casistica dei prezzi iniqui costituisce la categoria verso la quale la Commissione si è concentrata maggiormente⁶⁶⁰, rispetto per lo meno alle condotte relative alle condizioni sleali.

L'utilizzo delle categorie di abuso di posizione dominante da sfruttamento per prezzi iniqui e per condizioni contrattuali sleali contestualizzata ai mercati digitali, sulla base dell'interpretazione della giurisprudenza della CGUE in materia, verrà effettuata nei capitoli quinto e sesto.

Qui è solo utile accennare che la Commissione europea si è espressa, rispetto ai prezzi iniqui, in *General Motors*⁶⁶¹, stabilendo che «un'impresa in posizione dominante può abusare della propria posizione dominante imponendo un prezzo eccessivo rispetto al valore economico del servizio fornito...»⁶⁶². In *United Brands*, ha espresso i criteri (non esaustivi) con cui ravvisare l'eccessività del prezzo praticato⁶⁶³. La CGUE si è ulteriormente pronunciata nella sentenza *Latvian Copyright Society*⁶⁶⁴, in cui ha stabilito che il prezzo fosse eccessivo quando mancava una correlazione tra prezzo e valore economico del prodotto⁶⁶⁵.

forma di regolamentazione dei prezzi. Cfr. M. BOTTA, K. WIEDEMANN, *EU Competition Law Enforcement Vis-À-Vis Exploitative Conducts in the Data Economy Exploring the Terra Incognita*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition* op. cit..

⁶⁵⁹ Rispetto ai prezzi iniqui, né la Commissione né la Corte di Giustizia, hanno fornito indicazioni sul modo in cui si possa definire un prezzo iniquo. Cfr. P. AKMAN, L. GARROD, *When Are Excessive Prices Unfair?*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2011, pp. 403-426.

⁶⁶⁰ La Commissione ha adottato quattro decisioni relative ai prezzi iniqui ai sensi del 102 TFUE lett. A): Commissione europea, decisione 75/75/CEE, *General Motors Continental NV*, del 19 dicembre 1974; Commissione europea, decisione IV /26.699, *Chiquita, United Brands*, del 17 dicembre 1975; Commissione europea, decisione COMP/C-1/36.915, *Deutsche Post AG*, del 25 luglio 2001.

⁶⁶¹ C. giust. UE, del Caso 26/75, *General Motors Continental v. Commissione* (1975) ECLI:EU:C:1975:150.

⁶⁶² *Ibidem*, par. 11-12.

⁶⁶³ C. giust. UE, sentenza 17 febbraio 1978, caso 27/6, *United Brands Company v. Commissione*, ECLI:EU:C:1978:22, par. 250-252.

⁶⁶⁴ C. giust. UE, sentenza 14 settembre 2017, causa C-177/16, *Copyright and Communication Consultancy Agency c. Latvian Authors' Association/Competition Council*, ECLI:EU:C:2017:689.

⁶⁶⁵ *Ibidem*, par. 37 e ss.

Nel capitolo sesto si applicherà una comparazione tra prezzi iniqui e eccessività di dati personali raccolta, come controprestazione del servizio, assumendo che i dati personali costituiscano (impropriamente) il corrispettivo per l'accesso al servizio, quale nuova moneta o valuta nel contesto digitale⁶⁶⁶.

Rispetto agli abusi da sfruttamento in merito alle condizioni sleali, nel caso *SABAM*, la Corte ha stabilito che lo sfruttamento abusivo di una posizione di dominio, poteva consistere nel fatto che una impresa dominante «*impon(esse) ai suoi membri obblighi non indispensabili al raggiungimento dello scopo sociale e tali quindi da limitare in modo iniquo il libero esercizio dei diritti d'autore*»⁶⁶⁷.

Più di recente, si possono menzionare i casi *TetraPak II*⁶⁶⁸ in cui la Commissione ha ritenuto una clausola contrattuale abusiva quando «*al cliente vengono imposte numerose obbligazioni senza nesso con l'oggetto del contratto*». Inoltre, in *Duales System Deutschland (DSD)*⁶⁶⁹, la Commissione ha ritenuto abusivo il comportamento dell'impresa nell'imporre alla controparte un "onere non necessario" (il versamento di una *royalty* per l'utilizzo del marchio anche se non utilizzato), collegando tale fattispecie al mancato rispetto del principio di proporzionalità⁶⁷⁰.

Ulteriormente, la Commissione ha messo in relazione il carattere iniquo e sleale delle condizioni applicate dall'impresa con l'opacità delle stesse. Questo avviene, quando, la mancanza di trasparenza, impedisce alle controparti dell'impresa in posizione dominante di comprendere i termini della proposta commerciale loro offerta, sia alla debolezza psicologica,

⁶⁶⁶ Si richiama quanto detto nel capitolo secondo.

⁶⁶⁷ C. giust. UE, sentenza 27 marzo 1974, C-127-73, *Belgische Radio en Televisie e société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs contro SV SABAM e NV Fonior*, EU:C:1974:25, par. 15.

⁶⁶⁸ Commissione Europea, decisione IV/31.043, *Tetra Pak II*, del 24 luglio 1991, par. 105-108. La decisione è stata confermata in primo e secondo grado. Cfr. Tribunale dell'Unione Europea, sentenza 6 ottobre 1994, Causa T-83/91, *Tetra Pak International SA contro Commissione*, ECLI:EU:T:1994:246 e C. giust. UE, sentenza 14 novembre 1996, C-333/94 P., *Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities*, ECLI: ECLI:EU:C:1996:436.

⁶⁶⁹ Commissione europea, decisione COMP D3/34493, *DSD*, 20 aprile 2001, par. 112. La decisione è stata poi confermata in primo e secondo grado. Cfr. Tribunale dell'Unione, sentenza 24 maggio 2007, Causa T.151/01, *DerGrünePunkt - Duales System Deutschland GmbH contro Commissione*, ECLI:EU:T:2007:154 e C. giust. UE, sentenza 16 luglio 2009, Causa C-385/07 P, *DerGrünePunkt - Duales System Deutschland GmbH contro Commissione*, ECLI:EU:C:2009:456.

⁶⁷⁰ *Ibidem*.

economica o finanziaria⁶⁷¹. Nel caso *Michelin II*, la Commissione ha ritenuto iniquo un programma di sconti attuato dall'impresa francese, desumendo l'iniquità dal fatto che «*i rivenditori erano messi in una situazione di debolezza psicologica al momento del negoziato, ma anche dal fatto che non erano in grado di fondarsi, in tale occasione, su una valutazione attendibile dei loro prezzi di costo e quindi di determinare liberamente la loro strategia commerciale*»⁶⁷².

Nel 2024 vi è stata la prima applicazione da parte della Commissione europea della categoria di abuso di posizione dominante da sfruttamento nei mercati digitali con il caso *Apple/Spotify* del 2024⁶⁷³. Secondo la Commissione, Apple ha imposto clausole contrattuali inique ai sensi dell'articolo 102, comma 2, lettera a), vietando agli sviluppatori dell'app di streaming musicale di informare completamente gli utenti iOS sui servizi di abbonamento musicale alternativi e più economici disponibili al di fuori dell'app e di fornire istruzioni su come iscriversi a tali offerte.

L'imposizione di tali clausole, secondo la Commissione europea, non ha permesso ai consumatori di poter accedere e sottoscrivere all'abbonamento *Spotify* dai canali diretti della piattaforma stessa, essendo indirizzati (*steer*) a sottoscrivere lo stesso tramite i canali Apple.

Queste disposizioni cd. di *anti-steering*, non sono né necessarie né proporzionate per la protezione degli interessi commerciali di Apple in relazione e «*incidono negativamente sugli interessi degli utenti iOS*»⁶⁷⁴, che non possono prendere decisioni informate ed efficaci su dove e come acquistare abbonamenti in streaming musicale da utilizzare sul proprio dispositivo.

La condotta di Apple, oltre ad aver portato molti utenti iOS a pagare prezzi significativamente più alti per gli abbonamenti di streaming

⁶⁷¹ M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il Diritto Antitrust*, op. cit., p. 200 e ss.

⁶⁷² Commissione Europea, decisione COMP/E-2/36.041, *PO, Michelin*, 20 giugno 2001, par. 220-224.

⁶⁷³ Commissione Europea, decisione AT.40437, *Apple, App Store Practices (music streaming)*, del 4 marzo 2024.

⁶⁷⁴ European Commission, *Press Release, Commission fines Apple over €1.8 billion over abusive App store rules for music streaming providers 2024* Brussels, reperibile al link: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_1161.

musicale a causa dell'elevata commissione imposta da Apple agli sviluppatori e trasmessa ai consumatori sotto forma di prezzi di abbonamento più elevati, ha portato a danni non monetari sotto forma di un'esperienza utente degradata: *«gli utenti iOS hanno dovuto impegnarsi in una ricerca ingombrante prima di trovare la loro strada verso offerte pertinenti al di fuori dell'app, oppure non si sono mai iscritti a nessun servizio perché non hanno trovato quello giusto da soli»*⁶⁷⁵.

Complessivamente, dunque, se la nozione di equità di cui alla lett. a) art. 102 TFUE cattura clausole ingiustificatamente slegate dallo scopo del contratto, limitative dell'altrui libertà, sproporzionate, gravemente opache e unilateralmente imposte⁶⁷⁶, esistono margini perché questa disposizione possa essere applicata con riguardo all'attività di raccolta dei dati⁶⁷⁷.

Difatti, nei mercati digitali, la raccolta di dati personali avviene a fronte della cessione dei dati personali (tramite il consenso) da parte dell'utente, nei confronti della piattaforma, regolata dalle stesse *privacy policy*. E, come argomentato da Manzini, *«i terms and conditions di accesso ai servizi digitali che normalmente comportano una forte compressione della privacy degli utenti possono essere facilmente percepiti come 'non equi'»*⁶⁷⁸.

Di conseguenza, si procederà a dimostrare, sia nel capitolo quinto e sia nel capitolo sesto, che l'attività di raccolta di dati personali può rientrare in tale ipotesi di abuso, quando i termini e le condizioni contrattuali imposte ai consumatori nelle *privacy policy*, siano sostanzialmente ingiuste⁶⁷⁹.

Ulteriormente, l'imposizione di clausole contrattuali ingiuste da parte dell'impresa dominante richiama i principi ordoliberali sopra esposti, riguardo i pericoli dell'esercizio di potere privato a danno dei consumatori, rispettivamente alla loro libertà contrattuale. Il diritto della

⁶⁷⁵ *Ibidem*.

⁶⁷⁶ Cfr. P. AKMAN, *The Concept of abuse in EU competition law*, op. cit., pp.156-157.

⁶⁷⁷ H. ALIM, K. MAJCHER, *The concept of fairness: linking EU Competition and data protection in the digital market place*, in *European Law Review*, 2017.

⁶⁷⁸ P. MANZINI, *Figli di un dio minore: gli abusi da sfruttamento nel diritto antitrust europeo*, op. cit. p. 5.

⁶⁷⁹ M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il Diritto Antitrust*, op. cit.

concorrenza dovrebbe evitare che tale potere si tramuti in costrizione ed imposizione di tali condizioni, per permettere la libertà di scelta dei consumatori nel mercato e, così, il loro benessere e lo svolgimento di una concorrenza effettiva nei mercati.

Infine, sebbene con riferimento alle condotte rientranti negli abusi discriminatori (che afferiscono alla diversa lettera c) del 102 TFUE), l'impiego dei dati personali e il loro sfruttamento possono tradursi nell'adozione di pratiche che differenziano il trattamento dei consumatori in base a caratteristiche desunte dall'elaborazione dei loro dati, dando luogo a forme di discriminazione individualizzata. Come argomentato da Manzini, «*emergono frequenti segnali che certi beni o servizi siano offerti sui mercati digitali a prezzi differenziati a seconda dell'utente che ne fa richiesta*»⁶⁸⁰. Anche tale questione, piuttosto complessa, verrà analizzata nel capitolo sesto utilizzando il precedente *MEO*⁶⁸¹, in cui la Corte di Giustizia ha applicato l'articolo 102 TFUE ad un abuso di sfruttamento di tipo discriminatorio.

3.11.2 Speciale responsabilità

Come accennato nel corso di questo capitolo, nel momento in cui una impresa viene qualificata come dominante, essa è soggetta ad un obbligo particolare, definito di “speciale responsabilità”, enunciato per la prima volta dalla Corte di Giustizia nella celebre sentenza *Hoffmann-La Roche*⁶⁸². La Corte riconobbe che l'impresa in posizione dominante ha l'onere di non alterare, con i propri comportamenti, il normale gioco della concorrenza dovendo adottare un contegno particolarmente cauto nell'utilizzo della propria forza di mercato.

Questo onere rafforzato distingue l'impresa dominante da un qualsiasi altro operatore economico non dominante, poiché la posizione di supremazia commerciale impone una sorta di “dovere di autodisciplina”

⁶⁸⁰ P. MANZINI, *Figli di un dio minore: gli abusi da sfruttamento nel diritto antitrust europeo*, op. cit. p. 5.

⁶⁸¹ C. giust. UE, sentenza 19 aprile 2018, in causa C-525/16, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA contro Autoridade da Concorrência*, cit.

⁶⁸² C. giust. UE, sentenza del 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Racc. 1979, p. 461.

atto a evitare che azioni, in sé magari lecite per le imprese non dominanti, assumano carattere abusivo quando poste in essere dal “dominante”⁶⁸³. L’idea di responsabilità speciale è stata ribadita in molte altre pronunce di abuso di posizione dominante: basti ricordare la sentenza *Michelin I*⁶⁸⁴, *AKZO*⁶⁸⁵, in *Michelin II*⁶⁸⁶.

In buona sostanza, in tali pronunce, la Corte ha evidenziato che l’impresa dominante deve astenersi da ogni pratica idonea a compromettere la struttura concorrenziale del mercato e ostacolare, con mezzi diversi dal merito, i concorrenti presenti o potenziali.

La posizione di dominio comporta una diversa intensità nel valutare la responsabilità dell’impresa, proprio in ragione della sua capacità di incidere in maniera determinante sugli equilibri di mercato; in tal senso, la “*special responsibility*” è un concetto che si impone alle imprese dominanti, suscettibile a ricomprendere varie condotte, adeguandosi alle pratiche di mercato.

Negli ultimi anni, si è rivelata particolarmente rilevante nei mercati digitali, caratterizzati dalla presenza di piattaforme e imprese che assumono un ruolo di vere e proprie “super piattaforme”.

In diverse decisioni, la Commissione ha sottolineato che le imprese digitali che detengono quote di mercato particolarmente elevate assumono una responsabilità speciale nell’evitare comportamenti che possano escludere la concorrenza. Emblematica è la decisione *Intel*⁶⁸⁷, la decisione

⁶⁸³ cfr. R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, op. cit., p. 183.

⁶⁸⁴ C. giust. UE, sentenza 9 novembre 1983, C-322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-industrie-Michelin*, p. 346.

⁶⁸⁵ C. giust. UE, sentenza 3 luglio 1991, C-62/86, *Akzo/Commissione*, ECLI:EU:T:2003:250. La Corte ha approfondito il tema del “*predatory pricing*” (prezzi al di sotto del costo) quale strumento di abuso, sottolineando come l’impresa dominante, a differenza di un’impresa priva di potere di mercato, abbia un dovere di prudenza nel fissare i propri listini al fine di non distorcere la concorrenza in modo irreparabile.

⁶⁸⁶ Tribunale dell’Unione, sentenza 30 settembre 2003, T-203/01, *Michelin II*, ECLI: ECLI:EU:T:2003:250, par. 55 «*Ne consegue che, sebbene l'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante di per sé non implichi alcuna contestazione a carico dell'impresa considerata, a quest'ultima incombe, indipendentemente dalle cause di tale posizione, la particolare responsabilità di non compromettere con il suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune*».

⁶⁸⁷ C. giust. UE, sentenza del 6 settembre 2017, C-413/14 P, *Intel v Commission*, ECLI:EU:C:2017:632.

*Google Shopping*⁶⁸⁸ e la stessa sentenza della CGUE sul caso⁶⁸⁹, in cui si rimarca la speciale responsabilità delle imprese dominanti di non pregiudicare, con il loro comportamento, una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato interno⁶⁹⁰.

La Commissaria alla Concorrenza Margrethe Vestager dichiarò che «*Google ha abusato della sua posizione dominante come motore di ricerca*» e che, in virtù di tale posizione, l'azienda avrebbe dovuto «*assicurarsi di non ostacolare la concorrenza, a danno dei consumatori europei*»⁶⁹¹. Tali dichiarazioni evidenziano come la Commissione ritenga che un'azienda dominante in un mercato digitale sia soggetta a uno *standard* di condotta particolarmente elevato, coerente con il concetto di speciale responsabilità.

Da un punto di vista teorico-dottrinale, la nozione di “speciale responsabilità” è stata analizzata da numerosi autori, i quali hanno sottolineato come, in virtù di questo principio, l'impresa dominante si trovi in una situazione simile a quella di un “regolatore di fatto” del mercato. Infatti, come osserva Bronckers⁶⁹², la forza di mercato di un'impresa dominante può produrre effetti paragonabili a quelli di un monopolio, imponendo quindi regole più stringenti sulla sua condotta. Altri autori, come Ezrachi⁶⁹³, sottolineano che la particolare responsabilità si sostanzia in un onere aggiuntivo per le imprese, di comportarsi secondo i principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Questo nodo argomentativo è centrale nell'economia di questo lavoro, poiché evidenzia il nesso tra la speciale responsabilità che incombe sulle imprese in posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE e, il dovere di conformarsi alle norme sulla protezione dei dati personali.

⁶⁸⁸ Commissione europea, decisione AT.39740, *Google Shopping*, del 27 giugno 2017.

⁶⁸⁹ C. giust. UE, sentenza settembre 2024, nella causa C-48/22 P, *Google e Alphabet/Commissione*.

⁶⁹⁰ *Ibidem*, par. 163.

⁶⁹¹ Conferenza stampa della Commissione Europea, del 27 giugno 2017, reperibile nel *Press Release*, IP/17/1784.

⁶⁹² M. BRONCKERS, *The Relationship between Competition Law and Regulation: The Case of the Telecom Sector in the EU*, in *World Competition*, 2001, p. 19.

⁶⁹³ A. EZRACHI, *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, 2018, p. 201.

In particolare, in questa ricerca si sostiene che, per le piattaforme digitali dominanti, la violazione delle disposizioni del GDPR non si esaurisce in un profilo meramente regolatorio.

La speciale responsabilità, che grava sull'impresa dominante, implica infatti l'obbligo di astenersi da ogni comportamento che possa distorcere il gioco concorrenziale, specialmente quando tale condotta, come l'elusione del consenso o l'utilizzo illecito di dati personali, risulta funzionale al consolidamento o all'espansione del potere di mercato, nonché allo sfruttamento dei consumatori.

Di conseguenza, il mancato rispetto del GDPR da parte di un operatore dominante non solo legittima l'attivazione delle sanzioni previste dal Regolamento, ma rafforza altresì l'intervento *antitrust*, giustificato dall'esigenza di prevenire abusi lesivi dell'autonomia contrattuale degli utenti e della struttura competitiva del mercato.

3.12 Conclusioni

In questo capitolo si è cercato di porre in evidenza le profonde criticità che caratterizzano i mercati digitali a seguito dell'ingresso massiccio dei dati personali nelle dinamiche concorrenziali. L'avvento dell'economia dei dati, infatti, ha messo in crisi non soltanto gli strumenti tradizionali di analisi *antitrust*, ma più radicalmente le sue categorie giuridiche e i parametri di valutazione attraverso cui il diritto della concorrenza ha inteso tutelare l'assetto competitivo del mercato.

Nella prima parte è stato opportuno ripercorrere le origini del diritto della concorrenza europeo, radicate nella tradizione ordoliberal di Friburgo. Tale impostazione, che ha ispirato la formulazione delle norme dei Trattati, mostrava una visione più ampia e meno rigidamente economica, in grado di includere valori di ordine politico, sociale e istituzionale. Solo in una fase successiva, con lo spostamento verso un approccio maggiormente economico, si è progressivamente consolidata una lettura che tende ad escludere dalla valutazione *antitrust* elementi non immediatamente riconducibili a parametri di efficienza o di benessere economico, potendo assumere tale opera i connotati negativi di una indebita politicizzazione di tale settore del diritto.

Tuttavia, ricostruire questo percorso è utile per mostrare come, storicamente, il diritto della concorrenza non sia stato poi così impermeabile a valori ulteriori rispetto a quelli economici e come il loro bilanciamento fosse (e, sia) non solo possibile, ma persino necessario in alcune congiunture. D'altronde, l'adesione a paradigmi di matrice economica costituisce una scelta tecnico-politica, non consacrata nei Trattati.

A questo proposito, i principi cardine della scuola ordoliberal, volti a garantire un ordine concorrenziale fondato su regole giuridiche capaci di prevenire la formazione di centri di potere economico, come i monopoli, al fine di scongiurare indebite ingerenze nella libertà degli operatori e dei consumatori, rivelano oggi una sorprendente attualità. L'ascesa dei *data-poli*, dei *gatekeeper* e dei grandi ecosistemi digitali mostra, infatti, come il potere di mercato si manifesti oggi tramite un'azione differente da quella che caratterizzava le preoccupazioni dei monopoli tradizionali: essendo il prezzo pari a zero, l'esercizio abusivo del potere di mercato non è volto all'aumento dei prezzi al fine di massimizzare il ritorno economico dell'impresa. Posto che il corrispettivo (impropriamente parlando) per l'accesso ai servizi digitali sia la cessione di dati personali (come indicato nel capitolo secondo) e, posto che lo sfruttamento commerciale dei dati costituisca l'attività più redditizia per le piattaforme, le pratiche volte alla raccolta di tali dati personali, costituiscono il terreno in cui si manifesta l'esercizio abusivo del potere di mercato (digitale).

Di qui l'esigenza, oggi non più rinviabile, di un aggiornamento delle categorie e degli strumenti *antitrust* in chiave digitale, affinché possano fronteggiare efficacemente i centri di potere propri dell'economia dei dati.

Il diritto *antitrust*, in quanto diritto eminentemente casistico, evolve e si stratifica in funzione delle problematiche emergenti, pur rimanendo ancorato alle categorie di mercato e di concorrenza. In tale prospettiva, il riferimento al benessere del consumatore, pur non costituendo un criterio indispensabile ai fini della prova dell'anticompetitività di una condotta, assume un ruolo centrale nella discussione. L'indagine sulle sue radici si rivela dunque cruciale per immaginarne un ampliamento che consenta di

includere, nella costruzione delle teorie del danno, anche valori non strettamente economici, quali la tutela della *privacy* e la protezione dei dati personali che pur rappresentano nuove sfaccettature e misure di benessere dei consumatori digitali.

I consumatori, come più volte riferito, non sono solamente acquirenti di beni e servizi digitali ai sensi del diritto della concorrenza ma, altresì, interessati dei dati ai sensi del Regolamento GDPR.

Altrettanto significativo è il ruolo della scelta del consumatore, concetto che, nella sua matrice ordoliberal, rimanda all'idea di libertà e autonomia decisionale. Nei mercati digitali, tale parametro è messo in discussione dall'emergere di nuove forme di esercizio del potere di mercato, basate sulla manipolazione dei comportamenti e sulla capacità di orientare le preferenze individuali mediante l'uso dei dati. In simili contesti, la genuinità delle scelte dell'utente risulta compromessa, e con essa la stessa correttezza del funzionamento del mercato e del processo di incontro tra domanda e offerta.

Tali considerazioni costituiscono la premessa necessaria per i capitoli successivi. Nel prossimo, in particolare, l'attenzione sarà rivolta ai profili di sovrapposizione tra il diritto della concorrenza e il Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR), al fine di individuare le aree di intersezione e le complementarità tra le due discipline, con l'obiettivo di mettere in luce come la tutela della *privacy* e dei dati personali non rappresenti un elemento estraneo, ma al contrario un valore che può e deve essere integrato nell'analisi concorrenziale dei mercati digitali.

CAPITOLO IV - Privacy e diritto della concorrenza: due regimi distinti e la loro interconnessione

4.1 Introduzione

«There is a notable interdependency between competition law and data protection law as the latter affects competition and as market power affects both the choices that data subjects realistically have and the privacy risks they are exposed to»⁶⁹⁴

Domandarsi se i dati personali e la tutela della *privacy* possano costituire una questione rilevante per il diritto *antitrust* significa confrontarsi con un tema di particolare complessità, posto all'intersezione tra due distinti e autonomi ordinamenti giuridici.

Sebbene la dottrina e la prassi abbiano evidenziato come i dati personali siano divenuti un *asset* competitivo di primaria importanza, incidendo sulla struttura dei mercati e sulle dinamiche concorrenziali⁶⁹⁵, i regimi del diritto della concorrenza e della protezione dei dati personali continuano a preservare la propria autonomia. Essi restano, infatti, disciplinati da cornici normative differenti e affidati alla vigilanza di autorità indipendenti dotate di competenze specifiche.

Le autorità di concorrenza nazionali (NCA) ed europea (Commissione – ed in particolare la *DG Competition*), si occupano dell'*enforcement* di concorrenza ai sensi delle norme del Trattato, come l'articolo 101 e 102 TFUE per l'abuso di posizione dominante, che è di interesse ai fini del nostro lavoro⁶⁹⁶. Dall'altra, le singole autorità di protezione dei dati nazionali (DPA)⁶⁹⁷ insieme con l'EDPB (*European*

⁶⁹⁴ J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, op. cit. p. 73.

⁶⁹⁵ Si veda capitoli secondo e terzo.

⁶⁹⁶ Si veda per i compiti delle autorità di concorrenza il Regolamento (CE) n. 1/2003 del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (testo rilevante ai fini del SEE), in GU L 1 del 4 gennaio 2003, p. 1–25. Invece, per l'istituzione delle autorità di concorrenza nazionali, le singole legislazioni nazionali in materia.

⁶⁹⁷ Si veda per i compiti e le funzioni delle autorità di protezione dei dati Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), articoli 51 e ss.

Data Protection Board)⁶⁹⁸, si occupano della sorveglianza e dell'applicazione delle disposizioni del GDPR in modo armonizzato ed uniforme all'interno ed all'esterno dei confini europei⁶⁹⁹.

I primi casi in cui la Commissione europea si è dovuta interfacciare con i problemi di *privacy* e concorrenza sono stati i casi di concentrazione incentrati sull'accumulo di *data set* come *Asnef/Equifax* del 2006 e *Facebook/Whatsapp* del 2014, nei quali si è optato per una rigida separazione tra i due settori del diritto, escludendo che la *privacy* e la protezione dei dati personali fossero un problema *antitrust*; le autorità di concorrenza non potevano valutare questioni di protezione dei dati, prerogativa delle diverse autorità garanti.

Questa impostazione iniziale, fondata su una separazione funzionale tra protezione dei dati e concorrenza, è divenuta “problematicamente rigida”⁷⁰⁰. D'altronde, il cambiamento sembra avanzare lentamente, quasi in sordina, fino a irrompere all'improvviso,

⁶⁹⁸ Il comitato europeo per la protezione dei dati personali è un organismo europeo è istituito dal Regolamento GDPR, agli art. 68 e ss. Le funzioni svolte da tale comitato, indicate all'articolo 70 comprendono numerosi compiti quali: funzioni di sorveglianza, di consulenza, di emanazione di linee guida su questioni nuove, raccomandazioni e pareri, nonché pareri di adeguatezza per la circolazione transfrontaliera dei dati personali. Particolarmente importante è dell'emanazione di pareri vincolanti ai sensi dell'articolo 64 e 60 in materia di decisioni di urgenza, quando un'autorità di controllo interessata ha sollevato un'obiezione pertinente e motivata a un progetto di decisione dell'autorità capofila o l'autorità capofila ha rigettato tale obiezione in quanto non pertinente o non motivata. La decisione vincolante riguarda tutte le questioni oggetto dell'obiezione pertinente e motivata, in particolare se sussista una violazione del presente regolamento; si esprime inoltre, se vi sono opinioni contrastanti in merito alla competenza delle autorità di controllo interessate per lo stabilimento principale.

⁶⁹⁹ Rispettivamente all'*enforcement* del GDPR esternamente all'Unione europea ed al SEE, si tratta del trasferimento dei dati personali dei cittadini dell'Unione in paesi terzi. In questo contesto, le autorità di protezione possono stabilire il divieto di trasferimento qualora il paese terzo non preveda una normativa che garantisca una tutela almeno pari a quella prevista dal GDPR. Le autorità sono incaricate di emettere le cd. decisioni di adeguatezza ai sensi dell'articolo 45 del Regolamento GDPR; Si vedano le sentenze C. giust. UE dell'Unione europea, sentenza 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Maximillian Schrems contro Data Protection Commissioner*, ECLI:EU:C:2015:650; C. giust. UE dell'Unione europea, sentenza 16 luglio 2020, causa C-311/18, *Data Protection Commissioner contro Facebook Ireland Ltd e Maximillian Schrems*, ECLI:EU:C:2020:559.

⁷⁰⁰ I. GRAEF, *Rethinking the Relationship Between Personal Data and Market Power: Taking the Economic Value of Data Seriously*, in *World Competition*, Kluwer Law International, 2015, p. 75. Come osservato da I. Graef, «*the applicability of competition law to the commercial use of personal data should be considered more explicitly in order to reflect the realities of the digital economy and complement data protection legislation*».

travolgendo non solo le nostre vite, bensì anche le categorie giuridiche che credevamo stabili⁷⁰¹.

La tesi che si intende sostenere in questo capitolo è che i due settori non siano solo normativamente connessi, ma funzionalmente interdipendenti e che questa interdipendenza debba essere riconosciuta e valorizzata anche nelle analisi competitive (nonché, anche valorizzata nelle analisi di protezione dei dati).

I dati rappresentano un elemento cruciale nello scambio tra utente e piattaforme per l'accesso al servizio; il trattamento dei dati personali stabilito dalle piattaforme deve essere conforme alle disposizioni del GDPR, tuttavia, nei mercati digitali tale livello di protezione offerta non risulta essere desiderabile o ottimale.

Come ha osservato Ezrachi, nell'economia digitale *«il potere non si esercita solo con il prezzo, ma anche con la struttura stessa dell'interazione informativa»*⁷⁰². Questo significa che la qualità della protezione dei dati offerta agli utenti può diventare un parametro concorrenziale, e il controllo dei dati un fattore di potere economico.

Come si vedrà nei paragrafi che seguono, le asimmetrie informative, il potere contrattuale sproporzionato, il consenso manipolato o illusorio e la mancanza di opzioni alternative costituiscono elementi che segnalano l'emergere di nuove forme di sfruttamento da parte delle imprese dominanti nei mercati digitali⁷⁰³.

Come ha evidenziato il Garante europeo della protezione dei dati, emergono simili istanze: *«il diritto della protezione dei dati incide sulla concorrenza, e il potere di mercato incide sulle scelte che gli interessati*

⁷⁰¹ Prendendo a prestito il concetto di Ernest Hemingway, in cui si legge *«“How did you go bankrupt?” Bill asked. “Two ways,” Mike said. “Gradually — then suddenly”»*. E. HEMINGWAY, *The Sun Also Rises*, New York, Simon & Schuster, 2006.

⁷⁰² A., EZRACHI, *The Competitive Effects of Digital Dominance*, in MOORE e TAMBINI, *Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*, in Oxford University Press, 2018, p. 203.

⁷⁰³ Sul punto, si rimanda a N. ECONOMIDES, I. LIANOS, *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy*, in *Antitrust Law Journal*, Vol. 81, 2018, pp. 1-83. Inoltre, la trattazione verrà svolta nel capitolo quinto, sesto e ottavo.

*hanno realisticamente a disposizione e sui rischi per la privacy a cui sono esposti»*⁷⁰⁴.

Il presente capitolo si propone di contribuire a questa discussione, con l'obiettivo di fornire la base teorica per l'interazione normativa tra i due settori del diritto sulla base di un approccio fondato sull'esistenza di fallimenti di mercato. Sebbene la dottrina abbia già tentato di analizzare i rapporti tra i due settori, permane un pluralismo di opinioni circa le modalità attraverso le quali tale integrazione ha luogo.

4.3 L'approccio disgiunto della Commissione europea nei primi casi di concentrazione: una premessa storica

Poiché l'obiettivo teorico di questo lavoro è sostenere l'esistenza di zone di intersezione normativa tra il diritto della concorrenza e il diritto della protezione dei dati personali, occorre soffermarsi, in via preliminare, sull'orientamento tradizionalmente adottato dalla Commissione europea nei primi casi *antitrust* in materia digitale. Un *excursus* storico delle principali decisioni di concentrazione si presenta come particolarmente utile per evidenziare le criticità di un approccio disgiunto.

L'impostazione tradizionale, consolidata tanto nella prassi decisionale della Commissione quanto nella giurisprudenza dell'Unione, ha a lungo ritenuto che le questioni inerenti alla *privacy* e alla protezione dei dati personali rimanessero estranee all'ambito applicativo del diritto della concorrenza, in quanto affidate a discipline settoriali autonome e considerate estranee alla valutazione *antitrust*. Si è ritenuto, in altre parole, che le questioni connesse al trattamento dei dati personali dovessero essere risolte esclusivamente tramite l'applicazione del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), sotto la vigilanza delle autorità competenti in materia di protezione dei dati.

In questa logica, concorrenza e protezione dei dati sono stati considerati come ambiti giuridicamente separati, ciascuno con i propri obiettivi normativi, con le rispettive autorità di controllo e con gli appositi strumenti di *enforcement*.

⁷⁰⁴ European Data Protection Board (EDPB), *Opinion 8/2016 on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, 2016, p. 5.

Tale impostazione è chiaramente visibile nelle prime decisioni in materia di concentrazione. Nel caso *Asnef Equifax*⁷⁰⁵, relativo alla fusione tra due società attive nella gestione di dati sulla solvibilità creditizia, la Commissione ha autorizzato la concentrazione senza sollevare alcuna preoccupazione circa la combinazione dei *dataset* delle due imprese, nonostante il potenziale impatto sulla libertà informativa dei soggetti interessati. La Corte di giustizia, in un *obiter dictum*, ha dichiarato che: «eventuali questioni relative alla sensibilità dei dati personali non sono, in quanto tali, una questione di diritto della concorrenza, ma possono essere risolte sulla base delle disposizioni pertinenti che regolano la protezione dei dati»⁷⁰⁶.

Lo stesso orientamento è stato replicato nei successivi casi *Google/DoubleClick*⁷⁰⁷ e *Facebook/WhatsApp*⁷⁰⁸, nei quali la Commissione ha escluso che l'integrazione tra i *dataset* personali detenuti dalle parti potesse costituire un problema concorrenziale, rinviando ogni valutazione di rischio alle competenze delle autorità *privacy*.

A fronte di tale approccio, due prospettive dottrinali si sono sviluppate.

Da un lato, si è sostenuto che l'applicazione del diritto della concorrenza, in particolare nei casi di abuso di posizione dominante e di concentrazioni tra operatori digitali, possa prevenire condotte lesive del mercato e dei consumatori digitali⁷⁰⁹.

In questa visione, concorrenza e *privacy* devono agire in sinergia.

⁷⁰⁵ Commissione europea, decisione COMP/M.3905, *Asnef/Equifax*, 19 marzo 2006,

⁷⁰⁶ C. giust. UE, 23 novembre 2006, causa C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios*, ECLI:EU:C:2006:734, par. 63.

⁷⁰⁷ Commissione europea, decisione COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*, 11 marzo 2008.

⁷⁰⁸ Commissione europea, decisione COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, 3 ottobre 2014.

⁷⁰⁹ A. EZRACHI M. E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, op. cit., p. 83 ss.; R. H. LANDE, *The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is an Antitrust Concern*, in *University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper*, 6, 2008; M. STUCKE, A. GRUNES, *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data* in *The Antitrust Source*, 4, 2015; R. NAZZINI, *Antitrust Enforcement and Privacy Standards*, in CANNATA CI, FALCE, e POLLICINO, *Legal Challenges of Big Data*, in *Edward Elgar*, 2020, pp. 64–88; M. MACCARTHY, *Privacy as a Parameter of Competition in Merger Reviews*, in *Federal Communications Law Journal*, 2020; Si veda anche sul punto, nel 2007, P. SWIRE, *Protecting Consumers: Privacy Matters in Antitrust Analysis*, Testimony submitted to the Federal Trade Commission on Privacy and Antitrust, 2007.

Tra i sostenitori di questa visione, emerge un sottogruppo di autori che richiede un approccio più cauto; gli autori che sostengono tale tesi affermano che la mera disponibilità o concentrazione di dati personali non dovrebbe automaticamente assumere rilevanza sul piano concorrenziale. In particolare, sebbene i dati siano spesso equiparati a risorse strategiche, il diritto della concorrenza non dovrebbe trattarli allo stesso modo di un *input* tangibile, a meno che il controllo esclusivo su tali dati non rappresenti una barriera all'ingresso o una fonte autonoma di potere di mercato. Questa prospettiva, che non nega in assoluto la rilevanza dei dati nell'analisi *antitrust*, ne circoscrive l'incidenza ai soli casi in cui essi rappresentino un vantaggio competitivo concreto e strutturale. In questo contesto, le violazioni della *privacy* o gli abusi nel trattamento dei dati personali resterebbero estranei al campo di applicazione del diritto della concorrenza, salvo che si traducano in effetti escludenti o in sfruttamento di posizione dominante sul mercato rilevante⁷¹⁰.

Dall'altro lato, invece, alcuni autori sostengono l'estraneità delle questioni di *privacy* e di protezione dei dati personali nell'analisi concorrenziale. Respingendo l'idea che la vita privata possa essere collegata a un danno per la concorrenza e lamentando la mancanza di strumenti per il diritto della concorrenza per affrontare le preoccupazioni in materia di *privacy*, concludono che la vita privata dovrebbe esula dall'ambito di applicazione del diritto della concorrenza⁷¹¹. Questo filone poggia le proprie argomentazioni sul dato di carattere fattuale prima citato: nei primi quindici anni del XXI secolo, aleggiava l'idea che il diritto della concorrenza «*non è concepito, né è adatto, per affrontare problemi di non concorrenza, comprese le questioni relative alla*

⁷¹⁰ L. ALEXANDER, *Privacy and Antitrust at the Crossroads of Big Tech*, in *American Antitrust Institute Report*, 2021; M. OHLHAUSEN, A. OKULIAR, *Competition, Consumer Protection, and the Right [Approach] to Privacy*, 80, in *Antitrust Law Journal*, 121 2015; G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017; G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Data Accumulation and the Data-Antitrust Interface: Insights from the Facebook Case*, 8, in *International Data Privacy Law*, 2018.

⁷¹¹ G. A. MANNE, B. SPERRY, *The Law and Economics of Data and Privacy in Antitrust Analysis* 2014, *TPRC Conference Paper*, 2015; E. KIMMELMAN ET AL, *The Limits of Antitrust in Privacy Protection*, in *International Data Privacy Law*, 2018.

privacy»⁷¹². La Commissione e la CGUE, difatti, ancorandosi all'impostazione "economica" della concorrenza come strumento per la promozione dell'efficienza e del benessere dei consumatori, hanno negato la rilevanza della *privacy*⁷¹³.

Tuttavia, a partire da alcune decisioni negli anni successivi, si è potuto osservare un graduale cambiamento di approccio. In particolare, nel 2016 nel caso *Microsoft/LinkedIn*⁷¹⁴, la Commissione ha riconosciuto che la *privacy* potesse rappresentare un parametro di qualità rilevante per i consumatori nella scelta tra servizi digitali concorrenti, sebbene la valutazione sia rimasta cauta e marginale. Questo apre la possibilità per la dottrina di elaborare e discutere, a livello teorico, la potenziale intersezione tra i due settori del diritto, polarizzando la discussione *antitrust* attuale.

4.3.1 Google/DoubleClick

Un primo esempio emblematico della separazione tra diritto della concorrenza e protezione dei dati personali nell'ambito dell'*enforcement antitrust* europeo è rappresentato dal caso *Google/DoubleClick*⁷¹⁵, oggetto di decisione da parte della Commissione europea nel 2008. Si tratta, con ogni probabilità, del primo caso in cui i dati personali sono stati trattati come un *asset* rilevante nell'ambito di un'operazione di concentrazione nei mercati digitali.

La transazione riguardava l'acquisizione, da parte di Google, dell'azienda DoubleClick, società leader nella fornitura di tecnologie per la gestione, il tracciamento e l'ottimizzazione degli annunci pubblicitari mirati nel *web*. Google, da parte sua, oltre ad essere il motore di ricerca dominante in Europa, operava già nel settore della pubblicità *online*, sostenendo economicamente il proprio servizio gratuito proprio attraverso la vendita di spazi pubblicitari. Entrambe le società raccoglievano, seppur

⁷¹² A. LAMADRID, S. VILLIERS, *Big data, privacy and competition law: do competition authorities know how to do it?*, in *Competition Policy International*, 2017, p. 1.

⁷¹³ C. giust. UE, sentenza 6 novembre 2012, C-457/10 P, *AstraZeneca*, ECLI:EU:C:2012:770, par. 178.

⁷¹⁴ Commissione europea, decisione COMP/M.8124, *Microsoft/LinkedIn*, 6 dicembre 2016.

⁷¹⁵ Commissione europea, decisione COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*, 11 marzo 2008.

in forme diverse, grandi quantità di dati comportamentali degli utenti *online*.

L'operazione prevedeva quindi non solo la combinazione tecnologica tra due strumenti fondamentali del settore pubblicitario (il motore di ricerca e il gestore di ad server), ma anche e soprattutto la concentrazione dei rispettivi *dataset* degli utenti, comprendenti dati di navigazione, cronologia di ricerca e preferenze di acquisto.

Durante la fase istruttoria, furono espresse numerose preoccupazioni da parte di *stakeholders* e autorità sulla potenziale creazione o rafforzamento di una posizione dominante nel mercato della pubblicità *online*. In particolare, fu sostenuto che la combinazione delle basi dati detenute da Google e DoubleClick avrebbe creato un vantaggio competitivo ineguagliabile, tale da escludere concorrenti attuali e potenziali, i quali non avrebbero potuto accedere a un simile volume di dati né replicare la capacità di profilazione dell'entità risultante dalla fusione⁷¹⁶.

Nonostante queste perplessità, la Commissione europea concluse che la fusione non avrebbe sollevato problemi concorrenziali significativi. La combinazione delle rispettive informazioni non avrebbe conferito a Google un vantaggio competitivo non replicabile, in quanto «*diversi concorrenti disponevano di accesso a dataset equivalenti per volume e tipologia*»⁷¹⁷. In particolare, si ritenne che i dati comportamentali detenuti dalle due società potessero essere sostituiti da altri *dataset* presenti sul mercato, trascurando tuttavia la peculiarità dell'integrazione verticale tra motore di ricerca e *ad tech stack*.

Inoltre, la Commissione affermò esplicitamente che la propria valutazione atteneva esclusivamente i profili concorrenziali, precisando che «*eventuali obblighi relativi alla protezione dei dati personali delle parti sarebbero stati disciplinati dalle norme settoriali applicabili, e non incidavano sull'analisi ex art. 2 del Regolamento sulle concentrazioni*»⁷¹⁸.

⁷¹⁶ cfr. Privacy International, *Submission to the European Commission on Google/DoubleClick merger*, 2008, p. 3 ss.

⁷¹⁷ Commissione europea, decisione COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*, 11 marzo 2008, par. 365.

⁷¹⁸ *Ibidem*, par. 368.

In altri termini, fu confermato l'approccio "separatista": la protezione dei dati non rientrava nel perimetro dell'*antitrust*.

Tale impostazione è stata ampiamente criticata in dottrina. Autori come Stucke ed Ezrachi hanno evidenziato come l'analisi della Commissione abbia sottostimato l'effetto escludente derivante dalla concentrazione informativa e come abbia ignorato il rafforzamento ulteriormente il potere di mercato di Google tanto, non solo nel settore dei motori di ricerca ma nel più ampio ecosistema pubblicitario⁷¹⁹.

In conclusione, la decisione *Google/DoubleClick* rappresenta l'archetipo dell'approccio disgiunto e settoriale, in cui la Commissione, pur riconoscendo l'importanza crescente dei dati, ha deliberatamente scelto di escludere ogni valutazione sugli effetti in materia protezione dei dati, delegandoli interamente alle autorità garanti.

4.3.2 Facebook/WhatsApp

L'approccio separato tra *privacy* e concorrenza adottato nel caso *Google/DoubleClick* è stato confermato anche nel 2014 nella concentrazione tra Facebook e WhatsApp, una delle operazioni più significative e soprattutto dibattute nel contesto digitale. L'autorizzazione incondizionata della fusione ha suscitato ampie critiche ed è stata successivamente considerata da parte della dottrina e degli osservatori come uno dei più gravi errori commessi dalla DG Concorrenza negli ultimi anni⁷²⁰.

L'analisi della Commissione, difatti, si è concentrata esclusivamente sugli effetti nel mercato della pubblicità *online*, valutando l'eventuale rafforzamento del potere di mercato di Facebook nei confronti degli inserzionisti, grazie alla maggiore capacità di raccolta e sfruttamento dei dati personali derivante dall'integrazione con WhatsApp⁷²¹.

⁷¹⁹ A. EZRACHI M. E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, op. cit., p. 120 ss. In particolare, la definizione di mercato adottata dalla Commissione è stata criticata per aver limitato il perimetro dell'indagine al mercato degli *ad server*, escludendo mercati contigui o interdipendenti (come *search advertising* o servizi *data-driven*) in cui Google avrebbe potuto espandere la propria posizione dominante a seguito della fusione.

⁷²⁰ *Ibidem*, p. 145 ss.

⁷²¹ Commissione europea, decisione COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, 3 ottobre 2014, par. 185.

La Commissione ha concluso che, anche nell'ipotesi in cui Facebook avesse iniziato a utilizzare i dati degli utenti di WhatsApp a fini pubblicitari, tali dati non sarebbero stati esclusivi, e restavano accessibili anche a soggetti terzi, negando così un effetto escludente sul mercato⁷²².

La Commissione, tuttavia, non ha esaminato gli effetti che tale concentrazione di dati avrebbe potuto realizzare nell'altro lato del mercato, quello dei consumatori. Difatti, ha ommesso di considerare se e in che misura l'operazione potesse determinare un aumento della quantità di dati personali trattati e, di conseguenza, un pregiudizio per la *privacy* dei consumatori, con un peggioramento delle condizioni per l'utente/consumatore.

Le preoccupazioni relative alla protezione dei dati sono state dichiarate espressamente estranee all'ambito applicativo del diritto della concorrenza: «*Any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules*»⁷²³. Come precisato nel comunicato stampa ufficiale, la Commissione ha esaminato la raccolta di dati «*solo nella misura in cui essa poteva ostacolare la concorrenza nei mercati rilevanti*», aggiungendo che «*le preoccupazioni relative alla privacy non rientrano nell'ambito della normativa antitrust*»⁷²⁴.

La questione si complica ulteriormente se si considera che, durante la fase istruttoria, la Commissione aveva manifestato a Facebook preoccupazioni relative alla possibile combinazione tra i dati degli utenti Facebook (come *email* e nome) e gli identificativi degli utenti WhatsApp (come il numero di telefono). Facebook aveva rassicurato l'autorità, affermando che una simile integrazione non sarebbe stata tecnicamente possibile e che WhatsApp e Facebook Messenger sarebbero rimaste «*applicazioni autonome*»⁷²⁵.

⁷²² *Ibidem*, par. 186.

⁷²³ Commissione europea, decisione COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, 3 ottobre 2014, par. 164.

⁷²⁴ Commissione europea, *Press Release*, IP/14/1088, 3 ottobre 2014.

⁷²⁵ Commissione europea, decisione COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, 3 ottobre 2014, par. 159 e ss.

Tuttavia, nel 2016, Facebook ha modificato le proprie condizioni di utilizzo, introducendo l'interoperabilità tra i dati delle due piattaforme (Facebook e Whatsapp), smentendo di fatto le dichiarazioni fornite in fase di concentrazione. A seguito di ciò, la Commissione ha avviato una nuova istruttoria, contestando a Facebook di aver fornito informazioni fuorvianti durante la prima notifica⁷²⁶. L'indagine si è conclusa con una sanzione pecuniaria di 110 milioni di euro, la prima inflitta ai sensi del Regolamento sulle concentrazioni del 2004 per false dichiarazioni⁷²⁷.

La Commissione ha specificato che la sanzione non riguardava la questione della protezione dei dati, ribadendo che «*la decisione del 2014 si basava su una valutazione concorrenziale autonoma e non dipendeva dalla combinazione effettiva dei dati personali*»⁷²⁸. Tuttavia, questa affermazione è stata oggetto di critiche. Come osservato da autorevoli commentatori: «*la Commissione si è piegata all'indietro per affermare che la nuova indagine non fosse in alcun modo collegata alla decisione del 2014, mentre il legame sostanziale tra le due vicende è evidente*»⁷²⁹.

Alla luce di quanto sopra, è legittimo chiedersi se una valutazione più olistica e lungimirante, che includesse anche gli effetti sui parametri non di prezzo, come la *privacy*, avrebbe potuto prevenire un esito che, a posteriori, ha mostrato i suoi limiti. Ci si può chiedere inoltre se, in assenza dell'autorizzazione della concentrazione, vi sarebbe stato spazio per l'ingresso o l'affermazione di nuovi operatori alternativi, favorendo una maggiore concorrenza e offrendo scelte più eque e rispettose della *privacy* per i consumatori⁷³⁰.

⁷²⁶ Commissione europea, comunicato stampa, IP/17/1369, 18 maggio 2017.

⁷²⁷ Commissione europea, decisione 2017/C 243/06, *Facebook/WhatsApp – False information*, 25 luglio 2017.

⁷²⁸ *Ibidem*, considerando 9.

⁷²⁹ B. MARTENS, *Data Protection and Competition Law – Which is the better tool?*, in *JRC Working Paper*, 2018, p. 14.

⁷³⁰ Queste sono alcune delle preoccupazioni che sono di recente state sollevate dalla Federal Trade Commission (FTC). Le operazioni di concentrazione *Meta/WhatsApp* o *Google/DoubleClick* sono avvenute non solo nel mercato geografico europeo bensì anche nel mercato degli Stati Uniti. Sebbene autorizzate dalle autorità garanti di entrambe le sponde dell'oceano, sono state oggetto di rinnovata attenzione a posteriori per i loro effetti restrittivi sulla concorrenza. Si veda come oggi, nel 2025, siano state aperte indagini da parte della FTC Americana rispetto all'acquisizione (ricordiamo, approvata in passato) da parte dell'allora Facebook di Whatsapp e Instagram. La stessa FTC commenta «*[i]t is hard to imagine an action that better fits the definition of conduct with*

4.3.3 Microsoft/LinkedIn

Il caso più significativo, almeno in una fase iniziale, in cui la Commissione europea si è confrontata con il tema della *privacy* nell'ambito del controllo delle concentrazioni riguarda l'acquisizione del *social network* professionale LinkedIn da parte di Microsoft, autorizzata nel 2016⁷³¹. In tale circostanza, le questioni relative ai dati personali e alla protezione della *privacy* sono state riconosciute, per la prima volta, come centrali ai fini dell'analisi concorrenziale.

L'operazione ha sollevato forti critiche, in particolare da parte di Salesforce, concorrente diretto, il quale ha sostenuto che l'operazione di concentrazione avrebbe attribuito a Microsoft un accesso esclusivo ai dati relativi ai 450 milioni di utenti di LinkedIn, conferendole un vantaggio informativo e concorrenziale ingiusto nei confronti dei *competitor*, i quali si sarebbero trovati esclusi da una risorsa strategica precedentemente accessibile solo alla piattaforma acquisita⁷³².

Per la prima volta, la Commissione ha preso in considerazione l'interrelazione tra protezione dei dati e concorrenza, riconoscendo espressamente che «*to the extent that these foreclosure effects would lead to the marginalisation of an existing competitor which offers a greater degree of privacy protection to users than LinkedIn (or make the entry of any such competitor more difficult), the Transaction would also restrict consumer choice in relation to this important parameter of competition*»⁷³³.

Nonostante la rilevanza di questa affermazione, soprattutto ai fini della presente ricerca, l'analisi svolta dalla Commissione ha condotto all'approvazione della concentrazione, subordinata all'accettazione di specifici impegni da parte di Microsoft, al fine di tutelare il processo competitivo nel settore dei *social network* professionali e garantire un

anticompetitive effects than a monopolist buying out its rivals». Federal Trade Commission, Plaintiff v. Facebook, Inc., Defendant, n. 191 0134, 15 aprile 2025.

⁷³¹ Commissione europea, decisione COMP/M.8124, *Microsoft/LinkedIn*, 6 dicembre 2016.

⁷³² Si veda M. Vestager, *Speaking points on Microsoft/LinkedIn merger*, Commissione europea, 6 dicembre 2016.

⁷³³ Commissione europea, *Microsoft/LinkedIn*, cit., par. 350.

accesso ai dati personali anche ai rivali, in modo da evitare condotte escludenti legate al trattamento dei dati⁷³⁴.

Rispetto al versante *privacy*, la Commissione ha osservato che, nei mercati tedesco e austriaco, il concorrente diretto XING offriva un livello di protezione della *privacy* superiore a quello garantito da LinkedIn. In particolare, si evidenziava che XING richiedeva un consenso esplicito al trattamento dei dati già in fase di registrazione, attraverso la selezione attiva di una casella relativa ai termini sulla *privacy*, mentre LinkedIn considerava l'utilizzo continuativo del servizio come accettazione implicita delle modifiche alle *policy*, anche senza una manifestazione inequivoca del consenso⁷³⁵.

Inoltre, XING consentiva agli utenti di continuare a utilizzare la piattaforma anche in caso di mancato consenso a funzionalità aggiuntive, garantendo una maggiore granularità nella gestione dei dati personali. Al contrario, LinkedIn non offriva un'opzione alternativa in caso di aggiornamento delle condizioni relative al trattamento dei dati, determinando un vincolo di accettazione generalizzata⁷³⁶.

Il caso *Microsoft/LinkedIn* costituisce quindi la prima apertura formale della Commissione alla considerazione della *privacy* come parametro competitivo e della funzione della concorrenza per la formazione di *privacy policy* più garantiste per gli utenti; la *privacy*, in quanto parametro qualitativo rilevante, può essere oggetto di riduzione (nella scelta dei consumatori o qualità del servizio) e, pertanto, deve essere oggetto di tutela attraverso rimedi *antitrust*, anticipando molte delle riflessioni che saranno poi consolidate in casi successivi e, soprattutto, nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia dell'Unione europea⁷³⁷.

⁷³⁴ *Ibidem*, par. 574-580. Gli impegni richiesti alla parte acquirente si articolavano in tre ambiti principali: in primo luogo, Microsoft si impegnava a garantire ai produttori e distributori di PC la libertà di installare o meno l'app LinkedIn su Windows per un periodo di cinque anni; in secondo luogo, veniva assicurata interoperabilità tra LinkedIn e altri software professionali concorrenti; infine – e con particolare rilievo – Microsoft si obbligava a garantire l'accesso ai servizi cloud anche ai social network rivali, in modo da evitare effetti escludenti legati al trattamento dei dati.

⁷³⁵ *Ibidem*, par. 379-383

⁷³⁶ *Ibidem*.

⁷³⁷ Si veda capitolo quinto, sesto e ottavo della presente ricerca.

4.3.4 Apple/Shazam

Il caso *Apple/Shazam* del 2018, si aggiunge al novero di casi di fusione che coinvolgono l'uso dei dati personali dei clienti⁷³⁸.

In questo caso, la Commissione ha valutato se l'operazione di concentrazione potesse rafforzare la posizione che Apple detiene nel mercato dei servizi di *streaming* musicale, attraverso l'uso di dati raccolti da Shazam, per indirizzare utenti concorrenti verso Apple Music. Tuttavia, ha concluso che l'accesso ai dati utente di Shazam non avrebbe conferito ad Apple un vantaggio concorrenziale significativo, poiché i dati raccolti non erano abbastanza granulari da permettere una profilazione utile a fini escludenti⁷³⁹. Inoltre, secondo l'analisi della Commissione, Apple non avrebbe avuto né l'incentivo né la capacità di escludere concorrenti bloccando l'accesso di Shazam a dati di integrazione o servizi terzi⁷⁴⁰.

Dal punto di vista della protezione dei dati, vi è un parziale dietro front. La Commissione ha riaffermato che la valutazione *antitrust* non deve sostituirsi all'applicazione del GDPR, sostenendo che «*qualsiasi preoccupazione relativa al rispetto della normativa sulla protezione dei dati personali è oggetto di valutazione da parte delle autorità competenti*»⁷⁴¹, allontanandosi dalla precedente affermazione in *Microsoft/LinkedIn*. La ribadita separazione formale ha suscitato evidenti perplessità, chiaramente palesate tra gli studiosi di concorrenza. Lynskey ha osservato che un approccio più sostanziale alla *privacy* come elemento concorrenziale avrebbe richiesto un'analisi della natura e del valore strategico dei dati di Shazam, anche in termini di possibili effetti escludenti legati al targeting algoritmico⁷⁴². Allo stesso modo, Graef e Tombal sottolineano come negli ecosistemi digitali in cui anche *dataset* apparentemente innocui possono essere combinati con quelli esistenti, si amplificano le capacità predittive e di personalizzazione⁷⁴³.

⁷³⁸ Commissione Europea, decisione M.8788, *Apple/Shazam*, 6 settembre 2018.

⁷³⁹ *Ibidem*, par. 259–263.

⁷⁴⁰ *Ibidem*, par. 300–307.

⁷⁴¹ *Ibidem*, par. 262.

⁷⁴² O. LYNSEY, *Regulating 'Platform Power'*, op. cit., p. 113.

⁷⁴³ I. GRAEF, T. TOMBAL, *The regulation of access to personal and non- personal data in the EU: From bits and pieces to a system?*, in VAN DER SLOOT, VAN SCHENDEL, *The Boundaries of Data*, in Amsterdam University Press, p. 195 e ss.

In definitiva, sebbene la Commissione abbia adottato un approccio prudente ritenendo improbabile una significativa riduzione della concorrenza, ha riaperto il dibattito sulla *privacy* nelle valutazioni *antitrust*.

Una peculiarità del caso è stata la sfida di valutare il potere di mercato in presenza di prezzi zero o non monetari. Nell'analisi della fusione, la Commissione, pur riconoscendo l'inadeguatezza delle quote di mercato come misura del potere di mercato e riconoscendo l'esistenza di un problema con la sua stima, non è andata oltre per condurre un'indagine più olistica che avrebbe portato a conclusioni più solide. Nel commentare la decisione, la Commissione europea ha osservato che: «*I dati sono fondamentali nell'economia digitale. Dobbiamo quindi rivedere attentamente le transazioni, che portano all'acquisizione di importanti insiemi di dati, compresi quelli potenzialmente commercialmente sensibili, per garantire che non limitino la concorrenza*»⁷⁴⁴.

Apple/Shazam conferma, tuttavia, che i dati sono potere di mercato e costituiscono una considerazione importante nel diritto della concorrenza e il caso contribuisce alla discussione sul ripensamento del diritto della concorrenza nell'economia digitale.

4.3.5 Google/FitBit

La decisione della Commissione europea del 17 dicembre 2020 sull'acquisizione di Fitbit da parte di Google, rappresenta un momento chiave nella crescente interazione tra diritto della concorrenza e protezione dei dati personali. La Commissione ha espresso timori che Google, già dominante nei mercati della pubblicità *online* e dei servizi digitali, potesse utilizzare i dati sanitari e di *fitness* raccolti tramite i dispositivi Fitbit per rafforzare ulteriormente la propria posizione⁷⁴⁵. In risposta, Google ha assunto una serie di impegni vincolanti tra cui: (i) il divieto di utilizzare i dati raccolti tramite Fitbit per scopi pubblicitari per un periodo minimo di dieci anni⁷⁴⁶; (ii) l'obbligo di mantenere una chiara

⁷⁴⁴ Commissione europea, Press Release, *Apple/Shazam*, 2018.

⁷⁴⁵ Commissione europea, decisione M.9960, *Google/Fitbit*, 17 dicembre 2020, par. 228–239.

⁷⁴⁶ *Ibidem*, par. 849

separazione tecnica tra tali dati e gli altri *database* pubblicitari⁷⁴⁷ e (iii) la concessione di accesso continuo e non discriminatorio all'API *Web* di Fitbit per garantire l'interoperabilità con servizi terzi⁷⁴⁸. Tali impegni mirano a preservare la concorrenza nei mercati dei dispositivi indossabili e dei servizi digitali per la salute, evitando pratiche escludenti e l'effetto lock-in per gli utenti.

Secondo Lynskey, la decisione segna una «*riconfigurazione del diritto della concorrenza attraverso la lente della protezione dei dati*»⁷⁴⁹, evidenziando come i dati personali possano costituire una risorsa strategica in grado di alterare gli equilibri concorrenziali.

Tuttavia, non sono mancate le critiche: alcuni autori sottolineano come la Commissione si sia affidata eccessivamente a rimedi comportamentali di difficile monitoraggio e potenzialmente insufficienti per contenere l'espansione del potere di mercato di Google. In particolare, è stato messo in discussione il carattere temporaneo degli impegni e la loro efficacia a fronte dell'asimmetria informativa e della complessità tecnica che caratterizza i mercati digitali⁷⁵⁰. Inoltre, la Commissione non ha ritenuto necessario condurre un'analisi approfondita ai sensi del GDPR, ritenendo che il rispetto della normativa sulla *privacy* fosse una questione distinta dal controllo delle concentrazioni⁷⁵¹, un approccio che alcuni studiosi ritengono eccessivamente formale e poco coerente con la realtà integrata dei dati come *asset* competitivo⁷⁵².

4.3.6 La ratio dell'approccio disgiunto

Alla luce dell'esame della casistica della Commissione europea, è evidente come abbia inizialmente escluso ogni approfondita considerazione delle questioni attinenti alla *privacy* degli utenti nell'analisi antitrust, come in *Google/DoubleClick*, *Facebook/Whatsapp* o

⁷⁴⁷ *Ibidem*, par. 857.

⁷⁴⁸ *Ibidem*, par. 879–886

⁷⁴⁹ Cfr. O. LYNKEY, *Health Data and Competition Law: Google/Fitbit and the Rise of Ecosystem Remedies*, 2021, p. 5

⁷⁵⁰ Commissione europea, decisione M.9960, *Google/Fitbit*, 17 dicembre 2020, par. 918–921.

⁷⁵¹ *Ibidem*, par. 263–266

⁷⁵² Si veda sul punto I. GRAEF, *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, in *World Competition*, op. cit., p. 104.

Apple/Shazam; la chiusura era piuttosto netta, risultando difficile poter agire dinnanzi alle affermazioni, che qui vale la pena riportare: «le preoccupazioni relative alla privacy non rientrano nell'ambito della normativa antitrust»⁷⁵³, «eventuali questioni relative alla protezione dei dati sono soggette a una valutazione separata da parte delle autorità competenti»⁷⁵⁴, «la normativa sulla protezione dei dati non interferisca con la valutazione concorrenziale»⁷⁵⁵.

In *Microsoft/LinkedIn*, emerge un'apertura: «The results of the market investigation have indeed revealed that privacy is an important parameter of competition and driver of customer choice in the market»⁷⁵⁶. Nonostante tale riconoscimento già nel 2016, rimase una dichiarazione di principio, senza una presa di posizione netta da parte della Commissione europea sulle modalità operative di tale inclusione.

Per quale ragione è stato adottato tale approccio?

Le ragioni poste a fondamento dell'approccio disgiunto o a “compartimenti stagni” sono sorrette da determinate ragioni strutturali e giuridiche. L'analisi della critica permette di comprendere la *ratio* di tale scelta e sarà necessaria per comprendere le aperture future.

Il punto imprescindibile è che, prima dell'avvento dei mercati digitali, non ci si era mai posta la questione della tutela dei diritti degli utenti in materia di protezione dei dati personali nell'ambito delle valutazioni del diritto della concorrenza; prima del 2016, non vi erano studi in materia che potessero fornire da base teorica per l'elaborazione del valore della *privacy* e dei dati personali nelle dinamiche di mercato, né una solida conoscenza in materia che potesse rendere edotte le autorità di concorrenza nel caso in cui si fossero confrontate con tali istanze.

Al di là della diversità apparente relativa all'ambito di applicazione dei due regimi, poiché il diritto della concorrenza si applica esclusivamente alle «imprese», dove «la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento, e

⁷⁵³ Commissione europea, *Press Release*, IP/14/1088, 3 ottobre 2014.

⁷⁵⁴ Commissione Europea, *Apple/Shazam*, cit., par. 262.

⁷⁵⁵ Commissione europea, *Google/Fitbit*, cit., par. 263-266.

⁷⁵⁶ Commissione europea, *Microsoft/LinkedIn*, cit., nota 330.

*che l'attività di collocamento è una attività economica*⁷⁵⁷ mentre, la disciplina della protezione dei dati personali si applica universalmente a chiunque tratti dati personali, indipendentemente dal fatto che tale trattamento avvenga nel contesto di un'attività economica⁷⁵⁸, la questione è più complessa da analizzare.

Una prima ragione alla base dell'approccio disgiunto, non in ordine di importanza, è di natura istituzionale. Vi era la preoccupazione che l'inclusione della *privacy* nell'analisi *antitrust* potesse generare un conflitto di competenze tra le autorità di concorrenza e le autorità di protezione dei dati⁷⁵⁹. Vi era il timore che ciò avrebbe condotto le autorità della concorrenza ad assumere un ruolo che non spettava loro, a sostituirsi (o a duplicare) i garanti *privacy* nella tutela della vita privata, generando possibili conflitti di attribuzione e rischi di incoerenza tra le decisioni delle due autorità.

Qualora, difatti, un'autorità di concorrenza (come la *DG Competition*) si fosse pronunciata *ultra vires*, ad esempio dichiarando un trattamento illecito *ex* GDPR), a livello giuridico si sarebbe verificato un vizio di incompetenza, con conseguente annullamento della decisione da parte della Corte di Giustizia dell'Unione⁷⁶⁰. Conseguenza pacificamente indesiderata e che avrebbe vanificato l'operato delle autorità di concorrenza nelle lunghe e complesse fasi investigative che precedono alla decisione finale, nonché l'effettività dello stesso diritto, elidendo il

⁷⁵⁷ C. giust. UE, sentenza 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner e Elser*, ECLI:EU:C:1991:161, par. 21.

⁷⁵⁸ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), art. 2, par. 1. Il Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) si applica infatti «*al trattamento interamente o parzialmente automatizzato di dati personali*», anche da parte di enti pubblici o soggetti non economici.

⁷⁵⁹ Nel diritto dell'Unione europea, ogni autorità è titolare di competenze limitate e tipizzate. Le autorità antitrust hanno la competenza a vigilare sulle condotte anticoncorrenziali ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE (e norme nazionali equivalenti), mentre le autorità garanti per la protezione dei dati (artt. 51–59 GDPR) sono dotate di poteri esclusivi in materia di liceità del trattamento dei dati personali.

⁷⁶⁰ È necessario qui richiamare la disciplina europea in materia di competenza e di impugnazione degli atti in violazione della ripartizione delle competenze. L'Unione europea, ai sensi dell'articolo 5 del TUE, agisce solo nei limiti delle competenze conferite dai Trattati. Posta la competenza delle autorità di concorrenza vincolate agli artt. 101–102 TFUE e ai regolamenti attuativi (Reg. 1/2003, Reg. 139/2004), una eventuale decisione della DG Competition rispetto, ad esempio, al corretto trattamento dei dati personali ai sensi del GDPR, avrebbe comportato una indebita ingerenza nelle altrui competenze. La decisione sarebbe impugnabile con ricorso di annullamento *ex* art. 263 TFUE dinanzi al Tribunale dell'UE, per vizio di incompetenza.

contenuto della decisione finale (eventualmente, di condanna per violazione di concorrenza). Come ulteriore fattore di disincentivo, non si può non menzionare l'esistenza del rischio di decisioni contrapposte; si pensi al caso in cui un'autorità di concorrenza avesse giudicato l'esistenza di una violazione dei diritti attribuiti agli utenti in materia di protezione dei dati personali (nell'ambito di una analisi condotta in materia di concentrazione o di abuso di posizione dominante) e, in concomitanza, l'autorità garante dei dati avesse giudicato la condotta in oggetto pienamente lecita ai sensi del GDPR scongiurando qualunque rischio per i diritti degli utenti.

Ogni settore del diritto, difatti, è deputato a tutelare valori ed obiettivi che sono differenti, dove le autorità, con competenze specifiche e soggetti altamente qualificati in materia, fungono da controllori.

Si coglie qui, la seconda ragione dell'approccio separato, che attiene alla natura del danno che ciascun settore mira a prevenire. Il diritto della concorrenza, specialmente nella fase post-modernizzazione e secondo il paradigma del *more economic approach*, è orientato alla tutela dell'efficienza allocativa e del benessere (economico) dei consumatori, che viene misurato prevalentemente attraverso variazioni di prezzo e di *output*, nonché di qualità, scelta ed innovazione la cui misurazione viene effettuata con test quantitativi ed econometrici, come poi esposto nel capitolo terzo⁷⁶¹.

Al contrario, il GDPR è uno strumento di tutela dei diritti fondamentali, come la vita privata e la protezione dei dati personali, nonché dell'autodeterminazione informativa e della dignità, ai sensi degli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁷⁶². Tali considerazioni non sembrano poter soggiacere alle logiche di concorrenza e di mercato, di strumenti di misurazione quantitativi e riducibili a calcoli econometrici. Come osservano Costa-Cabral e Lynskey, la protezione dei dati personali ha un orizzonte assiologico differente, incentrato sull'autonomia e la dignità individuale⁷⁶³.

⁷⁶¹ Capitolo terzo e si veda R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, op. cit., p. 19.

⁷⁶² Si rimanda all'analisi sul punto effettuata nel capitolo secondo.

⁷⁶³ F. COSTA-CABRAL, O. LYNKEY, *Family ties: the intersection between data protection and competition*, op. cit., p. 18.

La *privacy* informativa, intesa come bene intangibile e non monetizzabile, risultava difficilmente integrabile in queste metriche⁷⁶⁴.

La terza ragione, inestricabilmente connessa alla precedente, attiene a considerazioni di principio: la mancata accettazione dell'idea che la *privacy* potesse effettivamente costituire un problema di concorrenza.

Nelle parole di Lamadrid, «*(T)he most powerful argument against the inclusion of standalone privacy considerations into the competition analytical framework is perhaps that there is nothing so special about privacy as to distinguish it from other fundamental rights or from other legitimate and important public policy goals*». Di conseguenza, se si dovesse accettare l'affermazione secondo cui le leggi sulla concorrenza devono essere applicate in modo tale da garantire il rispetto della vita privata, «*there would be no apparent reason not to do the same with any other right or legitimate public goal. This would lead to the absurd result of turning competition law into a law of everything, which would not only entirely deform the discipline but would also provide a great starting point for a dystopian novel*»⁷⁶⁵.

Anche rispetto alle aperture significative in *Microsoft/LinkedIn* (seppure di principio ma non all'epoca contestualizzate) sulla *privacy* come parametro di concorrenza, si è obiettato che le misurazioni sulla *privacy* necessarie affinché si riconduca ai precetti ed agli strumenti del diritto della concorrenza sarebbero difficili e complesse.

Lamadrid argomentava a tal proposito «*(I)t is true, however, that in some cases privacy can be a parameter or a dimension of competition, and in this sense could fall into the scope of competition law; but even in these cases it is arguable that competition authorities are well placed to deal with restrictions of this sort of competition and to identify optimal and non-competitive privacy terms. Indeed, if competition law often struggles dealing with prices, not to mention innovation considerations, factoring privacy considerations into the competition analysis could pose great*

⁷⁶⁴ Numerosi lavori di *policy* sottolineavano proprio l'incertezza metrica della *privacy* come dimensione di qualità e i problemi di individuare *trade-off* concorrenziali nei mercati a prezzo zero. Cfr. OECD, *Quality considerations in digital zero-price markets*, Background note by the Secretariat, DAF/COMP(2018)18, 2018.

⁷⁶⁵ A. LAMADRID, S. VILLIERS, *Big data, privacy and competition law: do competition authorities know how to do it?*, in *Competition Policy International*, 2017, p. 4.

hurdles or bring about an undesirable degree of discretion on the part of authorities lacking the necessary expertise on privacy matters»⁷⁶⁶.

Limitatamente ai casi di concentrazione sopra analizzati, la mancata valorizzazione della *privacy* è anche dovuta a tali questioni analitiche. Difatti, l'analisi delle principali concentrazioni incentrate sui dati mostra che la Commissione europea abbia valutato le operazioni focalizzandosi su aspetti convenzionali della concorrenza, come l'effetto sui prezzi o sulla struttura dei mercati rilevanti legati al prezzo, come avvenuto in *Facebook/Whatsapp*.

Di conseguenza, esse hanno evitato un'analisi approfondita di danni più difficili da quantificare, come quelli derivanti da un eventuale degrado della *privacy* degli utenti o da una riduzione della scelta in materia di *privacy policy* garantite (se non, limitatamente, nel caso *Microsoft/Linkedin*), non concentrandosi sul lato gratuito del mercato⁷⁶⁷.

In ultima analisi, si può ritenere che l'ingresso di considerazioni relative alla *privacy* ed alla protezione dei dati personali sia una questione di obiettivi di concorrenza ed un esercizio di definizione di cosa possa e non possa tutelare.

Nelle parole di Lamadrid, illuminante sul tema «*one must be mindful that the scope of competition law is, fortunately, limited to a relatively narrow set of economic concerns; it is about balancing restrictions of competition with countervailing economic efficiencies. Other issues of public importance remain outside of its realm; they are rightly left to legislators, not to ultra-specialized agencies and lawyers, and not even to courts. Within its margins, we often like to say that competition law is a distillation of common sense through years of application by those judges and specialized agencies, infused with mainstream economics. Applying time-tested principles, competition law has over the years managed to deal with conflicts between different public policy goals, and has been flexible enough to cope with markets and assets of all forms, no matter how supposedly unique or distinctive. Our concern is that by making exceptions or contortions to address big data, or by*

⁷⁶⁶ *Ibidem*, p. 4.

⁷⁶⁷ I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Wolters Kluwer, 2016, p. 493.

*factoring in exogenous elements such as privacy, one might very well ruin the mix»*⁷⁶⁸.

Sebbene gli esiti della presente ricerca sostengano l'inclusione della *privacy* nelle dinamiche concorrenziali e le istanze di tutela dei dati personali, le affermazioni qui riportate hanno un fondo di verità, poiché basate su assunzioni che all'epoca risultavano "condivise".

Come si dimostrerà in questo capitolo ed in quelli successivi, la *privacy* e la protezione dei dati personali possono rientrare nelle analisi di concorrenza in quanto la loro lesione discende da dinamiche di mercato e da nuove forme di esercizio di potere di mercato.

4.4 Verso un approccio congiunto tra diritto della concorrenza e protezione dei dati personali

*«Back then we thought we could safely assume that all competition authorities would share the arguably obvious view that competition law should kick in when there is a competition problem»*⁷⁶⁹. Questo è ciò che la dottrina, la giurisprudenza e la prassi decisionale dell'UE hanno suggerito, ritenendo la *privacy* non un problema *antitrust*. Tuttavia, lo stesso Lamadrid, autore della citazione in apertura, nello stesso scritto sostiene altresì *«as in many other respects, the past few years have shaken our assumptions and what seemed obvious back then is now in dispute»*⁷⁷⁰.

Come si cerca di evidenziare all'interno di questa ricerca, è la stessa digitalizzazione dei mercati che impone di mettere in discussione la rigida dicotomia dell'approccio disgiunto; in questa ricerca, si sostiene che le differenze di impostazione e delle finalità di entrambi i regimi non siano da far ritenere che tale interconnessione sia giuridicamente esclusa⁷⁷¹.

L'approccio disgiunto può risultare ancora parzialmente efficace in scenari in cui i dati vengono trattati come merce scambiabile, ma si dimostra inadeguato nei modelli in cui il servizio è fornito gratuitamente

⁷⁶⁸ A. LAMADRID, S. VILLIERS, *Big data, privacy and competition law: do competition authorities know how to do it?*, op. cit., p. 4.

⁷⁶⁹ *Ibidem*, p. 1.

⁷⁷⁰ *Ibidem*.

⁷⁷¹ C. giust. UE, C-252/21, *Meta Platforms e a. cit.*

e il costo “pagato” dall’utente è rappresentato dalla cessione dei propri dati personali⁷⁷² e, quando la protezione dei dati personali e la tutela della *privacy* sono messe a rischio a causa dell’esercizio di potere di mercato, tramutandosi in un danno ai consumatori nel senso *antitrust*.

Lamadrid, sostiene «*if there is a proven competition issue, then competition law should apply; and if there is no such issue, then naturally competition law should not apply*»⁷⁷³. Solo se si dimostra tale presupposto, si può richiedere al diritto della concorrenza di agire.

Nelle sezioni che seguiranno, pertanto, procederò ad esporre le aree di sovrapposizione normativa individuate tra le due discipline, mirando a dimostrare come la *privacy* e la protezione dei dati personali, possano essere teoricamente considerati un problema *antitrust*, richiedendo un approccio integrato tra le due discipline; un approccio in cui la protezione dei dati personali possa cooperare con il diritto *antitrust* per valutare non solo la struttura del mercato, ma anche la qualità del prodotto, la libertà di scelta e il benessere informato degli utenti.

Prima di tale discussione, tuttavia, si metterà in luce come questo ragionamento non sia isolato o privo di argomentazioni ed aperture da parte delle autorità sia di concorrenza, sia delle autorità garanti della protezione dei dati personali.

4.4.1 Le prime iniziative: il ruolo propulsivo delle autorità nazionali e l’evoluzione del coordinamento europeo

«*the fact that some specific legal instruments serve to resolve sensitive issues on personal data does not entail that competition law is irrelevant to personal data*»⁷⁷⁴.

⁷⁷² M. STUCKE, A. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, in Oxford University Press, 2016, p. 69.

⁷⁷³ A. LAMADRID, S. VILLIERS, *Big data, privacy and competition law: do competition authorities know how to do it?*, op. cit., p. 4.

⁷⁷⁴ Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, 2016, p. 23.

A partire dai casi sopra citati, le autorità garanti della concorrenza di tutto il mondo hanno dedicato sempre maggiore attenzione a questo tema.

È particolarmente interessante notare come questa tendenza non sia stata inizialmente promossa dalla Commissione europea, bensì dalle autorità nazionali, le quali hanno svolto una funzione anticipatrice, di studio e di orientamento, plasmando progressivamente la politica della concorrenza nell'economia dei dati, nonché alimentato fortemente i dibattiti dottrinali.

In particolare, la prima discussione sul tema ha avuto origine grazie al lavoro dell'autorità di concorrenza tedesca, il *Bundeskartellamt*, insieme con l'autorità di concorrenza francese, *l'Autorité de la concurrence* nel 2016⁷⁷⁵.

Nel *report* congiunto, le autorità hanno riconosciuto l'importanza della *privacy* come dimensione capace di influenzare le dinamiche concorrenziali, affermando che le norme in materia di protezione dei dati plasmano profondamente il funzionamento del mercato e pertanto devono essere tenute in considerazione nell'analisi antitrust⁷⁷⁶.

Si legge con chiarezza che «*the fact that some specific legal instruments serve to resolve sensitive issues on personal data does not entail that competition law is irrelevant to personal data*», correttamente rilevando che «*statutory requirements stemming from other bodies of law may be taken into account, if only as an element of context, when conducting a legal assessment under competition law*»⁷⁷⁷. Questo, è un chiaro segnale (seppur in questa fase decentralizzato) di apertura da parte del *Marktpolizei*, di inglobare questioni differenti da quelle meramente economiche nell'analisi delle condotte delle imprese.

Anzi, ancor più chiaramente afferma «*even if data protection and competition laws serve different goals, privacy issues cannot be excluded*

⁷⁷⁵ Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, op. cit.

⁷⁷⁶ *Ibidem*, p. 2. Similmente Andreas Mundt, presidente dell'autorità di concorrenza tedesca, in *Policy and Enforcement Choices' Online Markets and Offline Welfare Effects*, in *Oxford Center for Competition Law and Policy Conference*, 2017; Isabelle de Silva, presidente dell'autorità di concorrenza francese, *EU Privacy Rules Key to Competition Analyses*, *Head of France's Antitrust Watchdog Says*, 7th Annual Telecoms, Media & Technology, 2018.

⁷⁷⁷ Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, cit., p. 23.

from consideration under competition law simply by virtue of their nature»⁷⁷⁸. Anzi, proprio la rilevanza nell'ambito delle dinamiche competitive fa convergere tali due settori del diritto. Rispondendo al requisito sostenuto da Lamadrid, che si condivide in questa ricerca, rispetto alla necessità che qui vale la pena riportare «*if there is a proven competition issue, then competition law should apply; and if there is no such issue, then naturally competition law should not apply*»⁷⁷⁹, le autorità affermano:

«*privacy policies could be considered from a competition standpoint whenever these policies are liable to affect competition, notably when they are implemented by a dominant undertaking for which data serves as a main input of its products or services. In those cases, there may be a close link between the dominance of the company, its data collection processes and competition on the relevant markets, which could justify the consideration of privacy policies and regulations in competition proceedings*»⁷⁸⁰. La rilevanza nelle analisi *antitrust* è stata dimostrata nei capitoli secondo terzo, quantomeno in relazione all'utilizzo dei dati personali come input per i prodotti e servizi, nonché rispetto al potere di mercato (alla dominanza) e alle dinamiche competitive.

L'autorità tedesca non ha tardato a tramutare tale impostazione in una decisione *antitrust*. Proprio nel 2016, aprì le indagini nei confronti Facebook (oggi Meta) inaurando questa nuova prospettiva, ponendo al centro l'ipotesi che l'imposizione di condizioni contrattuali relative al consenso per la raccolta dati, non libere né trasparenti, potesse costituire un abuso di posizione dominante da sfruttamento⁷⁸¹.

Tra il 2017 e il 2023, numerose altre autorità nazionali si sono inserite nel dibattito. L'Autorità italiana (AGCM) ha pubblicato un rapporto nel 2018 sul valore concorrenziale dei *big data*⁷⁸², seguita da

⁷⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁷⁹ A. LAMADRID, S. VILLIERS, *Big data, privacy and competition law: do competition authorities know how to do it?*, op. cit., p. 4.

⁷⁸⁰ *Ibidem*, p. 23 e ss.

⁷⁸¹ Bundeskartellamt, *Case Summary – Facebook*, 2019.

⁷⁸² AGCM, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, 2018, p. 31 ss.

iniziative dell'Autorità britannica (CMA)⁷⁸³, tutte concordi nel sottolineare i rischi derivanti da concentrazioni informative e pratiche opache nell'ecosistema digitale.

Nel 2019, il tema è stato esplorato dalla Commissione europea, che ha commissionato a tre esperti, Crémer, de Montjoye e Schweitzer, un *report* per la riflessione sul futuro dell'*antitrust* nei mercati digitali. Il documento ha evidenziato che il potere di mercato delle grandi piattaforme si fonda, oltre che su barriere tecnologiche e di rete, sulla disponibilità esclusiva di grandi volumi di dati personali⁷⁸⁴. Tale documento non ha valore ufficiale, ma consiste in un semplice rapporto da parte di esperti nel quale individuano i problemi dell'applicazione del diritto *antitrust* ai mercati digitali e, ne formulano le soluzioni. Non costituisce una presa di posizione ufficiale, né un cambio di rotta che spezzi i legami con l'impostazione precedente.

A livello di dichiarazioni pubbliche, la *ex* Commissaria Margrethe Vestager, nel corso di vari interventi ha ribadito l'importanza di considerare la *privacy* anche nell'enforcement *antitrust*, affermando che «non dovrebbe costituire un vantaggio competitivo ignorare il diritto alla protezione dei dati personali»⁷⁸⁵.

In parallelo, anche le Autorità per la Protezione dei Dati hanno iniziato a sottolineare il rischio che un'assenza di effettiva concorrenza possa pregiudicare la libertà informativa e il controllo individuale sui propri dati. Il Garante per la protezione dei dati personali italiano ha richiamato tale aspetto nella Relazione annuale 2022, sottolineando la necessità di una cooperazione rafforzata tra autorità *privacy* e *antitrust*, in particolare nei mercati dominati dalle piattaforme digitali⁷⁸⁶. Sul punto, anche l'*European Data Protection Supervisor (EDPS)* nel 2014, il quale ha richiesto un «*more holistic approach to enforcement*», e un dialogo sistematico tra diritto della concorrenza e la protezione dei dati personali

⁷⁸³ Consumer Market Authority (CMA), ICO, *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*, 2021.

⁷⁸⁴ J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, op. cit., p. 4 ss.

⁷⁸⁵ M. Vestager, *Speech on Competition and Privacy*, European Commission, 29 ottobre 2019 (traduzione dell'autrice).

⁷⁸⁶ Garante Privacy, *Relazione Annuale 2022*, Roma, 2023, p. 41.

«wherever a specific case arises in which consumer welfare and data protection concerns appear to be at stake»⁷⁸⁷.

In tale direzione si è mosso l'*European Data Protection Board*, che dal 2019 ha iniziato a pubblicare contributi sempre più articolati sul rapporto tra concorrenza e protezione dei dati⁷⁸⁸, di svolta nel coordinamento tra protezione dei dati e concorrenza.

Nel suo *Position paper on the Interplay between Data Protection and Competition Law* emanato nel 2025, l'EDPB afferma che «*Strengthening the link between the protection of personal data and competition can contribute to the protection of individuals and the well-being of consumers by reinforcing the common consideration of respect for their fundamental rights and the proper functioning of competitive markets*»⁷⁸⁹.

Anche l'OCSE ha contribuito al dibattito pubblicando un *report* su dati e concorrenza, in cui ha sottolineato l'importanza di sviluppare sinergie tra enforcement *privacy* e *antitrust*, raccomandando la creazione di meccanismi stabili di cooperazione tra autorità⁷⁹⁰.

Nel complesso, il periodo tra il 2016 e il 2025 segna il passaggio da una fase esplorativa e frammentaria a una fase strutturata e cooperativa, in cui le autorità nazionali ed europee, convergono verso una visione più integrata delle problematiche poste dall'economia dei dati. I denominatori comuni di tali studi e *report* possono essere così riassunti: i dati personali hanno modificato le dinamiche competitive e risultano essere un elemento essenziale per la concorrenza tra le imprese.

⁷⁸⁷ European Data Protection Supervisor (EDPS), *Privacy and competitiveness in the age of big data, preliminary opinion*, 2014.

⁷⁸⁸ European Data Protection Board (EDPB), *Opinion 8/2016 on the coherent enforcement of fundamental rights in the age of Big Data*, cit.; European Data Protection Board (EDPB), *Preliminary Opinion – Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: The Interplay Between Data Protection, Competition Law and Consumer Protection in the Digital Economy*, Bruxelles, 2014.

⁷⁸⁹ European Data Protection Board (EDPB), *Position paper on the Interplay between Data Protection and Competition Law*, Bruxelles, 16 gennaio 2025, p. 5.

⁷⁹⁰ OECD, *The intersection between competition and data privacy*, in *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 310, in *OECD Publishing*, Paris, 2024; si veda anche OECD, *Consumer Data Rights and Competition*, in *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 247, in *OECD Publishing*, Paris, 2020.

Il diritto *antitrust*, per come concepito, non è in grado di contenere le nuove forme di potere di mercato che si sono attestate; anzi, si può sostenere che lo stesso diritto della concorrenza non sia pienamente effettivo nei mercati digitali manifestando, pertanto, la necessità di un suo aggiornamento. In determinate ipotesi, le imprese dominanti esercitano il loro potere di mercato e mettono a rischio i diritti degli utenti in termini di protezione dei dati personali; in questi casi, non si può negare la realtà dei fatti e privare di tutela tali istanze e le pratiche relative al trattamento dei dati personali ed il livello di *privacy* offerto, sono un problema di concorrenza.

Come afferma Graef, «il livello di protezione dei dati offerto in un mercato può fungere da indicatore della pressione competitiva tra imprese digitali»⁷⁹¹. Nel medesimo senso, Averitt e Lande evidenziano che il diritto della concorrenza garantisce la possibilità di scelta, mentre la tutela del consumatore (e della *privacy*) mira a rendere informata ed effettiva quella scelta⁷⁹².

Collocandosi sulla scia di questa discussione, si procederà dunque con l'analisi delle zone di intersezione tra i due settori del diritto.

4.5 I punti di intersezione tra diritto della concorrenza e protezione dei dati personali

4.5.1 L'ambito di applicazione

Nonostante le differenze sostanziali sopra illustrate e la tradizionale applicazione separata dei due regimi giuridici, il diritto della concorrenza e quello della protezione dei dati personali presenta aree di intersezione significative.

Il primo e più evidente, costituisce il frutto di una lettura differente rispetto a quanto sopra esposto: l'ambito soggettivo di applicazione.

È ben vero che il diritto della concorrenza si applica alle imprese, come è vero che il GDPR, ed i suoi obblighi in merito al trattamento dei

⁷⁹¹ I. GRAEF, *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, in *World Competition*, op. cit. p. 104 (traduzione dell'autrice).

⁷⁹² N. W. AVERITT, R. H. LANDE, *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, in *Antitrust Law Journal*, Vol. 65, 1997, p. 713.

dati, si applicano a varie tipologie di soggetti, che non necessariamente sono imprese (con grande potere di mercato).

Tuttavia, nei mercati digitali, i titolari del trattamento ai sensi del GDPR coincidono le grandi piattaforme digitali, come Google, Apple, Meta, Amazon e Microsoft (le cosiddette GAMMA), perché si tratta di piattaforme ecosistemi, che pertanto assolvono sia al ruolo di operatore commerciale, sia a quello di titolare del trattamento dei dati.

La zona grigia di intersezione tra le due discipline avviene nel momento in cui, gli attori del mercato con potere dominante, esercitano tale potere al fine da alterare la libertà informativa, la sfera privata degli utenti, la loro libertà di scelta nel mercato e, perfino, le loro credenze (ricordando la visione negativa del potere di mercato nell'ideologia ordoliberal), ad esempio con pratiche di *tracking* obbligato, consenso forzato, o strategie di profilazione estensive, ed in generale con l'imposizione di condizioni di *privacy policy* che possono qui dirsi "iniqui". Questo, non solo determina un indebito sfruttamento dei consumatori, ma rappresenta parimenti una condizione per la quale, in una situazione di concorrenza effettiva, tali vantaggi non sarebbero mai stati conseguiti⁷⁹³. In questi casi, emergono comportamenti che ricadono simultaneamente nell'ambito di entrambe le discipline: vi è una violazione delle regole a tutela della protezione dei dati e del diritto della concorrenza.

Non si può, dunque, escludere un tipo di approccio congiunto tra *antitrust* e *privacy*, assumendo che un trattamento illecito dei dati personali da parte di un'impresa dominante può costituire anche una condotta abusiva ai sensi dell'art. 102 TFUE, se contribuisce al mantenimento o all'estensione del potere di mercato⁷⁹⁴.

⁷⁹³ Sul punto anche P. G. PICH, *CJEU on Facebook: GDPR Processing Justifications and Application Competence*, in *Social Science Research Network*, 2023.

⁷⁹⁴ *Ibidem*.

4.5.2 Il benessere dell'individuo: consumatore e titolare del trattamento

Un ulteriore elemento di contatto tra il diritto della concorrenza e la protezione dei dati personali si rinviene nella loro comune preoccupazione per il benessere dell'individuo⁷⁹⁵. Sebbene con strumenti e finalità diverse, entrambe le discipline si impegnano a tutelare l'interesse delle persone, rispettivamente nella loro qualità di consumatori (per il diritto della concorrenza) e di interessati (per il diritto alla protezione dei dati).

La politica della concorrenza, nelle sue varie articolazioni, dal divieto di intese restrittive alla repressione dell'abuso di posizione dominante, fino al controllo delle concentrazioni, mira a preservare condizioni di mercato aperte e competitive, con l'obiettivo di massimizzare il benessere dei consumatori; difatti, come già argomentato nel capitolo 3, *«l'obiettivo fondamentale del diritto della concorrenza è il benessere del consumatore finale»*⁷⁹⁶.

A prescindere dalla critica sull'ampiezza del concetto di benessere, su cui torneremo più avanti, la concezione del benessere dei consumatori⁷⁹⁷ e, quindi, dei soggetti acquirenti di un bene o servizio, è composta dalla garanzia di prezzi più bassi, maggiore qualità, innovazione e ampiezza dell'offerta⁷⁹⁸. Questi difatti sono gli aspetti che maggiormente vengono considerati dai consumatori nella scelta tra un bene ed un servizio. Come

⁷⁹⁵ European Data Protection Board (EDPB), *Position paper on the Interplay between Data Protection and Competition Law*, Bruxelles, cit., p. 4 «they have a number of potential commonalities, such as the protection of individuals and their choices».

⁷⁹⁶ Comunicazione della Commissione, sulla definizione del mercato rilevante ai fini del diritto comunitario della concorrenza, GU C 372 del 9.12.1997, p. 5.

⁷⁹⁷ M. MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, p. 18.

⁷⁹⁸ L'EDPS nel suo parere preliminare chiede «un nuovo concetto di danno per i consumatori ai fini dell'applicazione delle norme in materia di concorrenza nell'economia digitale» che incorporerebbe la «violazione dei diritti alla protezione dei dati», tuttavia affermando che tale concetto «non è mai stato chiaramente definito, e tende ad essere utilizzato per affrontare la struttura del mercato e l'efficienza economica e, nella sua formulazione, affronta solo indirettamente le preoccupazioni dei singoli consumatori». European Data Protection Supervisor (EDPS), Preliminary Opinion, *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, 2014, pp. 29-32; Cfr. inoltre, F. COSTA-CABRAL, *The Preliminary Opinion of the European Data Protection Garante and the Discretion of the Commission in Enforcing Competition law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, pp. 498-506.

riconosciuto anche dalla Commissione europea, il valore della concorrenza si basa sull'assunto che i consumatori, esprimendo le proprie preferenze attraverso le scelte di mercato, inducano le imprese a migliorare la propria offerta, procedendo dunque a soddisfare le loro esigenze e, migliorare il loro benessere.

Anche la protezione dei dati personali e della *privacy*, fondate su diritti fondamentali, si preoccupano del benessere individuale, inteso come dignità, libertà e autonomia informativa, come si è avuto modo di constatare nel capitolo secondo. Gli interessati dei dati, destinatari diretti della normativa in materia di protezione dei dati; sono persone fisiche, quali utenti delle piattaforme digitali.

In particolare, il regime europeo di protezione dei dati si fonda su una preferenza normativa per il controllo individuale dei dati personali, concetto ben espresso nella dottrina dell'“autodeterminazione informativa”, riconosciuto dalla Corte costituzionale tedesca nella celebre sentenza *Volkszählungsurteil*⁷⁹⁹.

Come osserva Lynskey, «*il GDPR non garantisce semplicemente il rispetto procedurale (...), ma promuove l'autonomia dell'individuo nel contesto digitale*»⁸⁰⁰.

Più precisamente «*(s)trengthening the link between the protection of personal data and competition can contribute to the protection of individuals and the well-being of consumers by reinforcing the common consideration of respect for their fundamental rights and the proper functioning of competitive markets*»⁸⁰¹.

Nei mercati digitali si raffigura l'esistenza di un consumatore (il cui benessere deve essere tutelato ai sensi del diritto della concorrenza) il quale è contemporaneamente lo stesso interessato dei dati ai sensi del GDPR (ed il cui benessere e tutela riguarda aspetti di diritti fondamentali).

⁷⁹⁹Corte costituzionale federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*), sentenza 15 dicembre 1983, *BVerfGE* 65, 1 – *Volkszählung* (Censimento).

⁸⁰⁰ O. LYNKEY, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, 2015, p. 180.

⁸⁰¹ European Data Protection Board (EDPB), *Position paper on the Interplay between Data Protection and Competition Law*, Bruxelles, cit., par. 5.

Risulta pertanto pacifico affermare che, nei mercati digitali, i due concetti, si sovrappongono⁸⁰² e, pertanto, si può sostenere che si sovrappongono anche questioni inerenti al benessere di tali soggetti, nel momento in cui l'accesso ai servizi avviene gratuitamente (e dunque modificando il normale concetto di consumatori come soggetti paganti di un servizio) a fronte della cessione dei propri dati personali e, quando l'accordo tra le parti si verifica mediante l'accettazione delle condizioni di *privacy policy* previste dalla piattaforma.

I consumatori, in quanto interessati dei dati, sono tutelati da disposizioni specifiche volte a garantire la loro autonomia nel processo decisionale nel conferimento dei dati personali, a tutela contro manipolazioni e forzature di consenso; una lesione di tali principi (e, delle rispettive disposizioni del GDPR), determinerà decisamente un danno ai consumatori, al pari di quanto si verifica nelle ipotesi di aumenti di prezzo o di imposizione di clausole di vendita inique.

Essendo necessario un collegamento con i profili concorrenziali per l'attivazione del diritto della concorrenza si argomenta che quando questi effetti siano ricollegabili a posizioni di dominanza di mercato, espressioni di squilibri di potere a favore delle imprese, sfruttando le asimmetrie informative, nonché, direttamente realizzati al fine di ottenere un quantitativo superiore di tali personali, per l'ottenimento di potere di mercato e vantaggi competitivi, in elusione delle norme del GDPR, questo è un problema di concorrenza.

Pertanto, essendo lesi da una condotta espressione di potere di mercato, i valori del GDPR possono costituire un (nuovo) aspetto del "benessere" dei consumatori, nel contesto dei mercati digitali⁸⁰³.

Ulteriormente, il mantenimento di una concorrenza effettiva nel mercato e, la sanzione di pratiche che degradano la *privacy* degli utenti, determinano un effetto favorevole per i consumatori.

Poiché i consumatori sono sensibili alla *privacy* ed alla protezione dei dati personali nell'ambito dei mercati digitali, allora le imprese

⁸⁰² OECD, *The intersection between competition and data privacy*, op. cit., p. 5; Cfr. OECD, *Consumer Data Rights and Competition, OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 247, in *OECD Publishing*, 2020.

⁸⁰³ Tale punto verrà sviluppato nel capitolo sesto.

saranno incentivate a concorrere sulla base di condizioni più favorevoli (anche oltre gli standard legali) per il livello di trattamento dei dati, trasformando la protezione dei dati in un parametro di competizione con le altre imprese⁸⁰⁴.

Questo vuol dire che, se le imprese competono per aumentare i livelli di *privacy* (al pari di come competono tradizionalmente per ridurre i prezzi) si verificherà un beneficio per i consumatori; il rispetto della protezione dei dati personali e della *privacy* rende possibile una corretta espressione delle preferenze dei consumatori, poiché consente loro di fare scelte informate e consapevoli circa i servizi digitali da utilizzare.

In questo contesto, il GDPR offre una protezione minima necessaria per garantire la libertà individuale che deve essere rispettata; mentre il diritto *antitrust*, intervenendo a favore di una concorrenza effettiva sanzionando gli abusi di potere, può ampliare le opportunità disponibili per i consumatori, favorendo l'innovazione orientata alla *privacy* e prevenendo posizioni di manipolazione digitale⁸⁰⁵.

In definitiva, il benessere del singolo individuo (consumatore e interessato) si realizza pienamente quando è possibile combinare autonomia informativa e pluralismo dell'offerta economica; per converso, il benessere, ampiamente inteso, dei consumatori ed interessati dei dati, si ridurrà nel momento in cui si ha un esercizio di potere abusivo che leda i diritti fondamentali degli utenti, dove la piattaforma pone in essere tale condotta al fine di ottenere un vantaggio. Se il diritto della concorrenza interviene nei casi di riduzioni di benessere dei consumatori, tale aspetto può attivare la protezione giuridica e l'attivazione di tale settore del diritto⁸⁰⁶.

⁸⁰⁴ P. SWIRE, K. LAGOS, *Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare*, in *Antitrust Chronicle*, 2013, p. 7.

⁸⁰⁵ I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, op. cit., p. 172. Come afferma l'A., «la protezione dei dati personali aumenta il controllo dell'utente e quindi rende la concorrenza più efficace, facilitando l'esercizio della scelta sul mercato», traduzione dell'autrice.

⁸⁰⁶ Si veda capitolo ottavo.

4.5.3 Approccio regolatorio: la disciplina delle imprese digitali e parità competitiva

Un ulteriore punto di convergenza tra il diritto della concorrenza e la protezione dei dati personali è costituito dalla dimensione regolamentare di entrambe le discipline.

Nonostante esse operino su basi giuridiche differenti, condividono una finalità regolativa del mercato, agendo, seppur con strumenti distinti, per regolare il comportamento delle imprese nel mercato digitale, correggere fallimenti di mercato e riequilibrare posizioni di potere.

Come osserva Lynskey, entrambi i regimi hanno la finalità di regolare le condizioni di accesso e controllo dell'individuo rispetto al mercato, anche se operano su piani differenti: *«la legge sulla protezione dei dati salvaguarda l'integrità del processo decisionale individuale, mentre la legge antitrust protegge da un'influenza esterna e sistemica sul comportamento del consumatore»*⁸⁰⁷. In altre parole, entrambe le discipline perseguono obiettivi orientati al benessere degli individui, influenzando l'attività economica e le strutture di mercato, sebbene da estremità opposte dello spettro normativo.

La *ratio* regolamentare della disciplina della concorrenza in materia di abuso di posizione dominante, si sostanzia nell'intervento contro abuso di esercizio di potere a danno sia del mercato, sia dei consumatori. Intervendendo contro abusi ai danni di quest'ultimi, come prezzi iniqui, discriminazioni di prezzo o condizioni commerciali sleali, le autorità mirano a ripristinare condizioni eque per l'accesso al mercato e per il gioco competitivo tra imprese⁸⁰⁸. Le regole e gli interventi *antitrust*, quindi, non solo disciplinano i prezzi e le quantità, ma anche i rapporti di potere economico, favorendo un equilibrio contrattuale tra imprese e consumatori, richiamando quando detto rispetto l'impostazione ordoliberalista⁸⁰⁹.

⁸⁰⁷ O. LYNKEY, *The Foundations of EU Data Protection Law*, op. cit., p. 175; F. COSTA-CABRAL, O. LYNKEY, *Family ties: the intersection between data protection and competition*, op. cit.

⁸⁰⁸ R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, op. cit., p. 5 ss.

⁸⁰⁹ N. W. AVERITT, R. H. LANDE, *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 65, 1997, p. 714.

Ciò a cui mira, è il mantenimento di una concorrenza effettiva e non falsata tramite l'abuso di potere, per permettere a tutti gli operatori economici di operare sui propri meriti e, ottenere così, clienti.

Le finalità regolatorie sono rintracciabili anche nel GDPR. Sebbene tale regolamento sia uno strumento di tutela dei diritti fondamentali, presenta finalità di regolamentazione delle attività di mercato delle piattaforme di qualunque dimensione e “potere”, quando si tratta di disciplinare il comportamento delle imprese nel trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività di impresa. Difatti, lo stesso considerando 4 del GDPR afferma chiaramente che *«il diritto alla protezione dei dati personali non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità, tra cui rientra la libertà d'impresa»*⁸¹⁰.

Questa clausola introduce un bilanciamento tra *privacy* e interessi economici legittimi, aprendo la strada a valutazioni comparative tra valori e libertà fondamentali; i dati personali possono essere soggetti a ad utilizzo e commercializzazione da parte delle piattaforme digitali, come avviene per le varie finalità e modalità di uso degli stessi espresse nel capitolo secondo, ma solo ed esclusivamente se le disposizioni del GDPR vengano rispettate⁸¹¹.

La protezione dei dati, dunque, è concepita non solo come diritto fondamentale, ma anche come condizione necessaria per l'esercizio di attività economiche basate sui dati; in questo senso, il rispetto della regolamentazione prevista, crea non solo una fiducia da parte degli utenti/consumatori, ma bensì si attesta come elemento chiave per il corretto funzionamento del mercato.

⁸¹⁰ Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), considerando 4.

⁸¹¹ Affinché le imprese possano legittimamente esercitare attività economica tramite i dati personali e quindi circolare liberamente alla luce di tale finalità, come esplorato nel capitolo secondo, si prevedono specifici obblighi in capo al titolare del trattamento, finalizzate a temperare le due esigenze. Si ricordano qui, sebbene già trattati in modo sommario ed oggetto di trattazione dettagliata nel prosieguo: il consenso al trattamento dei dati e le cautele da cui è circondato cfr. Regolamento (UE) 679/2018, (GDPR), artt. 4, 6, 7, considerando 42 e 43. Nonché, il principio di liceità, correttezza, trasparenza, di limitazione delle finalità, e minimizzazione nel trattamento dei dati, cfr. *Ibidem*, artt. 5, 12 13 e 14.

Più in generale, è lo stesso GDPR che, nei suoi considerando, ritiene che le regole ivi previste, soprattutto alla luce del mutato contesto dell'economia digitale, siano funzionali a creare un clima di fiducia (bidirezionale) finalizzato allo sviluppo digitale in tutto il mercato interno, oltre che tutelare direttamente le persone fisiche soggette al trattamento.

Si legge nel regolamento che *«(t)ale evoluzione richiede un quadro più solido e coerente in materia di protezione dei dati nell'Unione, (...) data l'importanza di creare il clima di fiducia che consentirà lo sviluppo dell'economia digitale in tutto il mercato interno. È opportuno che le persone fisiche abbiano il controllo dei dati personali che li riguardano e che la certezza giuridica e operativa sia rafforzata tanto per le persone fisiche quanto per gli operatori economici»*⁸¹².

Dal rispetto delle regole sul corretto trattamento dei dati personali, quindi, beneficiano sia i consumatori, sia gli stessi operatori economici nel mercato interno. Questa questione ci riporta, inevitabilmente, alle considerazioni di diritto della concorrenza.

Ogni operatore economico digitale, fa affidamento sul rispetto delle regole ivi previste da parte degli altri operatori economici digitali per il trattamento dei dati personali. Tale consapevolezza è funzionale a creare un mercato interno senza distorsioni, in situazione di parità “competitiva” tra gli operatori economici. Tutte le imprese sul mercato sono tenute a rispettare le disposizioni del GDPR e, dalla loro violazione o dal mancato rispetto, non possono trarne un indebito vantaggio. Detto questo, è pacifico assumere che il Regolamento *«stabilisce anche le condizioni per una competizione basata sulla fiducia e sull'accountability nei mercati digitali»*⁸¹³.

Alla luce di questa riflessione, risulta evidente che la regolamentazione della protezione dei dati personali e, il suo rispetto da parte degli operatori digitali, rappresentano un elemento costitutivo nei mercati *data-driven*.

Tuttavia, la dimensione regolamentare non si esaurisce in questo profilo; sia il diritto della concorrenza nella disciplina degli abusi di

⁸¹² *Ibidem*, considerando 7.

⁸¹³ O. LYNKEY, *The Foundations of EU Data Protection Law*, op. cit., p. 184.

posizione dominante, sia il GDPR, siano orientati a riequilibrare situazioni di squilibrio di potere ed asimmetrie informative tra utenti/consumatori e piattaforme.

Su tale punto, ci si soffermerà nelle sezioni che seguono.

4.5.4 La correzione dei fallimenti di mercato come fondamento comune tra diritto della concorrenza e protezione dei dati

L'intersezione tra il diritto della concorrenza e la disciplina della protezione dei dati personali (collegata alla funzione regolatoria precedentemente analizzata) risiede nella loro comune funzione di correzione dei fallimenti di mercato.

Sebbene i due regimi giuridici abbiano origini e obiettivi distinti, entrambi condividono una vocazione regolatoria che si attiva, in ultima istanza, quando il mercato, lasciato a sé stesso⁸¹⁴, non è in grado di garantire né efficienza né, in un certo senso, equità.

Nel caso del GDPR, al seguito della riflessione sulla natura e sulle finalità delle disposizioni protettive per il soggetto interessato dei dati e a carico dei titolari del trattamento svolta nel capitolo secondo, possiamo assumere che queste abbiano l'intento di colmare le lacune del mercato nell'assicurare un trattamento equo e sicuro delle informazioni personali, soprattutto nei contesti digitali. Tali lacune si manifestano in forme di informazione asimmetrica e squilibri (informativi) di potere, che impedirebbero agli individui di comprendere pienamente le implicazioni del trattamento dei propri dati, nonché correggendo "esternalità negative", in cui gli effetti dannosi del trattamento (es. profilazione, manipolazione, perdita di autonomia) non sono assunti dal soggetto che li produce, ma esclusivamente a carico degli interessati dei dati.

⁸¹⁴ Si ricorda in questo ambito quanto detto in materia di ordoliberalismo e di rigetto sia dell'impostazione dirigistica dell'economia da parte dello stato e sia del *laissez-faire*; in questo ambito si richiedeva un intervento statale che dettasse la cornice entro il quale le imprese potessero competere liberamente, evitando forme di concentrazione di potere che potevano comportare fenomeni abusivi. Si veda capitolo terzo.

Come osserva Lynskey, la disciplina della *privacy* opera come «strumento correttivo per un ambiente caratterizzato da sbilanciamenti informativi e da disparità di potere contrattuale»⁸¹⁵.

Allo stesso modo, il diritto della concorrenza adotta un approccio basato sul fallimento del mercato⁸¹⁶.

Un fallimento del mercato può essere definito come «l'incapacità di un sistema di mercati privati di fornire determinati beni sia al livello più desiderabile o ottimale»⁸¹⁷.

L'intervento del diritto della concorrenza si fonda sull'assunto che, in presenza di potere di mercato, l'equilibrio tra domanda e offerta si possa spezzare generando un'allocazione inefficiente delle risorse e l'offerta di determinati beni o servizi meno desiderabili o non ottimali; corregge i fallimenti che derivano da posizioni dominanti o concentrazioni, impedisce che un'impresa possa agire indipendentemente dai concorrenti e dai consumatori⁸¹⁸.

Il diritto *antitrust* europeo, inoltre, non si limita a una funzione puramente allocativa, ma ambisce a promuovere il benessere dei consumatori anche come obiettivo sociale, espressione di una visione più ampia di regolamentazione del mercato⁸¹⁹.

I mercati digitali sono colpiti da diversi tipi di fallimenti del mercato che possono influire sulle loro prestazioni ottimali per quanto riguarda la *privacy* dei loro utenti⁸²⁰. Possiamo così raggrupparli: 1) potere

⁸¹⁵ O. LYNKEY, *The Foundations of EU Data Protection Law*, op. cit., p. 73

⁸¹⁶ W. KERBER, *Competition Policy and Data Protection Law: The Complexity of its Interplay from an Economic Perspective*, in SSRN, 2024.

⁸¹⁷ D. W. PEARCE, *MacMillan Dictionary of Modern Economics*, 4a edizione, 1981. Può anche essere definite come «an imperfection in a price system that prevents an efficient allocation of resources».

⁸¹⁸ Cfr. R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, op. cit., p. 24.

⁸¹⁹ A. EZRACHI, *Competition and Beyond: The Open Textured Discourse of EU Competition Law, Current Legal Problems*, Vol. 70, No. 1, 2017, p. 62. Storicamente, è vero che la politica di concorrenza dell'UE sia divenuta uno strumento prettamente economico (come dimostrato nel capitolo terzo). Tuttavia, l'influenza del pensiero ordoliberal tedesco, con la sua enfasi su concorrenza come garanzia di libertà individuale e pluralismo economico, ha progressivamente ampliato il campo semantico dell'*antitrust* europeo, avvicinandolo alla sfera della regolazione sociale. In particolare, l'idea di "economia sociale di mercato" ha messo in luce la necessità di proteggere i consumatori non solo contro i prezzi alti, ma, anche contro forme di subordinazione e prevaricazione. Cfr. D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, 1998, p. 241.

⁸²⁰ W. KERBER, *Competition Policy and Data Protection Law: The Complexity of its Interplay from an Economic Perspective*, op. cit. Ulteriormente, sui vantaggi di un N. ECONOMIDES, I.

di mercato, 2) asimmetrie informative, 3) mancanza di trasparenza, 4) squilibri di potere, 5) consenso e comportamento dei consumatori.

Rispettivamente al potere di mercato, sebbene non vi sia la possibilità di determinare *ab initio* le forme della sua manifestazione e gli effetti del suo esercizio abusivo nel contesto digitale, è possibile assumere (in via generale) che questo permetta alle grandi imprese digitali di raccogliere e utilizzare una grande quantità di dati personali.

Il problema del potere di mercato, spiegato nel capitolo terzo e qui contestualizzato, è dovuto al ridotto numero delle piattaforme in merito a determinati servizi digitali “indispensabili”. Non esistono difatti sostituti alle note piattaforme (come dimostrato nel capitolo terzo); questo, priva in gran parte i consumatori di una scelta realistica tra i fornitori di tali servizi, nonché permette alle piattaforme di esercitare il loro potere a danno dei consumatori, senza che questi cambino fornitore.

La concorrenza tra le imprese e la repressione di pratiche lesive, forniscono la pressione necessaria (come processo di selezione naturale nel primo caso, e come intervento statale volto a ripristinare il gioco competitivo nel secondo caso) affinché le imprese non sfruttino abusivamente il potere raggiunto.

Come si spiegherà nelle sezioni che seguono, nei mercati dei servizi digitali, per i quali i consumatori pagano con i loro dati personali, esistono contemporaneamente tutti i fallimenti del mercato sopra descritti e, inoltre, possono rafforzarsi a vicenda.

LIANOS, *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy*, op. cit., p. 3 «(la disciplina della concorrenza) Essa si preoccupa del fatto che il benessere o il benessere dei consumatori o del generale possano risentirne a causa di una minore protezione dei dati nel mercato malfunzionante dell'acquisizione di dati personali, allo stesso modo in cui qualsiasi mercato potrebbe risentire di prezzi più elevati o di una qualità inferiore. Inoltre, sebbene si possa anche prevedere la possibilità di un quadro basato sui diritti, per accordarsi meglio con i fondamenti assistenzialisti dell'approccio economico nel diritto della concorrenza, l'adozione di un approccio al fallimento del mercato può probabilmente fornire le basi intellettuali comuni necessarie per la valutazione dei danni associati allo sfruttamento dei dati personali, anche quando lo specifico (pertinente) ordinamento giuridico non riconosce formalmente un diritto fondamentale alla privacy» (traduzione dell'autrice).

4.5.6 Asimmetrie informative come fallimenti di mercato: protezione, consapevolezza e potere nel mercato digitale

Entrambe le discipline si confrontano con situazioni nelle quali il consumatore si trova in una posizione di debolezza conoscitiva rispetto agli operatori economici. Tali asimmetrie non solo compromettono l'efficienza del mercato, bensì anche la possibilità di esercitare scelte consapevoli e autonome⁸²¹.

Nel quadro della protezione dei dati personali, il GDPR affronta direttamente il problema dell'asimmetria informativa tra l'interessato e il titolare del trattamento. La disciplina, già esposta nel capitolo secondo e che qui si ricorda, prevede obblighi dettagliati in materia di trasparenza, informazioni preventive e consenso informato, oltre a riconoscere all'interessato il diritto di accedere, rettificare, limitare e opporsi al trattamento dei propri dati⁸²².

Tuttavia, come osserva Ausloos, la mera informazione non è sufficiente se non è accompagnata da comprensibilità, accessibilità e contestualizzazione⁸²³. Spesso, infatti, gli utenti si trovano dinanzi a termini opachi, design manipolativi (*dark patterns*) e scarsa consapevolezza delle conseguenze del trattamento, rendendo l'informazione inefficace.

Economides e Lianos, in uno studio empirico⁸²⁴, hanno rilevato che gli utenti di Facebook, mentre valutano correttamente i costi legati ai prezzi nell'ambito dell'acquisito di beni e servizi, non riescono a valutare i costi legati all'accesso ai servizi digitali nei quali si richiedono i dati personali come controprestazione; manca dunque una piena informazione nel momento della decisione dell'utente di accesso alla piattaforma.

Il valore dei dati personali, come individuato nel capitolo secondo, dovrebbe essere legato al valore che gli inserzionisti digitali pagano per

⁸²¹ N. ECONOMIDES, I. LIANOS, *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Market Failure Perspective*, op. cit., pp. 1-83.

⁸²² *Ibidem*, p. 26 e ss.

⁸²³ J. AUSLOOS, *The Right to Erasure in EU Data Protection Law*, Oxford University Press, 2020, p. 66.

⁸²⁴ N. ECONOMIDES, I. LIANOS, *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Market Failure Perspective*, op. cit., p. 26.

la pubblicità personalizzata, valore che gli utenti non hanno né possono agevolmente ottenere⁸²⁵.

Questa mancanza di conoscenza, porta a teorizzare l'esistenza di una possibile sproporzione tra il valore del servizio a cui accedono gratuitamente e ciò che gli utenti pagano in controprestazione, dando luogo ad un *surplus* di ricchezza per la piattaforma di cui gli utenti non beneficiano⁸²⁶. Questa sproporzione chiama in causa quanto detto in precedenza rispetto ai prezzi iniqui, nonché la possibile attivazione dell'*enforcement* antitrust, per la configurazione di abusi di posizione dominante da sfruttamento, che verrà analizzata nel capitolo sesto.

Inoltre, nel diritto della concorrenza, le asimmetrie informative sono generalmente considerate una forma di fallimento di mercato che altera il meccanismo competitivo. I consumatori, se privi di un'adeguata conoscenza delle caratteristiche dei prodotti o delle condizioni contrattuali, non sono in grado di esercitare pressioni competitive efficaci sulle imprese né di scegliere in maniera effettiva⁸²⁷. In tal senso, la dottrina ha sostenuto che la concorrenza informata è una condizione essenziale per il funzionamento del mercato: *«la concorrenza presuppone un consumatore capace di scegliere, e la scelta presuppone accesso all'informazione»*⁸²⁸.

⁸²⁵ Ibidem. Gli A. sostengono che «Gli utenti non sanno quanto i loro dati siano valutati dagli inserzionisti e/o da Facebook, in quanto non hanno accesso alle informazioni relative al loro valore nel contesto delle transazioni di Facebook con gli inserzionisti e gli intermediari dall'altra parte della piattaforma. Le piattaforme digitali ritengono che la raccolta dei dati e gli effetti di rete forniscano valore anche agli utenti. Tuttavia, il valore esatto degli effetti di rete di cui gli utenti (presumibilmente) beneficiano non è chiaro. Tuttavia, partendo dal presupposto che i dati siano preziosi a causa degli effetti di rete, è difficile determinare il valore generato dai dati forniti da un utente specifico» (traduzione dell'autrice).

⁸²⁶ Ibidem. Dello stesso avviso sono gli A. «il problema è che se la piattaforma raccoglie più dati di quelli necessari per migliorare il servizio o la qualità della piattaforma, questa raccolta eccessiva di dati può creare un "surplus comportamentale" che sarà di per sé molto apprezzato nei mercati dei futures comportamentali», (traduzione dell'autrice).

⁸²⁷ Ibidem, p. 26, «La mancanza di concorrenza tra le reti si traduce in una mancanza di trasparenza informativa in merito al valore dell'utente per la piattaforma digitale pertinente, come Facebook. In questo modo, agli utenti viene impedito di negoziare un affare per un affare "migliore". Il risultato è che non c'è più alcun surplus per gli utenti in quanto influisce sulla capacità degli utenti di intraprendere un'azione collettiva contro il monopolista, ad esempio, passando a una rete rivale» (traduzione dell'autrice).

⁸²⁸ Cfr. H. MICKLITZ, *The Politics of Justice in European Private Law*, Cambridge University Press, 2018, p. 122 (traduzione dell'autrice).

L'asimmetria informativa nei mercati digitali assume una dimensione particolarmente importante. Le asimmetrie informative vengono intenzionalmente esacerbate, traducendosi in squilibri di potere, in cui l'utente, privo di reali strumenti di comprensione e controllo, diventa manipolabile⁸²⁹.

Qui è bene indicare che tale meccanismo alimenta anche il potere di mercato delle imprese digitali: una minore consapevolezza degli utenti consente alle piattaforme di rafforzare il proprio vantaggio competitivo, generando effetti di lock-in, dipendenza informativa nonché barriere all'ingresso per i concorrenti⁸³⁰.

Come afferma Graef, l'asimmetria informativa e lo squilibrio di potere sono due facce della stessa medaglia nei mercati digitali: entrambe impediscono all'utente di esercitare pienamente il proprio ruolo nel processo competitivo⁸³¹.

Questa convergenza normativa è stata riconosciuta anche dal Garante europeo della protezione dei dati (EDPS), il quale ha sottolineato che *«le autorità per la privacy e quelle per la concorrenza devono collaborare attivamente per affrontare i problemi comuni derivanti dalle asimmetrie informative e di potere»*⁸³².

4.5.7 La mancanza di trasparenza come fallimento del mercato

Un secondo importante fallimento del mercato nei contesti digitali riguarda la mancanza di trasparenza nei processi decisionali e informativi relativi al trattamento dei dati. La trasparenza, oltre ad essere un principio generale del GDPR⁸³³, è condizione essenziale per la validità

⁸²⁹ Cfr. S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, op. cit., p. 249.

⁸³⁰ N. ECONOMIDES, I. LIANOS, *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Market Failure Perspective*, op. cit., p. 8 «Notiamo inoltre che in genere esistono altri tipi di fallimenti del mercato, come il lock-in dei consumatori, le asimmetrie informative, la mancanza di mercati che consentano agli utenti di apprendere il valore dei loro dati e i pregiudizi comportamentali», (traduzione dell'autrice).

⁸³¹ I. GRAEF, B. VAN DER SLOOT, *Collective data Harms at the Crossroads of data Protection and Competition Law: Moving Beyond Individual Empowerment*, in *European Business Law Review*, 2022.

⁸³² European Data Protection Supervisor (EDPS), *Opinion 1/2020 on the European Commission's Strategy for Data*, 16 giugno 2020, pp. 8-15.

⁸³³ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), art. 5, par. 1, lett. a.

del consenso: l'interessato deve essere in grado di comprendere appieno le finalità, i soggetti coinvolti e le conseguenze del trattamento, per esprimere una volontà autenticamente informata come richiesto dall'art. 4, par. 11 GDPR.

Nella pratica, tuttavia, gli utenti non sanno in che misura i loro dati vengano raccolti, trattati o trasmessi a terzi.

Le informative sono spesso lunghe, tecniche e vaghe, e gli utenti vi acconsentono senza averle lette.

I dati della Commissione europea sono indicativi: solo il 18% degli utenti ha dichiarato di leggere integralmente le *privacy policies*; il 49% le legge solo parzialmente, mentre il 31% non le legge affatto⁸³⁴.

Il linguaggio adottato nelle informative è spesso deliberatamente ambiguo e “aperto”, con formulazioni come «*potremmo condividere i tuoi dati con partner selezionati per finalità di miglioramento dell'esperienza utente*». L'utente medio non è in grado di interpretare tali formule, né di comprendere le conseguenze a lungo termine del trattamento⁸³⁵.

In questo scenario, l'asimmetria informativa tra piattaforme e utenti non è solo un problema giuridico, ma anche un problema economico e normativo.

I consumatori, nell'economia generale di una scelta tra costi e benefici, non sono in grado di agire razionalmente perché non conoscono l'oggetto stesso della loro decisione. Tale *deficit* informativo compromette il meccanismo del consenso e altera il funzionamento del mercato, poiché impedisce la formazione di preferenze espresse consapevolmente.

La trasparenza, quindi, non è un mero requisito formale, ma un fattore strutturale della concorrenza nei mercati digitali. Dove essa manca, anche la dinamica competitiva viene compromessa, e le imprese non sono incentivate a competere sulla qualità del trattamento dei dati, ma solo sull'illusione dell'accesso gratuito.

Si può ulteriormente argomentare che questo implica l'impossibilità pratica sulla valutazione di condizioni commerciali e di *privacy* offerte tra piattaforme differenti; se non si è in grado di conoscere il loro contenuto,

⁸³⁴ Commissione Europea, *Flash Eurobarometer 443 – e-Privacy*, 2016.

⁸³⁵ O. LYNKEY, *The Foundations of EU Data Protection Law*, op. cit., p. 137.

allora gli utenti non sono in grado di effettuare una comparazione tra piattaforme differenti (se, e ove presenti), elemento costitutivo e imprescindibile di ogni scelta di mercato.

La mancanza di trasparenza, pertanto, è essa stessa una distorsione concorrenziale.

4.5.8 Squilibrio di potere come fallimento di mercato: consenso illusorio e interazione normativa

Come già enunciato, una delle principali sfide affrontate da entrambe le discipline è rappresentata dalla presenza di squilibri di potere tra i singoli individui e i grandi operatori economici.

Nel campo della protezione dei dati personali, il GDPR è stato concepito proprio per riequilibrare la posizione dell'individuo rispetto a chi tratta i suoi dati; anzi, le disposizioni di tale regolamento, potremmo affermare, aspirano a creare una parità di potere tra utenti e titolari del trattamento (le piattaforme digitali).

Questa considerazione è svolta tramite una riflessione sulla validità del consenso prestato dagli utenti rispetto alle *privacy policy* imposte dalle piattaforme.

Il consenso, quale base giuridica principalmente utilizzata e maggiormente garantista, è messa in discussione proprio in presenza di squilibri di potere. L'art. 7 e il considerando 43 del GDPR chiariscono che il consenso deve essere libero, specifico e informato, e che questo non possa essere considerato valido in presenza di un «*significativo squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento*»⁸³⁶.

Si potrebbe disquisire su cosa si intenda giuridicamente per “potere”, per “squilibrio” e, la “significatività”, data l'assenza di riferimenti all'interno della disciplina del GDPR⁸³⁷.

⁸³⁶ Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), considerando 43.

⁸³⁷ Questo è un punto interessante; il GDPR prevede difatti che il consenso possa essere ritenuto valido in caso di squilibri di potere e questo è inserito all'interno dei considerando del Regolamento. Collocazione che porta a conferire a questo il rispettivo valore a fini interpretativi. Inoltre, ciò porta a ritenere che sebbene sia una affermazione di elevatissimo interesse, induce anche a ritenere che il Regolamento non sia deputato a tenere in considerazione questioni di squilibrio di potere ex se o a prevedere obblighi rafforzati a seconda del potere di mercato della piattaforma. Si tornerà su tale punto successivamente.

Invero, alcune indicazioni possiamo provare ad individuarle nel diritto della concorrenza. Nel diritto della concorrenza, come precedentemente indicato, il potere di mercato, è inteso come la capacità di un'impresa di agire in modo indipendente rispetto ai concorrenti, ai clienti e, in definitiva, ai consumatori.

Se in passato tale potere è stato utilizzato per imporre prezzi elevati, non si vede perché tale potere non possa essere utilizzato per finalità diverse purché portino ad un vantaggio per la dominante.

Riprendendo quanto detto nel capitolo terzo, se si accetta una nozione di potere simile a quella di *Hoffman/LaRoche*, quale capacità di produrre effetti sugli altri⁸³⁸, inducendo a conformarsi alla propria volontà senza l'impiego di forme di coercizione fisica, e lo si contestualizza per come si è espresso nei mercati digitali, si nota che le piattaforme tramite l'esercizio di tale potere (integrando gli estremi di "abusivo"), possono condizionare i termini e le condizioni di *privacy* al fine precipuo di ottenere un surplus di informazioni dal consumatore. E questo può avvenire con svariate tecniche già accennate in questo studio, manipolando le modalità di prestazione del consenso, esasperando asimmetrie informative e assenza di trasparenza, fornendo informative *privacy* insufficienti o complesse rispetto alle finalità ed alle modalità di trattamento dei dati, nonché sfruttando il consenso "illusorio". In tali contesti, il consenso è invalido, poiché manca una vera libertà contrattuale di negoziare le clausole o un'effettiva scelta informata⁸³⁹.

Ed ecco che si avvede il tema di come il potere di mercato possa oggi manipolare le scelte dei consumatori ed intervenire in modificazioni sul loro benessere (in una concezione differente dal prezzo), riducendo qualitativamente l'esperienza dell'utente digitale⁸⁴⁰.

Si può sostenere che la nozione di squilibrio di potere ai sensi del considerando 43 del GDPR possa essere riempita con il concetto di potere dominante ai sensi del diritto della concorrenza, determinando

⁸³⁸ M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il Diritto Antitrust*, op. cit., p. 272.

⁸³⁹ B. VAN DER SLOOT, *Privacy as Personality Right, International Data Privacy Law*, Vol. 4, No. 4, 2014, p. 306.

⁸⁴⁰ Tale punto verrà approfondito nel capitolo quarto, quinto e sesto.

conseguentemente l'invalidità del consenso ai sensi dell'articolo 6 del regolamento stesso.

Questa posizione di mercato o superiorità economica e contrattuale può essere sfruttata in maniera abusiva e consentire a un'impresa di imporre condizioni non eque⁸⁴¹, sia economiche che non economiche, come quelle relative al trattamento dei dati personali.

Questo determina varie conseguenze.

In primo luogo, il mercato di discosta dalle preferenze dei consumatori in materia di *privacy*.

In secondo luogo, questo determina un rafforzamento del potere di mercato, poiché l'impresa raccoglie più dati personali di quanto avrebbe potuto in assenza di potere di mercato, a danno sia dei concorrenti sia dei consumatori.

Da ultimo, si ravvisa violazione del GDPR e della normativa di concorrenza.

4.5.9 Perché il GDPR da solo non è abbastanza?

La questione ora non è solo se una determinata condotta violi il GDPR o le regole *antitrust* ma, se, l'applicazione isolata di uno solo dei due regimi possa generare vuoti di tutela o risultati inefficaci.

Mentre le lacune sull'applicazione disgiunta del diritto *antitrust* sono state efficacemente esposte in precedenza, è bene evidenziare qui le ragioni per le quali l'applicazione disgiunta del GDPR non è efficace nei mercati digitali.

Nel contesto dell'economia digitale, l'applicazione esclusiva del GDPR risulta insufficiente quando una condotta lesiva della protezione dei dati personali è attuata da un'impresa in posizione dominante. Il GDPR non è strutturalmente concepito per affrontare in modo adeguato le distorsioni di mercato derivanti dallo sfruttamento di tali dati in regime di potere economico. Laddove un'impresa dominante imponga condizioni inique di trattamento dei dati, l'intervento esclusivo dell'autorità per la protezione dei dati non può neutralizzare gli effetti anticoncorrenziali né

⁸⁴¹ I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, op. cit., p. 35.

ristabilire l'equilibrio tra le parti contrattuali, soprattutto quando gli utenti non dispongono di alternative realistiche nel mercato.

In primo luogo, il GDPR non è uno strumento pensato per valutare né sanzionare gli effetti escludenti o da sfruttamento di una condotta da un punto di vista economico-concorrenziale. Esso si basa sul principio del consenso, sul rispetto delle basi giuridiche del trattamento e sull'attribuzione di responsabilità in caso di violazione delle norme. Tuttavia, in mercati digitali concentrati, il consenso è spesso viziato dalla asimmetria informativa e dal potere contrattuale sproporzionato, elementi che il GDPR non è in grado di correggere da solo.

Come osserva Lynskey, la protezione dei dati personali, da sola, «*non affronta il contesto strutturale che rende possibile il trattamento abusivo*»⁸⁴²; l'EDPB al riguardo, afferma che «*(w)here there is a limited number of operators or when one operator is dominant, the concept of consent becomes more and more illusory*»⁸⁴³.

In secondo luogo, il GDPR non considera il trattamento illecito dei dati come strumento per rafforzare o abusare di una posizione dominante, mentre il diritto della concorrenza può e deve analizzare tali condotte alla luce degli articoli 101 e 102 TFUE. Laddove un'impresa sfrutti la sua posizione di forza per estorcere dati agli utenti o per escludere potenziali concorrenti dall'accesso a dati essenziali, ci si trova dinanzi a un abuso anticoncorrenziale che deve essere affrontato anche in sede antitrust.

Un altro aspetto chiave riguarda la questione sanzionatoria e i rimedi. Il GDPR prevede sanzioni che possono essere molto elevate, fino al 4% del fatturato mondiale annuo, ma occorre chiedersi se ciò costituisca un deterrente sufficiente per colossi con fatturati plurimiliardari⁸⁴⁴.

La mancanza di sinergia tra i due settori potrebbe comportare un doppio difetto: da un lato, la sanzione *privacy* verrebbe percepita come un "costo di esercizio" da parte delle piattaforme dominanti, che continuerebbero a raccogliere dati in modo aggressivo; dall'altro, l'analisi

⁸⁴² O. LYNKEY, *The Foundations of EU Data Protection Law*, op. cit., p. 127.

⁸⁴³ European Data Protection Board (EDPB), Preliminary Opinion, *Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: The Interplay between Data Protection, Competition Law and Consumer Protection in the Digital Economy*, 2014, par. 79. Si veda anche K. COATES, *Competition Law and Regulation of Technology Markets*, Oxford University Press, 2011, p. 363 e ss.

⁸⁴⁴ Regolamento (UE) 679/2016, GDPR, articoli 83 e 84.

antitrust, priva della lente *privacy*, non coglierebbe appieno l'origine del vantaggio competitivo che deriva dalla datificazione dei comportamenti degli utenti. La conseguenza è che, nonostante la presenza di un quadro regolatorio apparentemente completo, le piattaforme digitali potrebbero mantenere o addirittura accrescere il proprio potere di mercato, e i diritti degli utenti continuerebbero a essere esposti a possibili abusi.

Dall'altro, il diritto *antitrust* presenta rimedi sanzionatori maggiormente efficaci, come obblighi di cessazione, rimedi strutturali o comportamentali⁸⁴⁵. Come osservano Stucke e Ezrachi, «*quando le violazioni della privacy sono rese possibili da un potere economico incontrastato, la risposta non può essere solo normativa, ma anche concorrenziale*»⁸⁴⁶.

Sempre in tale contesto, l'*enforcement* del Regolamento GDPR si qualifica come decentrato. Mentre per l'applicazione delle regole *antitrust*, accanto alle autorità nazionali di concorrenza (ANC) vi è la Commissione europea per i casi che coinvolgono pratiche transfrontaliere di rilevante entità, non sussiste analoga competenza per le violazioni del Regolamento GDPR. Le violazioni ravvisate sono di competenza delle autorità nazionali di protezione dei dati (DPA)⁸⁴⁷, in caso di violazione transfrontaliera, dell'autorità capofila⁸⁴⁸, sebbene con il coordinamento effettuato dall'*European Data Protection Board*, il quale non si qualifica come autorità competente in ultima istanza⁸⁴⁹.

⁸⁴⁵ Si veda capitolo quarto, par. 4.5.10.

⁸⁴⁶ A. EZRACHI, M. E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, op. cit., p. 142.

⁸⁴⁷ Regolamento 679/2016 (GDPR), art. 51 «Ogni Stato membro dispone che una o più autorità pubbliche indipendenti siano incaricate di sorvegliare l'applicazione del presente regolamento al fine di tutelare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento e di agevolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione (l'«autorità di controllo»).

⁸⁴⁸ In base al principio dello sportello unico (*one-stop-shop*) previsto dal GDPR (artt. 56 e 60), quando un'impresa ha il proprio stabilimento principale in uno Stato membro, l'autorità garante di quello Stato assume il ruolo di autorità capofila (*lead supervisory authority* – LSA) per tutti i trattamenti transfrontalieri.

⁸⁴⁹ Il Comitato europeo per la Protezione dei Dati personali, ha varie competenze previste dal GDPR: in materia di linee guida, raccomandazioni e migliori pratiche (art. 48); in materia di pareri (artt. 70, 42 e 64); decisioni vincolanti in caso di contrasto sul progetto di decisione tra le autorità di controllo (art. 65).

Tale architettura, determina incertezze, ritardi applicativi⁸⁵⁰ e disomogeneità rispetto all'applicazione negli Stati membri. Le DPA, inoltre, non posseggono risorse adeguate a fronteggiare i colossi digitali e le loro pratiche di trattamento allorquando si intersecano con questioni di mercato.

Pertanto, se le autorità competenti fossero in grado di coordinarsi e di condividere conoscenze e competenze, l'efficacia nell'individuare e contrastare condotte lesive ne risulterebbe significativamente rafforzata. Al contrario, la mancanza di cooperazione rischia di indebolire entrambe le discipline nel fronteggiare le pratiche dei grandi operatori digitali. Ciò conduce a interrogarsi sull'opportunità di mantenere un approccio "separatista", inizialmente adottato dalle autorità *antitrust* quando emersero le prime questioni di rilevanza della tutela dei dati personali nei casi di concorrenza.

Come argomentato dall'EDPB, *«(i)t would therefore seem beneficial to strengthen cooperation between data protection and competition authorities especially in those cases where there is a clear intersection between the application of competition law and the application of data protection rules. This would assist in identifying and tackling upstream the tensions that could arise in certain situations between both fields of law. In this way, increased cooperation between authorities could make it possible to improve consistency and effectiveness in their respective*

⁸⁵⁰ Esplicativo è il caso *Meta Ireland* da parte dell'autorità di protezione dei dati (capofila) dell'Irlanda, riguardo al trattamento dei dati personali degli utenti di Meta. Il 28 agosto 2020 l'autorità di controllo irlandese ha emesso un progetto preliminare di decisione indirizzato a Meta IE, il quale è stato riveduto a seguito delle varie osservazioni presentate. L'autorità di controllo irlandese ha condiviso il progetto di decisione con le autorità di controllo interessate, conformemente all'articolo 60, paragrafo 3, GDPR; visto il meccanismo previsto dal GDPR, diverse autorità di controllo interessate (AC AT, AC DE, AC ES e AC FR) hanno sollevato obiezioni a norma dell'articolo 60, paragrafo 4, GDPR. Inoltre, diverse autorità di controllo interessate hanno formulato osservazioni. Pertanto, il 19 gennaio 2023 l'autorità di controllo irlandese ha rinviato la controversia all'EDPB ai sensi dell'articolo 60, paragrafo 4, GDPR, avviando così la procedura di risoluzione delle controversie ai sensi dell'articolo 65, paragrafo 1, lettera a), GDPR. La decisione vincolante dell'EDPB al riguardo è stata emessa nel 2023 e successivamente l'autorità irlandese, sulla base di tale decisione, ha imposto a Meta le debite sanzioni. Cfr. Decisione vincolante 1/2023 in merito alla controversia presentata dall'autorità di controllo irlandese sui trasferimenti di dati da parte di *Meta Platforms Ireland Limited* per il servizio offerto da *Facebook* (articolo 65 GDPR), adottata il 13 aprile 2023.

*actions, to the benefit of both individuals and entities that must comply with the legal requirements of both fields»*⁸⁵¹.

Dunque, la legislazione sulla protezione dei dati offre una risposta parziale a questo sfruttamento della *privacy* e dei dati degli utenti, nella misura in cui non tiene conto, nell'elaborare la sua strategia correttiva, di tutti i possibili danni a lungo termine per gli utenti delle piattaforme, del potere di alcune piattaforme digitali e della “responsabilità speciale” che può derivare da tali posizioni di potere. Non determina neppure alcun effetto pro competitivo. Le teorie del diritto della concorrenza sullo sfruttamento e l'esclusione possono quindi fornire un buon complemento al diritto della protezione dei dati in questo contesto.

4.5.10 Rimedi antitrust e la loro efficacia nei mercati digitali

Poiché una delle ragioni dell'inefficacia del GDPR nel contrastare le condotte delle piattaforme digitali è stata individuata nella debolezza del relativo apparato sanzionatorio, appare opportuno delineare, sia pur sinteticamente, la struttura delle sanzioni previste dal regolamento (CE) n. 1/2003 in materia di concorrenza.

Qualora l'autorità rilevi evidenze sufficienti di un abuso (o, di un'intesa), essa può adottare una decisione formale di divieto imponendo un ordine di cessazione della pratica (*cease and desist*), eventualmente accompagnato da sanzioni pecuniarie e/o da misure correttive strutturali o comportamentali⁸⁵². Infine, vi è la possibilità per l'autorità di accettare specifici impegni presentati spontaneamente dalle

⁸⁵¹ European Data Protection Board (EDPB), *Position paper on Interplay between data protection and competition law*, op. cit., par. 6.

⁸⁵² Regolamento (CE) N. 1/2003, art. 7, Constatazione ed eliminazione delle infrazioni, par. 1 «Se la Commissione constata, in seguito a denuncia o d'ufficio, un'infrazione all'articolo 81 o all'articolo 82 del trattato, può obbligare, mediante decisione, le imprese e associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata. A tal fine può imporre loro l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa. I rimedi strutturali possono essere imposti solo quando non esiste un rimedio comportamentale parimenti efficace o quando un rimedio comportamentale parimenti efficace risulterebbe più oneroso, per l'impresa interessata, del rimedio strutturale. Qualora la Commissione abbia un legittimo interesse in tal senso, essa può inoltre procedere alla constatazione di un'infrazione già cessata». Cfr. D. GERADIN, N. PETIT, *Remedies in EU Competition Law: Substance, Process and Policy*, Wolters Kluwer, 2018.

imprese coinvolte, volti a risolvere le preoccupazioni concorrenziali emerse durante l'indagine stessa e chiudere il procedimento senza l'imposizione di una sanzione⁸⁵³.

La questione delle sanzioni pecuniarie è tuttavia complessa. È noto che le multe inflitte dalla DG COMP alle grandi piattaforme digitali figurano tra le più elevate nella storia dell'antitrust europeo e costituiscono un apporto significativo al bilancio dell'Unione. Se dovessimo sommare le sanzioni imposte a Google, Meta ed Apple negli ultimi 25 anni, si raggiunge un totale prossimo ai quattordici miliardi di euro⁸⁵⁴.

Eppure, larga parte della dottrina osserva come tali importi siano spesso insufficienti a produrre un reale effetto deterrente, giacché queste imprese dispongono di risorse finanziarie paragonabili al PIL di uno Stato e capaci di assorbire agevolmente l'impatto delle multe⁸⁵⁵. Anzi, si sostiene che, dato l'elevato flusso finanziario che deriva da pratiche anticoncorrenziali, per le piattaforme dominanti potrebbe risultare economicamente conveniente violare le norme sulla concorrenza, soprattutto quando l'infrazione consente di acquisire o sfruttare in modo intensivo i dati personali degli utenti, generando benefici economici di gran lunga superiori all'entità della sanzione⁸⁵⁶.

L'ammenda massima applicabile, sicuramente più elevata rispetto a quella applicabile ai sensi del GDPR, è prevista dall'articolo 23 del Regolamento 1/2003, «(p)er ciascuna impresa o associazione di imprese

⁸⁵³ *Ibidem*, art. 9, par. 1, Impegni, «Qualora intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione può, mediante decisione, rendere detti impegni obbligatori per le imprese. La decisione può essere adottata per un periodo di tempo determinato e giunge alla conclusione che l'intervento della Commissione non è più giustificato».

⁸⁵⁴ L'autrice ha proceduto al seguente calcolo: Google Shopping (2017): €2,42 miliardi; Google Android (2018): €4,34 miliardi, Google AdSense (2019): €1,49 miliardi. Facebook Marketplace (2024): €797,72 milioni. App Store e servizi di streaming musicale (2024): €1,84 miliardi; da ultimo Google AdTech (2025), €2,95 miliardi.

⁸⁵⁵ M. BOTTA, K. WIEDEMANN, *The Interaction of EU Competition Law and Data Protection Law in the Digital Economy*, Common Market Law Review, 2019.

⁸⁵⁶ Si veda A. EZRACHI, M. E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, op. cit. cap. 5.

*partecipanti all'infrazione, l'ammenda non deve superare il 10 % del fatturato totale realizzato durante l'esercizio sociale precedente*⁸⁵⁷. Quando applicato a imprese con fatturati dell'ordine di miliardi, il limite del 10% non appare idoneo a garantire un'effettiva deterrenza.

Tuttavia, il paragrafo 37 degli orientamenti sulle sanzioni pecuniarie in materia *antitrust*⁸⁵⁸, può risultare utile nei mercati digitali. Tale articolo attribuisce alla Commissione un margine di discrezionalità al fine di assicurare che il livello della sanzione abbia un concreto effetto deterrente, prevedendo l'applicazione di una somma forfettaria aggiuntiva⁸⁵⁹. Tale meccanismo è stato utilizzato per la prima volta in un caso dei mercati digitali nella decisione della Commissione *Apple/Spotify*, per abuso di posizione dominante da sfruttamento ai sensi del 102 TFUE. Difatti, nell'applicare la «*somma forfettaria da imporre nel caso di specie, la Commissione ha tenuto conto della natura, della gravità e della durata dell'infrazione, nonché della necessità di conseguire un effetto deterrente sufficiente*»⁸⁶⁰.

Sebbene tale “correttivo”, nei mercati digitali si è iniziato a riflettere con più interesse all'imposizione, accanto alla sanzione pecuniaria, di rimedi adeguati al fine di ripristinare in modo efficace

⁸⁵⁷ Regolamento (CE) 1/2003, art. 23.

⁸⁵⁸ Commissione europea, Orientamenti per il calcolo delle ammende inflitte in applicazione dell'articolo 23, paragrafo 2, lettera a), del regolamento (CE) n. 1/2003, (2006/C 210/02)

⁸⁵⁹ *Ibidem*, par. 37, «Nonostante i presenti orientamenti espongano la metodologia generale per la fissazione delle ammende, le specificità di un determinato caso o la necessità di raggiungere un livello dissuasivo possono giustificare l'allontanamento da tale metodologia o dai limiti fissati al punto 21».

⁸⁶⁰ Commissione Europea, Decisione del 4 marzo 2024, Caso AT.40437 – *Apple – App Store Practices (Music Streaming)*, para. 978. L'applicazione di tale ammenda forfettaria è stata giustificata sul fatto che, la condotta di Apple costituisca un'infrazione di elevata gravità. In particolare, si afferma «*tale condotta ha danneggiato direttamente un numero molto elevato di utenti iOS di app di streaming musicale, ovvero circa il 5% della popolazione dell'Unione Europea, un fenomeno senza precedenti*», par. 980. In questo caso, si è ravvisato che, per il fatturato di Apple, la sanzione pecuniaria fino al 10% del fatturato ai sensi dell'articolo 32 del Regolamento (CE) 1/2003, non sarebbe stata proporzionata e con un sufficiente effetto deterrente.

Si veda anche Corte di Giustizia, causa C-39/18 P *Icap*, EU:C:2019:584, para. 27; Corte di Giustizia, causa C-194/14 P, *AC-Treuhand*, EU:C:2015:717, para. 67; Corte di Giustizia, causa T-679/14, *Teva*, EU:T:2018:919, para. 401.

condizioni di mercato effettive, nonché una tutela adeguata dei consumatori⁸⁶¹.

I rimedi (o misure correttive) sono previsti all'articolo 7, paragrafo 1 del regolamento 1/2003, il quale autorizza la Commissione europea a imporre «*qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato all'infrazione commessa e necessario per porre effettivamente fine alla violazione*»⁸⁶².

I rimedi si distinguono in comportamentali e strutturali. Ai fini della loro legittimità la Commissione deve rispettare alcuni principi generali: i rimedi devono essere idonei a «*porre effettivamente fine alla violazione*» (principio di efficacia), facendo sì che la misura correttiva raggiunga lo scopo previsto⁸⁶³ e, proporzionati, in modo tale che non superino i limiti di ciò che è appropriato (idoneità) e necessario per raggiungere gli obiettivi perseguiti, e, qualora esistano più opzioni possibili, deve essere preferita quella meno gravosa per le imprese interessate (necessità)⁸⁶⁴. Inoltre, gli effetti negativi o gli svantaggi derivanti dall'implementazione della misura non devono risultare sproporzionati rispetto ai vantaggi perseguiti, secondo il criterio della proporzionalità in senso stretto (proporzionalità *stricto sensu*)⁸⁶⁵.

I rimedi, inoltre, possono svolgere plurime funzioni. Una prima funzione è quella ingiuntiva: essi servono ad affrontare i problemi concorrenziali ancora esistenti che potrebbero produrre ulteriori effetti anticoncorrenziali anche dopo la cessazione della condotta⁸⁶⁶. La stessa Commissione afferma che «*le decisioni dell'articolo 7 mirano a garantire che le violazioni siano riscontrate e che i loro effetti siano effettivamente portati a*

⁸⁶¹ Parallelamente, si è iniziato a discutere della possibilità di progettare, insieme alla piattaforma che ha abusato della posizione dominante ed alle parti interessate, impegni del medesimo tipo, volti a porre fine alla pratica e ristabilire condizioni di concorrenza effettiva nel mercato.

⁸⁶² Regolamento (CE) 1/2003, art. 7.

⁸⁶³ Su tale principio, si veda M. MOUSMOUTI, *Introduction to the Symposium on Effective Law and Regulation*, European Journal of Risk Regulation, 2018.

⁸⁶⁴ P. MARSDEN, *Google Shopping for the Empress, New Clothes—When a Remedy Isn't a Remedy (and How to Fix it)*, JECLAP 2020.

⁸⁶⁵ OECD, *Remedies and Commitments in Abuse Cases*. Competition Policy Roundtable Background Note, 2022;

⁸⁶⁶ *Ibidem*.

termine»⁸⁶⁷. Inoltre, possono servire ad uno scopo preventivo: i rimedi possono essere diretti a ridurre o eliminare la capacità e l'incentivo dell'impresa a porre in essere future violazioni. Rientrano in questa categoria, in particolare, i rimedi strutturali, che intervengono sulla struttura dell'impresa qualora esista un rischio sostanziale di reiterazione della condotta o un conflitto di interessi risolvibile solo mediante cessione di attività⁸⁶⁸. Difatti, è la possibilità di reiterazione della condotta che legittimerebbe l'utilizzo di un rimedio strutturale o una situazione di conflitto di interessi tale da poter essere risolta esclusivamente con la cessione di una parte dell'impresa. Questo è decisamente quanto avvenuto nel Caso Google *AdTech*⁸⁶⁹. Nel settembre del 2025 la Commissione europea ha sanzionato la piattaforma per abuso di posizione dominante per una somma pari 2,95 miliardi di euro. Parimenti, la Commissione ha ordinato a Google di porre fine alle pratiche contestate di *self-preferencing* nel settore pubblicitario. Unitamente, ha ordinato a Google di attuare misure per cessare il conflitto di interessi nella catena di approvvigionamento *AdTech*. Alla piattaforma sono stati concessi 60 giorni per informare la Commissione delle misure che intende adottare, le quali saranno successivamente oggetto di analisi e valutazione di adeguatezza. Nel caso in cui ciò non sia sufficiente, la Commissione ritiene che l'unico rimedio applicabile per porre fine al conflitto di interessi, sia il disinvestimento da parte di Google sei servizi coinvolti nelle pratiche abusive.

In ultimo, possono avere una dimensione riparativa⁸⁷⁰: i rimedi possono correggere gli effetti causati dalla violazione, neutralizzando

⁸⁶⁷ Commissione europea, Comunicazione *Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives*, COM(2014)453, par. 188.

⁸⁶⁸ Il considerando 12 del Regolamento 1/2003 prevede rimedi strutturali solo a seguito di condotte anticoncorrenziali ripetute, che possano giustificare un tale intervento.

⁸⁶⁹ Commissione europea, decisione AT.40670, *Google AdTech and data-related practices*, 5 settembre 2025. Il testo non è ancora disponibile per il consueto passaggio inerente alla rimozione delle parti confidenziali. Pertanto, ci si può esclusivamente basare sul Press Release https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1992

⁸⁷⁰ Sebbene il regolamento (CE) 1/2003 non riconosca esplicitamente l'obiettivo di ripristino laddove nei rimedi antitrust, la direttiva ECN+, al considerando 37, prevede che le autorità nazionali della concorrenza dovrebbero disporre di «mezzi efficaci per ripristinare la concorrenza sul mercato

retroattivamente gli effetti anticoncorrenziali che possono perdurare nel mercato anche qualora la condotta sia già cessata⁸⁷¹.

Come Bostoen e van Wamel hanno notato⁸⁷², è centrale chiedersi: nell'imposizione dei rimedi, l'obiettivo è il ripristino della situazione competitiva prima della condotta illegale (*status quo ante*) o una situazione futura di mercato in assenza della condotta illegale?

La giurisprudenza sostiene il ripristino dello *status quo ante*; sul punto, difatti nella sentenza *AKZO*, la Corte di giustizia ha rilevato che «la misura di cui si è lamentata non può essere considerata ingiusta, poiché si limita a vietare all'*AKZO* di perseguire la sua condotta illegale e a consentire (al concorrente danneggiato) di ristabilire la situazione che esisteva prima della controversia»⁸⁷³.

In linea generale, si sostiene qui che, per le caratteristiche dei mercati digitali analizzate nel capitolo terzo, ristabilire lo *status quo ante* sia piuttosto complesso. Pertanto, ci si dovrebbe concentrare su rimedi che mirano a ripristinare *pro futuro* una situazione di concorrenza effettiva, tramite l'eliminazione delle barriere all'ingresso e all'espansione, all'implementazione di misure per l'interoperabilità tra sistemi e modificare eventuali condizioni commerciali o “prezzi” non equi, quando il soggetto leso è il consumatore⁸⁷⁴.

imponendo rimedi strutturali e comportamentali». Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno (*ECN+ Directive*).

⁸⁷¹ Tuttavia, la possibilità che i rimedi riescano a modificare la situazione di mercato che si è verificata dopo la pratica anticoncorrenziale, è piuttosto ridotta. Questo è particolarmente vero nei casi di mercati come quelli digitali in cui vi sono barriere all'ingresso (o quando queste siano state imposte dalla dominante), che non permettono al mercato di auto-correggersi. Si aggiungono gli effetti di rete e le economie di scala che possono consentire a una piattaforma di mantenere la sua posizione dominante appena creata o rafforzata anche dopo che la condotta anticoncorrenziale sia cessata.

⁸⁷² F. BOSTOEN, D. V. WAMEL, *Antitrust Remedies: From Caution to Creativity*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2023, p. 542. Si veda anche M. GAL, N. PETIT, *Radical Restorative Remedies for Digital Markets*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2021.

⁸⁷³ C. giust. UE, sentenza 3 luglio 1991, C-62/86, *Akzo/Commissione*, ECLI:EU:T:2003:250, par.157.

⁸⁷⁴ F. BOSTOEN, D. V. WAMEL, *Antitrust Remedies: From Caution to Creativity*, op. cit. p. 543 Gli A., sottolineano difatti che, invece di garantire che le imprese (ri)acquistino le posizioni di mercato che (avrebbero) avuto prima o in assenza della violazione, i rimedi dovrebbero garantire che le

Dunque, i rimedi applicabili dalla Commissione costituiscono un apparato sanzionatorio nettamente più effettivo per ristorare condizioni di mercato effettive e tutelare i consumatori eventualmente lesi da pratiche anticompetitive in violazione del GDPR.

Questo apre un ulteriore scenario di riflessione: l'intersezione tra diritto della concorrenza e protezione dei dati personali si può ravvisare non soltanto in fase di costruzione dell'abuso ma, bensì, in fase sanzionatoria. In altre parole, la Commissione europea (o, le autorità nazionali) potrebbe progettare rimedi che vincolino l'impresa (nel rispetto del principio di effettività e proporzionalità), al rispetto della normativa del GDPR violata.

La formulazione dei rimedi, difatti, è rimessa alla discrezionalità della Commissione, la quale ha il compito di progettare e identificare il rimedio più appropriato⁸⁷⁵, avendo uno spazio «*per la creatività nel progettare e imporre rimedi*»⁸⁷⁶. Senza anticipare quanto verrà trattato nel capitolo quinto, nel caso Facebook/Bundeskartellamt, il rimedio previsto nel quadro dell'abuso di posizione dominante mediante violazione del GDPR, è stato quello del conformare il comportamento della piattaforma alle disposizioni normative relative al consenso ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 11 GDPR. Difatti, l'autorità garante afferma che «*i consumatori devono avere un maggiore controllo sulla (raccolta di dati da siti web di terze parti) e Facebook deve fornire loro opzioni adeguate per limitare efficacemente questa raccolta di dati*»⁸⁷⁷. Il rimedio comportamentale prescelto è stato strettamente ispirato al principio di granularità del consenso previsto dal GDPR. Secondo tale principio,

imprese, sia già nel mercato che le entranti, siano in grado di competere efficacemente nel (o per) mercato in futuro. Ad esempio, quando un'impresa dominante ha sfruttato il suo potere di mercato da un mercato all'altro e quindi ha attivato un ciclo di *feedback* (ad esempio, attraverso effetti di rete), il rimedio non dovrebbe riguardare solo il comportamento, ma anche il ciclo positivo di *feedback*.

⁸⁷⁵ Conclusioni dell'AG Kokott, nella causa C-441/07 P *Commission v Alrosa*, EU:C:2009:555, par. 51.

⁸⁷⁶ F. BOSTOEN, D. VAN WAMEL, *Antitrust Remedies: From Caution to Creativity*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2023, p. 548.

⁸⁷⁷ Bundeskartellamt, *Press Release*, cit., p. 2.

affinché il consenso possa definirsi libero, specifico, informato ed inequivocabile, esso deve essere espresso separatamente per ciascuna finalità specifica del trattamento (articolo 7, paragrafo 4 GDPR; considerando 42 e 43 GDPR).

Si potrebbero formulare ipotesi ulteriori⁸⁷⁸.

Qualora si ravvisino ipotesi di manipolazione del consenso al trattamento dei dati personali, nelle modalità della formulazione della loro richiesta, ad esempio con l'uso *dark-pattern* o interfacce opache, si potrebbero imporre rimedi comportamentali che modifichino l'interfaccia del consenso e della modalità di richiesta.

Un esempio paradigmatico di tale fattispecie è avvenuto in un caso di abuso di posizione dominante escludente dell'autorità di concorrenza italiana (AGCM) confermato in CGUE, *Servizio Elettrico Nazionale*⁸⁷⁹. Secondo la Corte «*i clienti interpellati avrebbero teso a fornire il loro consenso in favore delle società del gruppo ENEL, essendo stati indotti a ritenere che il rilascio di un simile consenso fosse necessario al mantenimento del loro approvvigionamento di elettricità, e a negare, invece, il loro consenso ad altri operatori*»⁸⁸⁰. Così facendo, il SEN avrebbe limitato il numero di consensi da parte dei clienti del mercato tutelato alla ricezione di offerte commerciali provenienti dagli operatori concorrenti.

Invero, di tutti i clienti del mercato tutelato che hanno accettato di ricevere offerte commerciali dal gruppo ENEL, i quali sarebbero, nel corso del periodo compreso tra il 2012 e il 2015, in media circa 500 000 all'anno, ossia più del doppio della clientela media dei primi tre

⁸⁷⁸ M. BOTTA, K. WIEDEMANN, *EU Competition Law Enforcement vis-à-vis Exploitative Conducts in the Data Economy, Exploring the Terra Incognita*, in *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, 2018. Gli autori hanno analizzato tale questione, prevedendo possibili rimedi per ipotesi di abuso di posizione dominante da sfruttamento (prezzi eccessivi e clausole contrattuali inique, in particolare) ed escludente. Tuttavia, non vi è ampia letteratura al riguardo.

⁸⁷⁹ C. giust. UE, sentenza del 12 maggio 2022, in causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale (SEN)*, ECLI:EU:C:2022:379. La società Servizio elettrico nazionale (SEN), avrebbe raccolto, dal 2012, i consensi dei propri clienti del mercato tutelato a ricevere offerte commerciali relative al mercato libero, con modalità discriminatorie. Queste consistevano nel chiedere agli utenti consensi «separati»: i clienti potevano prestare il consenso a ricevere informazioni commerciali per il mercato libero per le società del gruppo ENEL, da un lato, e per le imprese terze non appartenendo al gruppo ENEL, dall'altro.

⁸⁸⁰ *Ibidem*, par. 11.

principali concorrenti, il 70% avrebbe accettato di ricevere unicamente un'offerta dal gruppo ENEL, contro il 30% che avrebbe accettato di ricevere anche offerte da concorrenti⁸⁸¹.

In tale decisione, l'ACGM ha previsto un mero ordine di cessazione della condotta⁸⁸² ed una sanzione pecuniaria⁸⁸³, senza prevedere un rimedio comportamentale poiché, per le circostanze del caso, la condotta non si ripeteva sistematicamente.

Tuttavia, prendendo spunto da tale ipotesi, un rimedio o impegno comportamentale, potrebbe avere ad oggetto l'ordine di presentare la richiesta di consenso in maniera chiara ed esplicita, evitando di manipolare l'utente o metterlo in una situazione da ingannarlo, mediante una formulazione di tale richiesta opaca e/o fuorviante. In questo modo, il consenso risulta essere libero ed effettivo ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 11 del GDPR.

Un altro esempio, collegato alla *privacy paradox*⁸⁸⁴, è la mancanza di trasparenza nelle *privacy policy* delle piattaforme digitali. Gli utenti spesso acconsentono alle politiche sulla *privacy* senza leggerle e comprenderle appieno. La ragione alla base di questa situazione è che, da un lato, gli utenti non si preoccupano davvero, mentre dall'altro non sono semplicemente in grado di afferrare e comprendere in modo significativo questi termini e condizioni. E queste due dimensioni, possono essere strettamente correlate nel momento in cui nonostante preoccupazioni rispetto al trattamento, non sono in grado, pur leggendole, di comprendere le *privacy policy*. In situazioni in cui l'abuso di posizione dominante ex art. 102 TFUE si realizza mediante violazioni

⁸⁸¹ *Ibidem*, par. 13.

⁸⁸² Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), decisione A511 - *ENEL/condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*, provvedimento n. 27494. Si legge: «b) che Enel S.p.a., Servizio Elettrico Nazionale S.p.a. e Enel Energia S.p.a. si astengano in futuro dal porre in essere le condotte contestate o comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata al punto precedente»

⁸⁸³ *Ibidem*, «d) di irrogare a Enel S.p.a., Servizio Elettrico Nazionale S.p.a. e Enel Energia S.p.a. in solido, in ragione della gravità e della durata dell'infrazione, una sanzione amministrativa pecuniaria di 93.084.790,50 euro».

⁸⁸⁴ Si rimanda al capitolo secondo.

sostanziali del GDPR, come nel caso di *policy privacy* formulate in maniera opaca o ingannevole, i rimedi da adottare possono consistere nell'imposizione di precise modalità di presentazione dell'informativa e nella struttura delle *policy privacy*. Gli impegni comportamentali o i rimedi potrebbero consistere, ad esempio, nella riformulazione obbligatoria delle *privacy policy* in modo chiaro, semplice e immediatamente comprensibile, adottando un linguaggio standardizzato e facilmente leggibile⁸⁸⁵. Tali *policy* dovrebbero essere integrate con una sintesi iniziale che evidenzino, in maniera chiara ed esaustiva, quali dati vengono raccolti, per quale scopo, per quanto tempo e con chi saranno eventualmente condivisi.

Ulteriori misure comportamentali connesse potrebbero includere l'obbligo periodico di audit indipendenti per verificare il rispetto degli standard di trasparenza stabiliti, nonché l'imposizione di campagne informative periodiche rivolte agli utenti, volte a sensibilizzarli sulle modalità di utilizzo e trattamento dei loro dati personali. Tali campagne dovrebbero essere supervisionate dalle autorità per garantire o da esperti terzi affinché le informazioni siano corrette, complete e non ingannevoli.

Sempre in relazioni ad abusi di posizione dominante per violazione del consenso, dato il margine di manovra della Commissione, si potrebbe prevedere un'ulteriore ipotesi⁸⁸⁶. Qualora l'impresa vada a presentare il consenso nella forma di *opt-out* (e dunque la preselezione della casella del consenso)⁸⁸⁷, la quale è vietata dal Regolamento GDPR e dalla sentenza della CGUE *Planet49*⁸⁸⁸, il rimedio comportamentale

⁸⁸⁵ Similmente, M. BOTTA, K. WIEDEMANN, *EU Competition Law Enforcement vis-à-vis Exploitative Conducts in the Data Economy, Exploring the Terra Incognita*, op. cit. p. 63 e ss.

⁸⁸⁶ *Ibidem*, pp. 83 e ss.

⁸⁸⁷ Regolamento (UE) 679/2016, GDPR, considerando 32 «Non dovrebbe pertanto configurare consenso il silenzio, l'inattività o la preselezione di caselle».

⁸⁸⁸ C. giust. UE, sentenza 1° ottobre 2019, in causa C-673/17, *Planet49*, ECLI:EU:C:2019:801, par. 63 «Ne consegue che il consenso di cui all'articolo 2, lettera f), e all'articolo 5, paragrafo 3, della direttiva 2002/58, letti in combinato disposto con l'articolo 4, punto 11, e l'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del regolamento 2016/679, non è validamente espresso quando l'archiviazione di informazioni o l'accesso a informazioni già archiviate nell'apparecchiatura terminale dell'utente

potrebbe essere progettato per garantire la presentazione del consenso con il sistema dell'*opt-in*, conformemente al GDPR e al *decisum* della CGUE.

In conclusione, l'apparato sanzionatorio previsto dal regolamento (CE) n. 1/2003 si dimostra, rispetto a quello delineato dal regolamento (UE) 2016/679, maggiormente idoneo a incidere sulle condotte delle imprese operanti nei mercati digitali. Da un lato, esso prevede un massimale edittale più elevato – pari al 10% del fatturato totale – e consente, in casi specifici, l'applicazione di una somma forfettaria aggiuntiva. Dall'altro, la possibilità di imporre rimedi, sia comportamentali sia strutturali, offre alla Commissione europea strumenti più efficaci per ricostruire *pro futuro* condizioni di concorrenza effettiva e per prevenire condotte potenzialmente dannose per i consumatori digitali.

Ciò presuppone, tuttavia, che le autorità *antitrust* dispongano della competenza a qualificare un abuso di posizione dominante anche sulla base della violazione del GDPR, nonché dell'*expertise* necessaria per progettare rimedi conformi alle prescrizioni del medesimo regolamento. Tali profili saranno approfonditi nei capitoli quinto e sesto.

4.6. La privacy nei mercati digitali

È bene qui esaminare l'aspetto ambivalente rispetto la percezione del valore della *privacy* nei mercati digitali. La *privacy* è stata definita come «*la pretesa di individui, gruppi o istituzioni di determinare da soli quando, come e in che misura le informazioni su di loro vengono comunicate ad altri*»⁸⁸⁹. Questo, traslato dell'odierna società della comunicazione e della divulgazione dei dati a carattere personale, si riferisce ad una presunzione che, i consumatori, ritengano svantaggioso

di un sito Internet sono autorizzati mediante una casella preselezionata che l'utente deve deselezionare al fine di negare il proprio consenso».

⁸⁸⁹ A. WESTIN, *Privacy and Freedom*, Wash. & Lee L. Rev. 166, 1968, p. 7.

divulgare i propri dati e, che, qualunque decisione in merito, spetti alla loro autonomia.

Nel contesto di una valutazione sul valore del consenso e dell'autonomia e volontà dei soggetti quando accettano i termini e le condizioni di *privacy* di una piattaforma, gli atteggiamenti dei consumatori in materia di *privacy* sono «soggettivi e idiosincratici»⁸⁹⁰.

I consumatori tendono ad avere preferenze eterogenee in materia di *privacy*⁸⁹¹ e la decisione se condividere o meno le informazioni personali dipende dal contesto in cui vengono richieste, nonché da fattori culturali e di altro tipo⁸⁹².

Un problema è che i compromessi sulla *privacy* sono intertemporali, in quanto la condivisione dei dati personali come controprestazione gratuita per l'accesso ai servizi, porterà probabilmente un beneficio immediato (e più certo), rispetto ai rischi di un costo incerto in una data futura sconosciuta⁸⁹³.

Non è possibile difatti stabilire a priori ed in modo univoco, se la divulgazione dei dati personali sia sempre svantaggiosa o vantaggiosa per gli interessati, consumatori o utenti; questo dipende da molteplici variabili, quali il tipo di mercato, le preferenze soggettive degli utenti, il contesto del trattamento e l'equilibrio tra costo e beneficio percepito⁸⁹⁴.

Difatti, anche gli interessati possono trarre vantaggi da una certa divulgazione, ad esempio mediante l'accesso a servizi personalizzati o a offerte più pertinenti; la pubblicità comportamentale non deve essere demonizzata per principio e questo non è quello che si sostiene in questa ricerca.

Una delle ragioni di questa ambiguità risiede nella natura bifronte dei dati personali e *privacy* come valore economico. Essa può fungere da bene intermedio, nel senso che la riservatezza può essere scambiata in

⁸⁹⁰ A. ACQUISTI, C. TAYLOR, L. WAGMAN, *The Economics of Privacy*, in *Journal of Economic Literature*, Vol. 54, No. 2, 2016. p. 446.

⁸⁹¹ R. WALTERS, B. ZELLER, L. TRAKMAN, *Personal Data Law and Competition Law – Where is it Heading?*, in *European Competition Law Review*, UNSW Law Research Paper No. 18-73, 2018.

⁸⁹² Cfr. A. ACQUISTI, C. TAYLOR, L. WAGMAN, *The Economics of Privacy*, in *Journal of Economic Literature*, Vol. 54, No. 2, 2016. Si veda anche OECD, *Going Digital: Shaping Policies, Improving Lives*, in *OECD Publishing*, Paris, 2019.

⁸⁹³ *Ibidem*.

⁸⁹⁴ A. ACQUISTI, C. TAYLOR, L. WAGMAN, *The Economics of Privacy*, op. cit., p. 445.

cambio di vantaggi economici o di accesso a servizi. Ma, al contempo, la *privacy* rappresenta anche un bene finale, dotato di una valenza normativa autonoma, la cui tutela è riconosciuta a livello costituzionale e sovranazionale, in particolare alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In questo senso, la relazione costo/beneficio, non si presenta come lineare: l'equilibrio tra utilità e rischio è contestuale e soggettivo, e varia significativamente da persona a persona, anche in funzione di fattori culturali, psicologici ed esperienziali⁸⁹⁵.

Ciò che per un soggetto è considerato altamente sensibile può essere, per un altro, tranquillamente condiviso. Pertanto, per determinati utenti la cessione dei dati personali per accedere gratuitamente al servizio potrebbe non creare alcun tipo di danno; al contrario, per altri gruppi di utenti, queste attività potrebbero fungere da indebita intrusione nella propria vita privata.

Ciò che rileva, ai fini di questa ricerca, non è tanto la stessa ambivalenza di tale concezione, ma l'esistenza di strumenti giuridici effettivi, che permettano ai consumatori/interessati dei dati di cedere liberamente e consapevolmente i propri dati personali alle imprese digitali senza incorrere in indebite forzature, al fine di accedere a dei servizi digitali gratuiti necessari per quasi ogni nostra attività quotidiana.

Come suggerisce Acquisti, occorre chiedersi: *«le forze di mercato saranno in grado di mantenere un equilibrio desiderabile tra privacy e divulgazione, in un mondo in cui la maggior parte della nostra vita personale e professionale dispiega scie di dati elettronici e in cui potenti interessi economici favoriscono la disponibilità delle informazioni rispetto alla protezione delle informazioni?»*⁸⁹⁶.

A partire da questa domanda, si procederà nei paragrafi successivi ad analizzare il ruolo del consenso ai sensi del GDPR come strumento giuridico ma anche economico, che modella significativamente i

⁸⁹⁵ I. RUBINSTEIN, *Big Data: The End of Privacy or a New Beginning?*, in *International Data Privacy Law*, pp. 74-87.

⁸⁹⁶ A. ACQUISTI, *Privacy in Electronic Commerce and the Economics of Immediate Gratification*, *Proceedings of the 5th ACM Conference on Electronic Commerce*, 2004, p. 21.

comportamenti degli attori di mercato, influenzando le dinamiche concorrenziali e la struttura stessa dei mercati digitali.

4.6.1 Il consenso come fallimento del mercato

Le riflessioni sopra svolte in merito agli squilibri di potere ed asimmetrie informative, si possono concretizzare in un'analisi sul consenso. Vi è la diffusa percezione che nei mercati digitali, gli utenti perdano il controllo sulle informazioni personali che li riguardano⁸⁹⁷; eppure il GDPR prevede un istituto, quale quello del consenso, analizzato nel secondo capitolo, il quale è servente a tale finalità protettiva. In tale sezione, verrà analizzato in una nuova veste, la quale permetterà di comprendere il perché, nei mercati digitali, il GDPR potrebbe non essere abbastanza.

Il Regolamento GDPR si fonda sul principio per cui ogni trattamento di dati personali è vietato, salvo che non sia fondato su una base giuridica legittima. Tra le diverse basi giuridiche elencate all'art. 6, par. 1 GDPR⁸⁹⁸, il consenso è una delle più rilevanti nei contesti digitali.

Ricordando quanto già detto, il consenso è definito come una manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile, fornita mediante un'azione positiva (art. 4, par. 11⁸⁹⁹).

L'art. 7 stabilisce le condizioni per la validità del consenso, richiedendo, tra l'altro, che sia facile revocarlo quanto prestarlo (2 comma), e che l'informazione sia fornita in linguaggio chiaro e comprensibile (3 comma) e, che quando il consenso sia necessario per

⁸⁹⁷ Gli A. Lazaro e Le Métayer sostengono «*in the face of recent technological developments and emergence of new social practices which seem to undermine the very capacity, if not the will, of individuals to 'self-manage' their informational privacy [the] apparently simple and familiar notion [of control] becomes very ambiguous*». Cfr. C. LAZARO, D. LE MÉTAYER, *Control over Personal Data: True Remedy or Fairy Tale?*, in SCRIPTed, reperibile al link <https://script-ed.org/?p=1927>, 2015, p. 4.

⁸⁹⁸ Si rimanda al capitolo secondo. Regolamento (UE) 679/2016, (GDPR), art. 6, rubricato «*Liceità del trattamento*», prevede «*1. Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità*».

⁸⁹⁹ Regolamento (UE) 679/2016, (GDPR), art. 4, rubricato «*Definizioni*», si legge «*consenso dell'interessato*: qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento».

l'esecuzione di un contratto (anche di servizi), le autorità debbano tenere nella massima considerazione l'evenienza che questo sia condizionato alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali ulteriori non siano necessari all'esecuzione del contratto in oggetto (4 comma)⁹⁰⁰.

Questo è completato dal considerando 43 del Regolamento. Si stabilisce che nella valutazione della *«libertà di espressione del consenso»* e dunque, alla sua garanzia, *«è opportuno che il consenso non costituisca un valido presupposto per il trattamento dei dati personali in un caso specifico, qualora esista un evidente squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento»*; il GDPR precisa, in questo caso, che questo possa avvenire nel caso in cui il titolare del trattamento sia una pubblica autorità, dato l'esercizio e la coercizione che questo può esercitare sul soggetto titolare del trattamento.

Vi è anche una presunzione; *«Si presume che il consenso non sia stato liberamente espresso se non è possibile esprimere un consenso separato a distinti trattamenti di dati personali, nonostante sia appropriato nel singolo caso, o se l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, è subordinata al consenso sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione»*.

Il considerando 42, afferma che il consenso non può dirsi *«liberamente prestato»*, qualora l'utente non sia messo nella possibilità di operare una scelta *«autenticamente libera»* o qualora si trovi nell'impossibilità di rifiutare o revocare il consenso, *«senza subirne un pregiudizio»*⁹⁰¹.

L'architettura normativa del GDPR presuppone una visione fortemente razionale e volontaristica del soggetto interessato: un individuo attivo, pienamente informato, capace di comprendere il

⁹⁰⁰ In particolare, il quarto comma dell'articolo 7 *ibidem*, rubricato *«Condizioni per il consenso»*, afferma *«Nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto»*.

⁹⁰¹ *Ibidem*, considerando 42 *«Il consenso non dovrebbe essere considerato liberamente espresso se l'interessato non è in grado di operare una scelta autenticamente libera o è nell'impossibilità di rifiutare o revocare il consenso senza subire pregiudizio»*.

contenuto delle condizioni proposte, valutarne le conseguenze e agire in modo autonomo, in modo da autodeterminarsi liberamente⁹⁰².

Nella prassi dei mercati digitali, questo modello normativo risulta essere effettivo?

Da un lato, si ravvisano problematiche inerenti allo stesso consumatore, dall'altro, all'operato delle piattaforme e della struttura di mercato.

Rispetto al consumatore, una crescente letteratura interdisciplinare ha messo in discussione l'efficacia del consenso come strumento di tutela individuale, evidenziando le distorsioni cognitive e comportamentali che condizionano le scelte degli utenti. L'assunto secondo cui il consumatore sia un attore razionale e pienamente informato, quale condizione necessaria per assumere qualunque decisione di mercato, è stato confutato da numerosi studi di economia comportamentale, che dimostrano come le decisioni in materia di *privacy* siano spesso impulsive, irrazionali, o guidate da scorciatoie mentali (*bias* cognitivi)⁹⁰³. Sul punto, la teoria del *privacy paradox* mostra che, pur dichiarando di attribuire un valore elevato alla protezione dei dati personali, i consumatori spesso condividono informazioni sensibili in cambio di vantaggi minimi o di accesso a servizi gratuiti. Tale comportamento contraddittorio si spiega attraverso meccanismi di disattenzione razionale, sottovalutazione dei rischi futuri, effetto *framing* e sovraccarico informativo⁹⁰⁴.

A ciò si aggiunge la prassi diffusa, da parte delle piattaforme digitali, di strutturare i percorsi di interazione utente in modo da influenzarne sistematicamente le scelte, tramite l'uso dei cd. *dark patterns*: interfacce disegnate per rendere il rifiuto del consenso più difficile, per oscurare opzioni alternative, o per generare pressione

⁹⁰² Così A. D'AMICO, *Market Power And The Gdpr: Can Consent Given To Dominant Companies Ever Be Freely Given?* op. cit. ritiene che «Under the GDPR, data subjects are treated as active agents; they are granted a set of 'micro-rights' and empowered through individual choice regarding the way their data is used», p. 2.

⁹⁰³ Su tutti, K. MATHIS, A. STEFFEN, *From Rational Choice to Behavioural Economics*, in MATHIS, *European Perspectives on Behavioural Law and Economics, Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship*, vol 2., Springer, 2015.

⁹⁰⁴ A. ACQUISTI, L. BRANDIMARTE, G. LOEWENSTEIN, *Privacy and Human Behavior in the Age of Information, Science*, Vol. 347, No. 6221, 2015, p. 510.

psicologica all'accettazione⁹⁰⁵. Queste possono anche imporre consensi unificati per molteplicità di trattamenti, senza permettere all'utente di esprimere una scelta effettiva tra finalità differenti.

Tali strategie si basano sullo sfruttamento delle fragilità cognitive dell'individuo, che non dispone né del tempo né delle competenze necessarie per valutare ogni richiesta di consenso in modo consapevole.

Inoltre, il contesto competitivo e strutturale del mercato digitale influisce significativamente sulla libertà del consenso.

Quando l'utente si trova dinanzi a un operatore dominante o in un contesto di forte concentrazione di mercato, come nel caso di Meta, Google o Amazon, la possibilità di rifiutare le condizioni imposte è puramente teorica⁹⁰⁶.

Dal rifiuto del consenso, gli utenti sarebbero privati della possibilità di accedere al servizio, e questo avviene quando la controprestazione sia il conferimento di dati personali per l'accesso gratuito al servizio come corrispettivo (improprio), essendo assente un esborso monetario.

Come è emerso nel concetto di potere di mercato e di struttura competitiva, non essendoci operatori alternativi che offrono un servizio simile (o che soddisfa il medesimo bisogno), non vi è una possibilità effettiva di scelta.

In tali circostanze, lo squilibrio di potere contrattuale ed economico e le asimmetrie informative rendono il consenso non liberamente prestato, configurando un potenziale fallimento sistemico del meccanismo di autodeterminazione.

Questo diventa maggiormente avvalorato se si assume che la posizione dominante ai sensi del diritto della concorrenza possa integrare gli estremi di squilibrio di potere previsto dal GDPR, colorando tale parametro normativo.

⁹⁰⁵ C. BÖSCH ET AL., *Tales from the Dark Side: Privacy Dark Strategies and Privacy Dark Patterns*, in *Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, 2016, pp. 237-254.

⁹⁰⁶ N. ECONOMIDES, I. LIANOS, *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Market Failure Perspective*, op. cit.

In sintesi, se da un lato il consenso rappresenta una delle principali basi giuridiche del GDPR, e uno degli strumenti attraverso cui si realizza l'autonomia del soggetto nell'economia digitale, dall'altro, esso appare intrinsecamente vulnerabile nel contesto di mercati digitali complessi, asimmetrici e opachi. Il risultato è che la funzione regolatoria del consenso viene svuotata di contenuto, e la sua invocazione da parte delle imprese rischia di diventare meramente formale. Questa fragilità evidenzia la necessità di riconsiderare il ruolo del consenso non solo come base giuridica, ma anche come parametro di qualità, trasparenza e libertà concorrenziale.

Anche se fornito tramite un click, questo risulta svuotato del suo contenuto. *«La privacy non viene persa, scambiata, ceduta o violata semplicemente perché viene ceduto il controllo sulle informazioni o perché le informazioni vengono condivise o divulgate; questo avviene solo se cedute o divulgate in modo inappropriato»*⁹⁰⁷.

4.6.2 Il paradosso della privacy: una distorsione comportamentale tra autodeterminazione e manipolazione

Si potrebbe tuttavia argomentare come segue: se gli utenti fossero realmente interessati alla tutela della propria *privacy*, quale è la ragione per la quale il consenso viene prestato dagli utenti?

Funzionale alla valutazione della libertà del consenso è un fenomeno piuttosto dibattuto in dottrina il cd. “*paradosso della privacy*”⁹⁰⁸. Questo concetto designa la divergenza sistematica tra ciò che gli individui dichiarano di voler tutelare – la propria *privacy* – e il loro comportamento effettivo nei mercati digitali.

Numerosi studi hanno rilevato che, mentre la maggior parte degli utenti afferma di considerare la *privacy* un valore fondamentale, nella pratica condivide volontariamente dati sensibili, spesso in cambio di benefici minimi o addirittura senza alcuna utilità percepita: un'applicazione gratuita, uno sconto, un accesso semplificato. Gli utenti

⁹⁰⁷ D. J. SOLOVE, *Understanding Privacy*, op. cit., p. 25.

⁹⁰⁸ A. ACQUISTI, L. BRANDIMARTE, G. LOEWENSTEIN, *Privacy and Human Behavior in the Age of Information, Science*, Vol. 347, No. 6221, 2015, p. 510.

cliccano su “accetto” alle condizioni di servizio e alle informative sulla *privacy* senza leggerle né comprenderle, in quanto spesso troppo lunghe, complesse o scritte in linguaggio tecnico⁹⁰⁹.

Tale divario ha prodotto due correnti interpretative. La prima, più scettica, sostiene che le dichiarazioni degli utenti siano sovrastimate. Pertanto, il comportamento degli utenti e non l'intenzione è ritenuto la misura autentica delle preferenze. Da questa prospettiva, l'utente valuterebbe consapevolmente il bilanciamento tra *privacy* e accesso gratuito al servizio, preferendo quest'ultima. In base a questa visione, non si configurerebbe alcun fallimento di mercato né sarebbe necessario un intervento regolatorio: la cessione dei dati sarebbe una scelta razionale⁹¹⁰.

Al contrario, due approcci alternativi offrono una spiegazione del paradosso in chiave comportamentale. Il primo si concentra sulle distorsioni del comportamento: gli utenti agiscono in modo incoerente con le proprie preferenze a causa di *bias* cognitivi, euristiche, scarsa consapevolezza o tecniche manipolative implementate dalle piattaforme. In questo contesto, la “scelta” di condividere i dati non riflette le reali intenzioni dell'utente, bensì il risultato di architetture decisionali opache⁹¹¹. A livello normativo, ciò implica che la regolazione dovrebbe intervenire per rimuovere gli ostacoli cognitivi e creare condizioni in cui le decisioni degli utenti siano più allineate alle loro preferenze dichiarate.

Il secondo approccio, formulato da Solove, nega che il paradosso esista come tale. Secondo questa prospettiva, gli utenti condividono i propri dati non perché non tengano alla *privacy*, ma perché ritengono che la condivisione sia priva di rischi nel contesto specifico, oppure perché confidano che i dati non verranno utilizzati in modo dannoso o divulgati a terzi⁹¹².

⁹⁰⁹ *Ibidem*.

⁹¹⁰ Si veda sul punto R. POSNER, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1981.

⁹¹¹ C. BÖSCH ET AL., *Privacy Dark Patterns, Proceedings on Privacy Enhancing Technologies*, op. cit. pp. 237-254.

⁹¹² D. J. SOLOVE, *Understanding Privacy*, op. cit., pp. 26-29. L'A. rispetto alla *privacy* argomenta come tale diritto non sia alienabile: anche dopo la condivisione dei dati, gli utenti mantengono diritti

Questa pluralità di interpretazioni non deve oscurare le implicazioni concrete che il fenomeno del paradosso, reale o presunto, ha sulla regolamentazione e sul funzionamento dei mercati digitali.

In particolare, vi sono almeno quattro conseguenze critiche che mostrano come tale fenomeno possa degenerare in fallimenti di mercato.

Primo, gli utenti dichiarano di voler proteggere la propria *privacy*, ma non agiscono coerentemente, per disattenzione o inerzia. Molti non leggono le informative né utilizzano strumenti di protezione dei dati, pur ritenendo queste pratiche ragionevoli. Si parla in tal senso di negligenza intenzionale⁹¹³.

Secondo, anche laddove gli utenti desiderino esercitare un controllo informato, ciò risulta spesso impossibile: le informative sono prolisse, oscure, e non consentono scelte granulari. I meccanismi di consenso sono tecnicamente complessi e cognitivamente onerosi, tanto che l'utente medio non è in grado di prendere decisioni consapevoli.

Terzo, le piattaforme digitali pre-configurano il consenso con opzioni "*opt-in*" nascoste, raggruppando il consenso su diverse categorie di dati e indeboliscono la possibilità di selezionare quali dati cedere. Ciò compromette gravemente la nozione di consenso libero e informato, inteso dal GDPR come «*azione positiva e inequivocabile*»⁹¹⁴.

Quarto, anche laddove l'utente percepisca un rischio e voglia rifiutare il trattamento, può trovarsi privo di alternative. Il mercato dei servizi digitali è dominato da pochi attori in posizione dominante, come Meta, Google o Amazon, i quali, come descritto nel capitolo terzo, posseggono interi ecosistemi di servizi digitali. In questo caso, proprio il potere di mercato permette l'imposizione di condizioni contrattuali a favore delle piattaforme e danno dei consumatori.

Rinunciare a queste piattaforme significa escludersi dalla vita sociale, informativa e lavorativa moderna. Questo vincolo rappresenta una restrizione strutturale della libertà di scelta, che ha rilevanza sia sul piano della *privacy* sia su quello *antitrust*.

fondamentali quali accesso, rettifica, cancellazione, opposizione e portabilità (artt. 15–21 GDPR). La cessione dei dati personali equivale a una licenza limitata, non alla rinuncia totale della *privacy*.

⁹¹³ Similmente, M. NISSENBAUM, *Privacy in Context*, Stanford University Press, 2010, p. 118.

⁹¹⁴ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), art. 4, par. 11.

Come osserva Ezrachi, «*la concentrazione nei mercati digitali non produce solo effetti sui prezzi o sull'innovazione, ma anche sulla libertà individuale, perché le condizioni imposte diventano non negoziabili*»⁹¹⁵. La libertà di accedere a servizi essenziali senza subire trattamenti invasivi dei propri dati personali è oggi compromessa da dinamiche di mercato che vanno ben oltre l'ambito giuridico della protezione dei dati.

Per tali ragioni, il paradosso della *privacy*, inteso come disaccoppiamento tra intenzione e comportamento, deve essere preso in considerazione anche dal punto di vista concorrenziale. Esso mostra come l'inadeguatezza del consenso e della sua portata protettiva, possa diventare uno strumento attraverso cui le imprese rafforzano la propria posizione dominante, acquisiscono vantaggi escludenti, e distorcono la concorrenza su parametri non tariffari, come la qualità del trattamento dei dati personali.

4.6.3 I mercati digitali non soddisfano le preferenze degli utenti in materia di privacy

L'analisi finora condotta dimostra come il comportamento dei consumatori digitali, sebbene spesso incoerente con le loro dichiarazioni di valore, non possa essere interpretato come manifestazione di una preferenza razionale per la cessione dei dati. Piuttosto, il contesto di mercato in cui tali decisioni sono adottate è caratterizzato da forti distorsioni strutturali, che generano fallimenti concorrenziali e carenze di offerta rispetto alle preferenze sulla *privacy*.

Gli utenti dei servizi digitali, in particolare motori di ricerca, *social network* e app gratuite, manifestano preferenze chiare per un elevato livello di protezione dei dati personali⁹¹⁶.

⁹¹⁵ A. EZRACHI, *Digital Dominance*, op. cit., p. 203.

⁹¹⁶ CISCO, *Consumer Privacy Report: The growing imperative of getting of getting data privacy right*, 2019, reperibile al link: <https://www.cisco.com/c/dam/en/us/products/collateral/security/cybersecurity-series-2019-cps.pdf>; B. AUXIER, ET AL., *Americans and Privacy: Concerned, Confused and Feeling Lack of Control Over Their Personal Information*, 2019, reperibile al link: <https://www.pewresearch.org/internet/2019/11/15/americans-and-privacy-concerned-confused-and-feeling-lack-of-control-over-their-personal-information>; RSA, *Data Privacy & Security Survey 2019: The Growing Data Disconnect Between Consumers and Businesses*, 2019, reperibile al link: <https://www.rsa.com/content/dam/en/misc/rsa-data-privacy-and-security-survey-2019.pdf>.

Tuttavia, l'offerta disponibile nel mercato è raramente allineata a tali preferenze. Ciò è in parte dovuto a meccanismi di concentrazione già trattati nei capitoli precedenti: nei mercati digitali, gli effetti di rete incentivano la convergenza degli utenti verso un'unica piattaforma, il cui valore cresce in proporzione al numero degli utilizzatori. Questo conduce alla formazione di monopoli *de facto* (i data-poli), con conseguente potere di mercato concentrato in poche mani⁹¹⁷.

Nei casi di piattaforme dominanti, gli utenti si trovano dinanzi a un regime unilaterale di condizioni contrattuali: l'adesione al servizio comporta l'accettazione, senza possibilità di negoziazione, di privacy policies imposte dalla piattaforma⁹¹⁸.

Questa situazione di “*take it or leave it*”⁹¹⁹ non costituisce una vera scelta, poiché il rifiuto di aderire comporta pregiudizi considerevoli: isolamento sociale, esclusione lavorativa, difficoltà nell'accesso a servizi pubblici e privati. Si pensi, ad esempio, a Google come strumento imprescindibile per l'accesso all'informazione, o a WhatsApp e Instagram come canali di comunicazione sociale diffusa.

L'alternativa, in sostanza, non esiste in termini effettivi⁹²⁰.

In un mercato realmente concorrenziale, i fornitori dovrebbero rispondere alla domanda differenziata di *privacy* con offerte alternative, ad esempio implementando una selezione modulare dei dati

⁹¹⁷ Come anche argomentato da J. FARRELL, P. KLEMPERER, *Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects*, in *Handbook of Industrial Organization*, Vol. 3, Elsevier, 2007, pp. 1967–2072.

⁹¹⁸ Cfr. J. DREXL, *Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, Nomos, 2017, p. 257 ss. In questo caso, anche il GDPR, pur significativo, si rivela insufficiente nel fronteggiare taluni effetti strutturali dei mercati digitali, quali i fenomeni di *lock-in*, la presenza di forti esternalità di rete e l'assenza di alternative reali sul mercato. Come osservato da vari autori, l'apparente facoltà di trasferire i propri dati personali a un altro fornitore non produce effetti concreti nei contesti in cui manchi un'effettiva pluralità di operatori o quando l'abbandono di una piattaforma implichi elevati switching costs, anche di natura sociale o relazionale.

⁹¹⁹ Si parla di prendere o lasciare, inteso come quel fenomeno per il quale l'utente o sceglie, senza possibilità di negoziazione, le condizioni imposte dalla piattaforma o, rinuncia all'accesso al servizio digitale. Cfr. A. BARKER, *Consumer data and competition: A new balancing act for online markets?*, in *OECD Going Digital Toolkit Notes*, No. 5, OECD Publishing, 2021; G. HULL, *Successful Failure: What Foucault Can Teach Us About Privacy Self-Management in a World of Facebook and Big Data, Ethics and Information Technology*, 2014, pp. 89-101.

⁹²⁰ A. EZRACHI, M. E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, op. cit., pp. 217–219.

forniti, mettendo l'utente in condizione di decidere quali dati condividere e per quali scopi⁹²¹.

Tuttavia, la persistente assenza di concorrenza effettiva, dovuta a barriere all'ingresso, *lock-in*, l'integrazione verticale e sfruttamento degli effetti di rete, impedisce che ci sia una effettiva concorrenza per i livelli di protezione dei dati personali offerti; come nel caso di assenza di concorrenza sul prezzo, questi rimangono imposti dalla dominante senza una pressione competitiva sufficiente che spinga ad un miglioramento della qualità del servizio offerto.

Il risultato è un fallimento del mercato: le preferenze degli utenti restano insoddisfatte, e il consenso fornito diventa un atto meramente formale, privo dei requisiti sostanziali richiesti dal GDPR, ledendo contestualmente concorrenza effettiva e, consumatori⁹²².

4.6.4 La concorrenza sulle condizioni di protezione dei dati personali

Nei mercati tradizionali, le imprese competono su molteplici parametri: prezzo, qualità, varietà dell'offerta e innovazione. Questo principio, fatto proprio dalle linee guida della Commissione europea, è stato ribadito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza *Post Danmark I*, dove si afferma che «(l)a concorrenza basata sui meriti può, per definizione, portare all'uscita dal mercato o all'emarginazione di concorrenti meno efficienti e quindi meno attraenti per i consumatori, tra l'altro dal punto di vista del prezzo, della scelta, della qualità o dell'innovazione»⁹²³

Nei mercati digitali, si osserva un emergente consenso circa il fatto che anche la protezione dei dati personali possa costituire un parametro

⁹²¹ *Ibidem*.

⁹²² N. ECONOMIDES, I. LIANOS, *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Market Failure Perspective*, op. cit., pp. 1-83. Come notano N. Economides e I. Lianos, lo sfruttamento commerciale dei dati personali può rappresentare una forma di abuso, soprattutto quando il consenso è ottenuto in un contesto di asimmetria informativa e mancanza di alternative. In queste condizioni, gli utenti non sanno che i loro dati vengono raccolti, o non sono a conoscenza del fatto che vengono condivisi, trattati per finalità ulteriori o rivenduti a terzi.

⁹²³ C. giust. UE, sentenza 27 marzo 2012, C-209/10, *Post Danmark*, ECLI:EU:C:2012:172, par. 22.

competitivo rilevante. Tale concorrenza è vista come un elemento di concorrenza sulla qualità⁹²⁴.

Questo significa che, alla luce di quanto detto sopra, i termini e condizioni di *privacy* (se comprese, non opache, manipolative o fuorvianti) sono un parametro che influenza le scelte dei consumatori e differenziano i prodotti offerti sul mercato.

In questo contesto, si parla di “concorrenza sulla privacy”, anche se, nel contesto giuridico europeo, è più corretto utilizzare l’espressione “concorrenza sulla protezione dei dati”, per riflettere con maggiore precisione l’ambito materiale del GDPR⁹²⁵

Questa sovrapposizione concettuale tra protezione dei dati e concorrenza, in quanto entrambe influenzano il benessere dell’individuo, la correttezza del trattamento e la libertà di scelta, costituisce il fondamento teorico per considerare la protezione dei dati come parametro rilevante nella valutazione *antitrust*, specie nei mercati digitali dominati da pochi attori.

In mercati in cui i consumatori esprimono una chiara preferenza per servizi che rispettino i loro diritti informativi, le imprese possono impegnarsi in strategie di differenziazione sulla base delle condizioni di protezione dei dati. Questo è il caso, ad esempio, di settori ad alta sensibilità come il *private banking*, i servizi sanitari, legali o assicurativi, dove una gestione rigorosa dei dati rappresenta un vantaggio competitivo percepibile. Anche in ambito tecnologico, alcuni operatori come DuckDuckGo, si sono posizionati come alternative *privacy*-

⁹²⁴ Si veda F. COSTA-CABRAL, O. LYNKEY, *Family ties: the intersection between data protection and competition*, op. cit., p. 8; P. GRUNES, M. E. STUCKE, *No Mistake about it: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, in *University of Tennessee Legal Studies*, Research Paper No. 269, 2015.

⁹²⁵ Come già evidenziato nel capitolo secondi, protezione dei dati e la *privacy* sono concetti strettamente correlati ma distinti. La prima è un diritto fondamentale codificato nell’art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, e comprende norme procedurali e sostanziali sul trattamento dei dati personali, come il diritto di accesso, rettifica, cancellazione, portabilità, sicurezza e minimizzazione. La *privacy*, in senso lato, comprende anche dimensioni non informative, come l’isolamento fisico o la riservatezza delle comunicazioni. Pertanto, parlare di “concorrenza in materia di protezione dei dati” significa considerare l’intero spettro dei diritti e delle garanzie previsti dal GDPR, e non solo la dimensione soggettiva della riservatezza. Cfr. O. LYNKEY, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, 2015, pp. 21–24.

friendly rispetto a concorrenti dominanti come Google, enfatizzando la non tracciabilità e la non personalizzazione dei risultati⁹²⁶.

Tuttavia, perché questa concorrenza sulla qualità della protezione dei dati sia effettiva, è necessario che sussistano condizioni di mercato realmente competitive. La capacità dei consumatori di esercitare il proprio potere di scelta dipende infatti dalla disponibilità di alternative realistiche, dalla trasparenza dell'offerta, e dalla possibilità di comprendere e valutare le implicazioni delle condizioni di trattamento. Come sottolineato dal Garante europeo della protezione dei dati (EDPS), «*il potere più efficace che i consumatori possiedono per influenzare il mercato è la possibilità di cambiare servizio*»⁹²⁷.

Tale possibilità è fortemente limitata nei mercati digitali contemporanei, spesso dominati da ecosistemi chiusi e interconnessi, dove gli effetti di rete, le pratiche di *lock-in* e l'assenza di interoperabilità impediscono agli utenti di passare a concorrenti alternativi. La libertà teorica di scelta diventa così un'illusione. Come rilevato in occasione dello scandalo *Cambridge Analytica*, molti utenti avrebbero voluto abbandonare Facebook per via delle pratiche di trattamento scorrette, ma non esisteva una valida alternativa competitiva. In un mercato effettivamente concorrenziale, comportamenti dannosi come quello di Meta sarebbero stati sanzionati dalla fuga degli utenti verso piattaforme rivali⁹²⁸.

La restrizione sistemica della libertà di scelta dei consumatori, quindi, non solo ostacola il buon funzionamento della concorrenza, ma vanifica l'incentivo delle imprese a competere sulla protezione dei dati. In questi contesti, l'assenza di concorrenza sulla qualità del trattamento costituisce un chiaro fallimento concorrenziale, e legittima l'intervento regolatorio anche da parte delle autorità antitrust.

⁹²⁶ A. EZRACHI, M. E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, op. cit., p. 186.

⁹²⁷ European Data Protection Board (EDPB), Opinion 3/2020 on the European Strategy for Data, 2020, p. 15.

⁹²⁸ Si veda L. FLORIDI, *Soft Ethics and the Governance of the Digital*, op. cit., pp. 105–117.

Al di là dell'effettività della concorrenza, e concentrandoci sull'effettiva concorrenza per la protezione dei dati personali, vi è un ulteriore profilo da analizzare.

Per valutare se i consumatori ritengono rilevante la *privacy* nella scelta dei servizi digitali, stante la soggettività di tale valore, le autorità di concorrenza potrebbero, sia nel caso di fusioni che nel caso di abusi di posizione dominante, inviare questionari alle parti interessate (sia consumatori, sia concorrenti), includendo sull'importanza della *privacy* per la concorrenza nel mercato rilevante e sull'importanza che i consumatori attribuiscono a tale aspetto.

Questo è avvenuto, ad esempio, nell'analisi della fusione *Microsoft/LinkedIn* del 2016 sopra analizzata; la Commissione Europea ha sottoposto un questionario alle aziende di *social network* per, tra le altre questioni, comprendere meglio se la *privacy* sia un fattore importante per la concorrenza e la scelta dei consumatori in questo mercato⁹²⁹. La Commissione ha infine rilevato che la *privacy* fosse un parametro importante per la concorrenza e un fattore determinante per la scelta dei consumatori nel mercato dei servizi di *social network* professionali. Tuttavia, la fusione è stata autorizzata, a condizione che fossero rispettati una serie di impegni, nessuno dei quali riguardava specificamente la *privacy*⁹³⁰.

Nelle fusioni, i documenti che dimostrano che le aziende tengono traccia delle politiche sulla *privacy* di altre aziende potrebbero essere indicativi di concorrenza in materia di *privacy*, soprattutto se le aziende rispondono alle modifiche delle politiche sulla *privacy* dei concorrenti (tranne quando ciò avviene per conformarsi a modifiche dei requisiti normativi)⁹³¹.

⁹²⁹ Commissione europea, *Microsoft/LinkedIn*, cit.,

⁹³⁰ European Commission, *Mergers: Commission approves acquisition of LinkedIn by Microsoft, subject to conditions*, 2016, reperibile al link: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_4284.

⁹³¹ K. WAEHRER, *Online Services and the Analysis of Competitive Merger Effects in Privacy Protections and Other Quality Dimensions*, 2016, reperibile al link: <https://ssrn.com/abstract=2701927>.

Ad esempio, Jones Harbour e Koslov⁹³² osservano che, in risposta a Google che affermava di voler ridurre il periodo di conservazione dei dati dei consumatori, Microsoft ha ridotto il periodo di conservazione dei dati a sei mesi, e successivamente Yahoo! a tre mesi.

Le valutazioni delle aziende sulle reazioni dei consumatori ai cambiamenti nel livello di *privacy* potrebbero suggerire che questo sia un aspetto importante della concorrenza nel mercato rilevante, sia in relazione a una fusione che a un caso di abuso di posizione dominante. Nei casi di abuso di posizione dominante, anche le prove di come le pratiche in materia di *privacy* dell'azienda dominante siano cambiate nel tempo in risposta ai diversi livelli di concorrenza nel mercato possono essere utili per valutare l'effetto di una condotta abusiva sui consumatori.

Ad esempio, Srinivasan⁹³³ sostiene che i recenti peggioramenti della *privacy* sui *social network* siano dovuti all'aumento del potere di mercato che non lascia ai consumatori alcuna alternativa, sottolineando le pratiche sulla protezione dei dati poste in essere da Facebook e la reazione dei consumatori⁹³⁴.

⁹³² P. JONES HARBOUR, T. KOSLOV, *Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets*, in *Antitrust Law Journal*, Vol. 76/3, 2010, pp. 769- 797.

⁹³³ D. SRINIVASAN, *The Antitrust Case Against Facebook: A Monopolist's Journey Towards Pervasive Surveillance in Spite of Consumers' Preference for Privacy*, *Berkeley Business Law Journal*, Vol. 16/1, 2019, p. 39.

⁹³⁴ *Ibidem*, pg. 50 e ss. L'A. spiega come Facebook sia entrato nel mercato dei *social media* nel 2007, presentando la sua offerta qualitativamente "superiore" incentrata sulla *privacy*, legata al fatto che si trattava di una "rete di comunicazione chiusa" che richiedeva agli utenti di unirsi e divulgare le proprie informazioni prima di poter avere accesso alla rete, rispetto ai *social network* dominanti esistenti all'epoca (es. MySpace). Durante questo periodo più competitivo, Facebook ha fornito agli utenti con la possibilità di scegliere di non condividere le proprie informazioni con terze parti, inclusi inserzionisti e/o esperti di marketing, e ha promesso loro che avrebbe rimosso le loro informazioni su richiesta. Qualsiasi tentativo da parte di Facebook di tracciare il comportamento degli utenti, attraverso il suo prodotto pubblicitario, o successivamente attraverso altri prodotti plug-in social, non ha avuto successo. Ciò ha portato a una reazione negativa da parte degli utenti. Di conseguenza, Facebook ha dovuto ritirare il suo prodotto pubblicitario e modificare le sue politiche sulla *privacy*. Un cambiamento ha comportato l'inclusione di un impegno per consentire agli utenti di votare su future modifiche (contrattuali) che avrebbero avuto un impatto sulla *privacy* degli utenti, anche se il modo in cui questa votazione è stata organizzata ha sollevato dubbi sulla sua efficacia. Dopo un decennio di "false dichiarazioni" e "comportamenti fuorvianti" e rinnegando le precedenti promesse di non tracciare gli utenti, Facebook è stato in grado di sfruttare le informazioni superiori che ha sui suoi utenti per vendere più pubblicità, con il risultato che il mercato della pubblicità digitale è stato trasformato in un duopolio dominato da Facebook e Google, con le due società che rappresentano il 90%-99% della crescita anno su anno nel digitale degli Stati Uniti industria pubblicitaria.

Come argomentato da Stucke un'impresa dominante «*to the extent its business model depends on harvesting and exploiting personal data, has the incentive to reduce its privacy protection below competitive levels and collect personal data above competitive levels*»⁹³⁵.

Queste impostazioni in realtà sono state confermate dalla Commissione europea in *Microsoft/LinkedIn*, nella cui decisione ha espressamente statuito che «*to the extent that these foreclosure effects would lead to the marginalisation of an existing competitor which offers a greater degree of privacy protection to users than LinkedIn (or make the entry of any such competitor more difficult), the Transaction would also restrict consumer choice in relation to this important parameter of competition*»⁹³⁶.

4.7 Come inglobare la privacy nel diritto della concorrenza: considerazioni preliminari

Alla luce delle considerazioni sopra svolte il diritto della protezione dei dati personali potrebbe svolgere un “ruolo interno” nelle valutazioni del diritto della concorrenza⁹³⁷. Questo si basa su vari assunti.

In primo luogo, il livello del trattamento dei dati personali offerto dalla piattaforma, riguarda parametri concorrenziali; questi possono essere generalmente definiti come quegli elementi che i consumatori considerano sui mercati e sulla base dei quali assumono decisioni, i quali sono declinati in prezzo, qualità, scelta e innovazione.

Nei mercati digitali è assente l'elemento del prezzo; pertanto, le piattaforme competono per gli altri parametri concorrenziali, quali qualità, scelta e innovazione. In questo caso, il livello del trattamento dei dati personali dovrebbe costituire una sottocategoria della qualità e della scelta.

⁹³⁵ M. STUCKE, *Should We Be Concerned About Data-opolies?*, op. cit., pp. 285-286.

⁹³⁶ Commissione europea, *Microsoft/LinkedIn*, cit., par. 350.

⁹³⁷ Cfr. F. COSTA-CABRAL, O. LYNSKEY, *Family ties: the intersection between data protection and competition*, op. cit., p. 12. Anche gli A. ritengono che debba svolgere una influenza interna ed un limite esterno per le valutazioni di concorrenza.

In quanto diritto basato su calcoli economici, il diritto della concorrenza è privo di strumenti normativi per valutare in che modo le condizioni di protezione dei dati riflettano parametri diversi dal prezzo⁹³⁸.

Pertanto, il regolamento generale sulla protezione dei dati potrebbe in questo avere un ruolo importante; potrebbe fungere da quadro normativo di riferimento che manca al diritto della concorrenza in relazione ai parametri competitivi non legati al prezzo.

Ad esempio, le violazioni della legge sulla protezione dei dati o le modifiche pregiudizievoli alle condizioni di protezione dei dati possono indicare lo sfruttamento dei consumatori o pratiche competitive inique e non basate sui meriti dell'impresa e rientrare nell'ambito dell'abuso di posizione dominante (considerando il valore comune assegnato alle asimmetrie informative, squilibri di potere e mancata trasparenza). Tale uso della legge sulla protezione dei dati come parametro normativo, potrebbe rientrare nella logica interna del diritto della concorrenza (come avviene per la proprietà intellettuale) e, fornire un contesto normativo per la valutazione delle condotte di mercato.

In secondo luogo, l'utilizzo del regolamento GDPR congiuntamente alle categorie del diritto della concorrenza permetterebbe altresì di individuare il parametro dello squilibrio di potere e della sua significatività, al fine di determinare l'assenza di libertà del consenso, sia nei termini di imposizione unilaterale del consenso (lasciando il consumatore nella veste di contraente debole), nonché privo della capacità di scelta per l'assenza di una concorrenza effettiva nei mercati digitali.

Infine, si potrebbe altresì ipotizzare una declinazione del benessere dei consumatori rispetto alla tutela della vita privata, senza che ciò induca ad ampliare tale concetto indebitamente. Se il benessere del consumatore veniva originariamente riferito al *surplus* di ricchezza che i consumatori ottenevano da prezzi bassi, oggi si può parlare in un *surplus* di informazioni che gli utenti perdono a causa del controllo sui propri dati personali.

⁹³⁸ Come riferito nel capitolo terzo, molti beni e servizi competono su parametri diversi dal prezzo, ma ciò si riflette nel prezzo (ad esempio, una diminuzione della qualità per un dato prezzo inferiore). M. E. STUCKE, A. EZRACHI, *When Competition Fails to Optimise Quality: A Look at Search Engines*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 2015.

Tutte queste conclusioni saranno ampliate ed analizzate nel capitolo quinto e sesto.

4.8 Alcune riflessioni conclusive sul ruolo del diritto della concorrenza e la privacy nei mercati digitali

Il presente capitolo ha avuto il pregio di dimostrare come, nei primi casi antitrust sui mercati digitali, la Commissione e la CGUE, abbiano prediletto un approccio disgiunto rispetto all'interazione tra concorrenza e *privacy*. Questo, è dettato da un'ampia concezione economica che caratterizza l'intervento di concorrenza (dimostrata nel terzo capitolo). Nelle parole di Lamadrid, illuminante sul tema «*one must be mindful that the scope of competition law is, fortunately, limited to a relatively narrow set of economic concerns; it is about balancing restrictions of competition with countervailing economic efficiencies. (...) by making exceptions or contortions to address big data, or by factoring in exogenous elements such as privacy, one might very well ruin the mix*»⁹³⁹.

Queste parole permettono già di cogliere l'altra (e connessa) principale ragione: l'inclusione della *privacy* nelle analisi di concorrenza è un esercizio complesso per le autorità di concorrenza. L'A., infatti, spiega «*if competition law often struggles dealing with prices, not to mention innovation considerations, factoring privacy considerations into the competition analysis could pose great hurdles or bring about an undesirable degree of discretion on the part of authorities lacking the necessary expertise on privacy matters*»⁹⁴⁰. Su questo, non si dubita.

Tuttavia, lo stesso autore, nello stesso scritto sostiene altresì «*as in many other respects*», riferendosi alle questioni di *privacy*, «*the past few years have shaken our assumptions and what seemed obvious back then is now in dispute*»⁹⁴¹. Difatti, «*if there is a proven competition issue, then competition law should apply; and if there is no such issue, then naturally*

⁹³⁹ A. LAMADRID, S. VILLIERS, *Big data, privacy and competition law: do competition authorities know how to do it?*, op. cit., p. 4.

⁹⁴⁰ *Ibidem*, p. 4.

⁹⁴¹ *Ibidem*.

competition law should not apply»⁹⁴². Solo se si dimostra tale presupposto, ovvero che la protezione della privacy sia un problema di concorrenza, si può richiedere al diritto della concorrenza di agire. L'intersezione tra i due settori del diritto è stata dunque l'oggetto del presente capitolo.

In un'economia sempre più guidata dalla raccolta, analisi e monetizzazione dei dati personali, i modelli di business digitali fondati su servizi gratuiti in cambio di profilazione comportano un mutamento profondo dell'equilibrio tradizionale tra imprese e consumatori. Come ha mostrato Ezrachi, in questi mercati il «*potere non si esercita solo con il prezzo, ma anche con la struttura stessa dell'interazione informativa*»⁹⁴³. In tale contesto, la protezione dei dati non può più essere considerata un ambito normativo separato, né un valore estrinseco al sistema della concorrenza, ma costituisce un parametro concorrenziale autonomo, in grado di incidere sulla qualità, sull'accessibilità e sulla scelta dell'offerta.

In tale capitolo è stato dimostrato come i due regimi condividano solo obiettivi comuni, quali il benessere dell'individuo e il superamento delle asimmetrie di potere⁹⁴⁴.

Più precisamente «*(s)trengthening the link between the protection of personal data and competition can contribute to the protection of individuals and the well-being of consumers by reinforcing the common consideration of respect for their fundamental rights and the proper functioning of competitive markets*»⁹⁴⁵.

Nei mercati digitali si raffigura l'esistenza di un consumatore (il cui benessere deve essere tutelato ai sensi del diritto della concorrenza) il quale è contemporaneamente lo stesso interessato dei dati ai sensi del GDPR (ed il cui benessere e tutela riguarda aspetti di diritti fondamentali).

⁹⁴² A. LAMADRID, S. VILLIERS, *Big data, privacy and competition law: do competition authorities know how to do it?*, op. cit., p. 4.

⁹⁴³ A. EZRACHI, *The Competitive Effects of Digital Dominance*, op. cit. p. 203.

⁹⁴⁴ O. LYNKEY, *The Foundations of EU Data Protection Law*, op. cit. p. 28.

⁹⁴⁵ European Data Protection Board (EDPB), *Position paper on the Interplay between Data Protection and Competition Law*, Bruxelles, cit., par. 5.

Risulta pertanto pacifico affermare che, nei mercati digitali, i due concetti, si sovrappongono⁹⁴⁶ e, pertanto, si può sostenere che si sovrappongono anche questioni inerenti al benessere di tali soggetti, nel momento in cui l'accesso ai servizi avviene gratuitamente (e dunque modificando il normale concetto di consumatori come soggetti paganti di un servizio) a fronte della cessione dei propri dati personali e, quando l'accordo tra le parti si verifica mediante l'accettazione delle condizioni di *privacy policy* previste dalla piattaforma.

Ulteriormente si è dimostrato come entrambi i due settori siano orientati a correggere i fallimenti di mercato e, come, nei mercati digitali esistano fallimenti di mercato che riguardano tanto la protezione dei dati tanto i profili competitivi.

entrambi condividono una vocazione regolatoria che si attiva, in ultima istanza, quando il mercato, lasciato a sé stesso⁹⁴⁷, non è in grado di garantire né efficienza né, in un certo senso, equità.

Nel caso del GDPR, al seguito della riflessione sulla natura e sulle finalità delle disposizioni protettive per il soggetto interessato dei dati e a carico dei titolari del trattamento svolta nel capitolo secondo, possiamo assumere che queste abbiano l'intento di colmare le lacune del mercato nell'assicurare un trattamento equo e sicuro delle informazioni personali, soprattutto nei contesti digitali. Tali lacune si manifestano in forme di informazione asimmetrica e squilibri (informativi) di potere, che impedirebbero agli individui di comprendere pienamente le implicazioni del trattamento dei propri dati, nonché correggendo “esternalità negative”, in cui gli effetti dannosi del trattamento (es. profilazione, manipolazione, perdita di autonomia) non sono assunti dal soggetto che li produce, ma esclusivamente a carico degli interessati dei dati.

⁹⁴⁶ OECD, *The intersection between competition and data privacy*, op. cit., p. 5; Cfr. OECD, *Consumer Data Rights and Competition*, *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 247, in *OECD Publishing*, 2020.

⁹⁴⁷ Si ricorda in questo ambito quanto detto in materia di ordoliberalismo e di rigetto sia dell'impostazione dirigistica dell'economia da parte dello stato e sia del *laissez-faire*; in questo ambito si richiedeva un intervento statale che dettasse la cornice entro il quale le imprese potessero competere liberamente, evitando forme di concentrazione di potere che potevano comportare fenomeni abusivi. Si veda capitolo terzo.

Allo stesso modo, il diritto della concorrenza adotta un approccio basato sul fallimento del mercato⁹⁴⁸.

Il diritto *antitrust* europeo, inoltre, non si limita a una funzione puramente allocativa, ma ambisce a promuovere il benessere dei consumatori anche come obiettivo sociale, espressione di una visione più ampia di regolamentazione del mercato⁹⁴⁹.

I mercati digitali sono colpiti da diversi tipi di fallimenti del mercato che possono influire sulle loro prestazioni ottimali per quanto riguarda la *privacy* dei loro utenti⁹⁵⁰. Possiamo così raggrupparli: 1) potere di mercato, 2) asimmetrie informative, 3) mancanza di trasparenza, 4) squilibri di potere, 5) consenso e comportamento dei consumatori.

Questi pochi esempi di effetti di interazione a livello di fallimenti del mercato e a livello delle due politiche mostrano la complessità dell'intreccio tra i due regimi giuridici.

Una politica di rigida separazione tra il diritto della concorrenza e il diritto della protezione dei dati che ignora questi effetti di interazione, non funziona né è auspicabile, posta la loro ampia portata e la profonda

⁹⁴⁸ W. KERBER, *Competition Policy and Data Protection Law: The Complexity of its Interplay from an Economic Perspective*, in SSRN, 2024.

⁹⁴⁹ A. EZRACHI, *Competition and Beyond: The Open Textured Discourse of EU Competition Law, Current Legal Problems*, Vol. 70, No. 1, 2017, p. 62. Storicamente, è vero che la politica di concorrenza dell'UE sia divenuta uno strumento prettamente economico (come dimostrato nel capitolo terzo). Tuttavia, l'influenza del pensiero ordoliberal tedesco, con la sua enfasi su concorrenza come garanzia di libertà individuale e pluralismo economico, ha progressivamente ampliato il campo semantico dell'*antitrust* europeo, avvicinandolo alla sfera della regolazione sociale. In particolare, l'idea di "economia sociale di mercato" ha messo in luce la necessità di proteggere i consumatori non solo contro i prezzi alti, ma, anche contro forme di subordinazione e prevaricazione. Cfr. D. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford University Press, 1998, p. 241.

⁹⁵⁰ W. KERBER, *Competition Policy and Data Protection Law: The Complexity of its Interplay from an Economic Perspective*, op. cit. Ulteriormente, sui vantaggi di un N. ECONOMIDES, I. LIANOS, *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy*, op. cit., p. 3 «(la disciplina della concorrenza) Essa si preoccupa del fatto che il benessere o il benessere dei consumatori o del generale possano risentirne a causa di una minore protezione dei dati nel mercato malfunzionante dell'acquisizione di dati personali, allo stesso modo in cui qualsiasi mercato potrebbe risentire di prezzi più elevati o di una qualità inferiore. Inoltre, sebbene si possa anche prevedere la possibilità di un quadro basato sui diritti, per accordarsi meglio con i fondamenti assistenzialisti dell'approccio economico nel diritto della concorrenza, l'adozione di un approccio al fallimento del mercato può probabilmente fornire le basi intellettuali comuni necessarie per la valutazione dei danni associati allo sfruttamento dei dati personali, anche quando lo specifico (pertinente) ordinamento giuridico non riconosce formalmente un diritto fondamentale alla *privacy*» (traduzione dell'autrice).

significatività. Di conseguenza, l'interconnessione tra il diritto della concorrenza e il diritto della protezione dei dati può essere pienamente sostenuta.

Questa constatazione richiede un cambiamento di prospettiva: è necessario superare la tradizionale impostazione disgiunta tra i due ambiti normativi e sviluppare un approccio integrato e complementare, che consenta di cogliere le intersezioni materiali e funzionali tra protezione dei dati e concorrenza.

Sostengo, inoltre, che l'applicazione esclusiva del diritto della protezione dei dati personali (GDPR) alle condotte poste in essere dai grandi operatori digitali (es. i data-poli), sia inefficace.

Il GDPR non è strutturalmente concepito per affrontare in modo adeguato le distorsioni di mercato derivanti dallo sfruttamento di tali dati in regime di potere economico. Laddove un'impresa dominante imponga condizioni inique di trattamento dei dati, l'intervento esclusivo dell'autorità per la protezione dei dati non può neutralizzare gli effetti anticoncorrenziali né ristabilire l'equilibrio tra le parti contrattuali, soprattutto quando gli utenti non dispongono di alternative realistiche nel mercato.

In primo luogo, il GDPR non è uno strumento pensato per valutare né sanzionare gli effetti escludenti o da sfruttamento di una condotta da un punto di vista economico-concorrenziale. Esso si basa sul principio del consenso, sul rispetto delle basi giuridiche del trattamento e sull'attribuzione di responsabilità in caso di violazione delle norme. Tuttavia, in mercati digitali concentrati, il consenso è spesso viziato dalla asimmetria informativa e dal potere contrattuale sproporzionato, elementi che il GDPR non è in grado di correggere da solo. Come osserva l'EDPB «quando vi è un numero limitato di operatori o quando un operatore è dominante, il concetto di consenso diventa sempre più illusorio»⁹⁵¹.

In secondo luogo, il GDPR non considera il trattamento illecito dei dati come strumento per rafforzare o abusare di una posizione dominante,

⁹⁵¹ European Data Protection Board (EDPB), *Preliminary Opinion, Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: The Interplay between Data Protection, Competition Law and Consumer Protection in the Digital Economy*, 2014, p. 35.

mentre il diritto della concorrenza può e deve analizzare tali condotte alla luce degli articoli 101 e 102 TFUE. Laddove un'impresa sfrutti la sua posizione di forza per estorcere dati agli utenti o per escludere potenziali concorrenti dall'accesso a dati essenziali, ci si trova dinanzi a un abuso anticoncorrenziale che deve essere affrontato anche in sede antitrust.

Un altro aspetto chiave riguarda la questione sanzionatoria e i rimedi. Il GDPR prevede sanzioni che possono essere molto elevate, fino al 4% del fatturato mondiale annuo, ma occorre chiedersi se ciò costituisca un deterrente sufficiente per colossi con fatturati plurimiliardari⁹⁵². La mancanza di sinergia tra i due settori potrebbe comportare un doppio difetto: da un lato, la sanzione *privacy* verrebbe percepita come un “costo di esercizio” da parte delle piattaforme dominanti, che continuerebbero a raccogliere dati in modo aggressivo; dall'altro, l'analisi *antitrust*, priva della lente *privacy*, non coglierebbe appieno l'origine del vantaggio competitivo che deriva dalla datificazione dei comportamenti degli utenti. La conseguenza è che, nonostante la presenza di un quadro regolatorio apparentemente completo, le piattaforme digitali potrebbero mantenere o addirittura accrescere il proprio potere di mercato, e i diritti degli utenti continuerebbero a essere esposti a possibili abusi.

Dall'altro, il diritto *antitrust* presenta rimedi sanzionatori maggiormente efficaci, come obblighi di cessazione, rimedi strutturali o comportamentali (Reg. CE 1/2003). Come osservano Stucke e Ezechì, «quando le violazioni della privacy sono rese possibili da un potere economico incontrastato, la risposta non può essere solo normativa, ma anche concorrenziale»⁹⁵³.

In definitiva, la ricostruzione proposta dimostra che la protezione dei dati personali non sia soltanto una questione di *compliance* normativa, ma può e deve essere considerata anche un problema concorrenziale nei mercati digitali. Ignorare tale dimensione significa trascurare una

⁹⁵² Regolamento (UE) 679/2016, GDPR, articoli 83 e 84.

⁹⁵³ A. EZRACHI, M. E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, op. cit., p. 142.

componente essenziale del benessere del consumatore, soprattutto in un contesto di concentrazione, *lock-in* e opacità contrattuale⁹⁵⁴.

Come sarà argomentato nel capitolo successivo, l'esigenza di una presa di posizione circa l'utilizzo del regolamento GDPR come parametro normativo utilizzabile dalle autorità di concorrenza e coordinamento normativo strutturato tra autorità *antitrust* e autorità per la protezione dei dati non è più solo auspicabile, ma riceve un avallo normativo.

Questo rappresenta la condizione per garantire una concorrenza leale nei mercati digitali, una tutela effettiva dei diritti degli utenti e la realizzazione di un'economia digitale fondata sulla fiducia, la trasparenza e il rispetto della libertà individuale.

Difatti, la trattazione operata in questo capitolo, si rivela essenziale per comprendere la portata della sentenza *Meta Platforms Inc. e a. contro Bundeskartellamt*, pronunciata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel 2024, la quale si è espressa, per la prima volta, sull'interconnessione tra protezione dei dati personali e concorrenza⁹⁵⁵.

Questa rappresenta un punto di svolta nella giurisprudenza europea (distanziandosi dalla prassi della Commissione), in quanto avvalorata la tesi dell'interconnessione strutturale tra i due regimi, aprendo la strada a un'applicazione integrata che tenga conto dei diritti fondamentali anche all'interno della logica economica della concorrenza.

Anche grazie ai report ed alle iniziative delle autorità sullo studio di tale intersezione, rivela che i tempi siano maturi.

La richiesta di un approccio più ampio, non è certo nuovo; data la sua portata “vaporosa” o “spugnosa”⁹⁵⁶ e l'ampia varietà di rimedi disponibili, è relativamente comune pensare al diritto della concorrenza

⁹⁵⁴ K. PURNHAGEN, P. ROTT, *The EU's Competition Law and Consumer Protection in the Digital Economy*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 329 ss. Come sostenuto da K. Purnhagen e P. Rott, le due discipline possono agire sinergicamente nella prospettiva di tutelare il benessere complessivo del consumatore, inteso non solo in termini economici (prezzi, qualità e innovazione), ma anche in relazione a interessi non economici, quali il controllo sulle informazioni personali e l'autonomia informativa.

⁹⁵⁵ C. giust. UE, sentenza del 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms Inc.*, ECLI:EU:C:2024:12.

⁹⁵⁶ A. EZRACHI, *Sponge*, op. cit..

come «*un martello adatto a tutti i tipi di chiodi*»⁹⁵⁷. Il diritto della concorrenza è uno strumento che ha la flessibilità di intervenire ogniqualvolta si verifichi un problema di concorrenza, «*per quanto nuovo o imprevisto*»⁹⁵⁸.

Nei capitoli successivi, si procederà a concretizzare e declinare tale impostazione, alla luce del quadro teorico qui illustrato.

⁹⁵⁷ A. LAMADRID, S. VILLIERS, *Big data, privacy and competition law: do competition authorities know how to do it*, op. cit.

⁹⁵⁸ *Ibidem*.

CAPITOLO V - Il caso Meta: il complesso percorso verso il riconoscimento dell'intersezione tra concorrenza e protezione dei dati

5.1 Introduzione

Come è stato illustrato nel capitolo precedente, la relazione tra diritto della concorrenza e tutela dei dati personali si è progressivamente intensificata, sino a costituire un'area ibrida di sovrapposizione normativa.

Dal 2016, l'attenzione per tale interconnessione è venuta alla ribalta, soprattutto per effetto dei numerosi *report* da parte delle autorità di concorrenza, su tutti quello franco-tedesco. Tuttavia, in mancanza di un'indagine antitrust, di una pronuncia giurisprudenziale sul tema o di un intervento legislativo, il rapporto tra i due ambiti sarebbe rimasto a lungo confinato a un livello puramente teorico.

Il momento di svolta è rappresentato dal noto procedimento avviato proprio nel 2016 dal *Bundeskartellamt*, l'Autorità tedesca garante della concorrenza, contro *Facebook* (oggi *Meta*), considerato da numerosi studiosi ed osservatori internazionali come un caso pionieristico e paradigmatico, capace di ridefinire i confini operativi tra concorrenza e *privacy*⁹⁵⁹.

Il merito storico di questo caso non consiste soltanto nell'aver formulato un abuso di posizione dominante per violazione delle disposizioni del GDPR, ma soprattutto nell'aver provocato, a livello europeo, il ripensamento strutturale delle modalità con cui il potere di mercato può essere esercitato e abusato attraverso il trattamento dei dati personali⁹⁶⁰.

⁹⁵⁹ L'A. R. PODSZUN lo ha definito il caso più significativo del diritto della concorrenza; scrive «Probabilmente mai prima d'ora le procedure antitrust da parte dell'Ufficio federale tedesco dei cartelli avevano suscitato tanto scalpore in tutto il mondo» (traduzione dell'autrice) in R. PODSZUN, *The Consumer as a Market Player: Competition Law, Consumer Choice and Data Protection in the German Facebook Decision*, in GRUR 2020, 1268; cfr. ad es. I. GRAEF, *Hybrid enforcement of competition law and data protection in the EU*, in *World Competition*, Kluwer Law International, 2021, p. 489 ss.

⁹⁶⁰ Si veda sul punto F. BATTAGLIA, *La sentenza Meta Platforms: riflessioni in materia di valore dei dati e libera espressione del consenso*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, pp. 723-731;

In tale prospettiva, il trattamento dei dati personali non è più un elemento esterno, ma costituisce un aspetto centrale del potere di mercato, e dunque, una dimensione rilevante dell'analisi *antitrust*.

La relazione delle due autorità sottolineava, infatti, che «*le politiche in materia di privacy potrebbero essere prese in considerazione dal punto di vista della concorrenza ogniqualevolta siano suscettibili di incidere sulla concorrenza, in particolare quando attuate da un'impresa dominante per la quale i dati costituiscono un fattore essenziale nella fornitura dei propri servizi*»⁹⁶¹. L'ipotesi avanzata era chiara: «*le riduzioni della privacy potrebbero anche essere una questione di controllo degli abusi, se un titolare raccoglie dati violando chiaramente la legge sulla protezione dei dati e se c'è una forte interazione tra la raccolta dei dati e la posizione di mercato dell'impresa*»⁹⁶². Se una piattaforma digitale sfrutta la propria posizione dominante per imporre ai consumatori condizioni contrattuali invasive della loro *privacy*, si può profilare un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE.

Iniziava dunque ad essere particolarmente pressante l'idea, secondo la quale «*creare degli steccati troppo rigidi tra la disciplina sulla protezione dei dati personali e il diritto della concorrenza sarebbe controproducente in termini di tutela dei consumatori*»⁹⁶³.

Da questo impianto teorico ha preso corpo il procedimento avviato dal *Bundeskartellamt* contro Facebook, che ha posto al centro della contestazione l'abuso di posizione dominante derivante dalla violazione del GDPR. L'Autorità tedesca ha agito da antesignana.

Tuttavia, l'approccio innovativo del *Bundeskartellamt* ha incontrato significative resistenze, sottolineando un ancoraggio persistente ad un approccio disgiunto delle due discipline. In sede di appello, l'*Oberlandesgericht* di Düsseldorf ha rigettato l'impostazione

P. MANZINI, *Antitrust e Privacy: La Strana Coppia*, in MANZINI, *I Confini Dell'antitrust: Diseguaglianze Sociali, Diritti Individuali, Concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2023.

⁹⁶¹ Autorité de la concurrence, *Bundeskartellamt, Competition Law and Data*, 2016, op. cit. p. 17, traduzione dell'autrice.

⁹⁶² *Ibidem*, p. 25.

⁹⁶³ F. BATTAGLIA, *La sentenza Meta Platforms: riflessioni in materia di valore dei dati e libera espressione del consenso*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, op. cit., p. 724.

dell'Autorità, ritenendo che la violazione del GDPR non potesse rientrare nella valutazione dell'abuso ai sensi dell'articolo 102 TFUE⁹⁶⁴.

Il procedimento ha quindi proseguito il suo corso dinanzi alla Corte federale di giustizia, il *Bundesgerichtshof*, la quale ha ribaltato la decisione⁹⁶⁵, riconoscendo la centralità del consumatore quale attore vulnerabile del mercato digitale, in linea con la tradizione ordoliberal della scuola di Friburgo, che ha storicamente valorizzato la protezione dell'individuo nei confronti delle concentrazioni economiche e dei poteri privati.

Il punto di svolta si è raggiunto con l'intervento della Corte di giustizia dell'Unione europea, adita in via pregiudiziale, che, con la sentenza del 4 luglio 2023⁹⁶⁶, ha preso per la prima volta posizione sull'interconnessione tra protezione dei dati personali e concorrenza. L'impostazione della Corte riconosce il quadro concettuale teorizzato nel capitolo quarto e, supera la visione della protezione dei dati personali come un problema esterno alle logiche di concorrenza.

Il presente capitolo si propone di ricostruire in modo analitico le fasi salienti del caso Facebook/Meta, soffermandosi sulle motivazioni alla base della decisione del *Bundeskartellamt*, sulle reazioni in sede giurisdizionale interna e, infine, sulla portata della sentenza della Corte di giustizia. Nella prima sezione, sarà esaminata la teoria del danno elaborata dall'autorità tedesca che ha identificato nella violazione delle disposizioni in materia di consenso ai sensi del GDPR, un indice di sfruttamento della posizione dominante. Seguirà l'analisi della pronuncia del giudice d'Appello e, della Corte federale di giustizia tedesca. Nella parte conclusiva, verrà analizzata in dettaglio la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione, articolando la riflessione tra profili procedurali (sulla competenza delle autorità) e sostanziali (sulla qualificazione della privacy come parametro di concorrenza).

⁹⁶⁴ OLG Düsseldorf, ordinanza del 26 agosto 2019, causa VI-Kart 1/19 (V).

⁹⁶⁵ Bundesgerichtshof (BGH), decisione 23 giugno 2020, causa KVR 69/19, Facebook, ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0.

⁹⁶⁶ C. giust. UE, sentenza 4 Luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms e a. (Conditions générales d'utilisation d'un réseau social)*.

L'obiettivo è mettere in luce come, nel contesto digitale, la disciplina della concorrenza si sia evoluta (non senza complessità), per offrire una tutela efficace a fronte di nuove forme di potere economico che si fondano sull'accumulazione, sul controllo e sullo sfruttamento dei dati personali.

In tale capitolo, pertanto, si osserveranno i risvolti pratici dell'impianto teorico sviluppato nei precedenti capitoli.

5.2. La vicenda Facebook/Bundeskartellamt

5.2.1 I fatti contestati

Prima di affrontare l'analisi della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso *Facebook/Meta*, è essenziale ricostruire il contesto fattuale e l'approccio giuridico adottato dal *Bundeskartellamt*, che ha rappresentato un *unicum* nella prassi *antitrust*, gettando le basi per la costruzione dell'integrazione (pratica e giuridica) tra protezione dei dati personali e abuso di posizione dominante.

La piattaforma di rete sociale gratuita *Facebook*, opera attraverso un ecosistema di servizi digitali integrati, tra cui figurano Facebook, Instagram, WhatsApp e, fino al 2020, anche Masquerade. Il modello di *business* è basato su una struttura a due versanti, la quale si è già avuto modo di analizzare: da un lato, gli utenti accedono gratuitamente ai servizi offerti e, dall'altro, il *social network* monetizza l'attenzione degli utenti vendendo spazi pubblicitari, agli inserzionisti per mostrare pubblicità personalizzata o comportamentale, attraverso tecniche di *microtargeting*⁹⁶⁷.

Il fulcro del procedimento *antitrust* è rappresentato dalla modalità con cui Facebook raccoglieva, combinava e utilizzava i dati personali degli utenti per tali finalità. La raccolta e l'elaborazione di enormi volumi di dati personali (a fini di profilazione per la pubblicità), veniva effettuata

⁹⁶⁷ Il fenomeno "*Targeted everything*" ovvero la capacità delle piattaforme online di raccogliere i nostri dati personali, tramite il tracciamento di terze parti, al fine di mostrarci solo offerte compatibili con i nostri gusti, disponibilità a pagare, aumentando le chance di acquisto del prodotto sponsorizzato. Sulle caratteristiche e pericoli di tale pratica si veda A. EZRACHI, V. H.S.E. ROBERTSON, *Competition, Market Power and Third-Party Tracking*, in *World Competition: Law and Economics Review*, 2019, p. 5-19.

non soltanto sulla base dei dati personali degli utenti reperiti dall'uso diretto della piattaforma Facebook e dai servizi digitali facenti parte dell'ecosistema ma, anche, da attività esterne, quali su siti *web* e applicazioni terze. Precisamente, in fase di registrazione, l'utente era chiamato ad accettare i *terms & conditions*, elaborati e predisposti dalla piattaforma, che prevedevano per l'utente la richiesta di un singolo consenso, generico e indifferenziato, al trattamento di dati provenienti da una pluralità di fonti: non riguardava soltanto i dati generati dagli utenti dall'utilizzo della piattaforma Facebook (cd. dati *on-Facebook*), ma anche i dati raccolti da altri servizi del gruppo Meta, come Instagram, WhatsApp, e da siti o applicazioni di terze parti (cd. dati *Off-Facebook*)⁹⁶⁸, che utilizzano strumenti di tracciamento sviluppati da Meta, come *Facebook Business Tools*, *plug-in social* (pulsanti “Mi piace” o “Condividi”), strumenti di analisi (*Facebook Analytics*), API come *Facebook Login*, e tecnologie invisibili all'utente⁹⁶⁹.

Il problema giuridico risiedeva nelle condizioni contrattuali imposta agli utenti (*terms & conditions*): l'accesso alla piattaforma Facebook era subordinato all'accettazione, in blocco, di tale trattamento particolarmente esteso (in termini quantitativi e qualitativi) di dati personali e sensibili, poiché erano compresi i dati *Off-Facebook*, generati da siti e *app* terze⁹⁷⁰. Tale condizione si configurava come un meccanismo “*take it or leave it*”, in cui l'utente era privo di una reale possibilità di scelta: o si accettavano le condizioni proposte da Facebook, senza poter scegliere a quale fonte di raccolta di dati personali dare il consenso (in altre parole non era possibile limitare il consenso solo ai dati *on-Facebook*) o, in alternativa, l'accesso alla piattaforma non era consentito.

⁹⁶⁸ Bundeskartellamt, decisione del 6 Febbraio 2019, B6-22/16 - *Facebook*, par. 1, lett. a-c.

⁹⁶⁹ *Ibidem*, par. 50 e ss.

⁹⁷⁰ La portata di tale raccolta era amplissima: secondo l'analisi dell'autorità tedesca, al momento dell'indagine milioni di siti web e applicazioni avevano implementato strumenti Facebook, spesso in modo invisibile per l'utente, rendendo del tutto inconsapevole la cessione dei propri dati. Difatti, non sorprende che i singoli siti esterni da cui i dati venivano raccolti non fossero stati indicati singolarmente nei *terms and condition* di Facebook.

Alla luce di tali elementi, il *Bundeskartellamt* ha avviato nel marzo 2016 un procedimento volto ad accertare l'abuso di posizione dominante⁹⁷¹, culminato in una decisione adottata il 6 febbraio 2019⁹⁷².

5.2.2 Le considerazioni svolte dall'autorità di concorrenza rispetto alla privacy: violazione del GDPR come abuso di posizione dominante

L'Autorità tedesca ha contestato a Facebook un abuso di posizione dominante da sfruttamento sul mercato tedesco dei *social network*. L'abuso si sarebbe concretizzato nell'imposizione di condizioni contrattuali inique, consistenti nella raccolta, combinazione e utilizzo di dati personali provenienti da fonti esterne alla piattaforma principale, i cosiddetti dati *Off-Facebook*, in violazione delle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 (GDPR)⁹⁷³.

E' qui che si coglie la portata innovativa di tale decisione: la teoria del danno dell'abuso di posizione dominante si fonda sulla violazione delle disposizioni del GDPR.

Secondo l'autorità di concorrenza, precisamente, il trattamento dei dati personali operato da Facebook, sarebbe stato effettuato in assenza di una valida base giuridica ai sensi del GDPR. Il consenso prestato dagli utenti (ai sensi artt. 6 e 9 del GDPR) è stato ritenuto non liberamente prestato da parte dell'utente/consumatore, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 11 del GDPR. Afferma: «*l'accettazione dei termini di servizio a cui gli utenti è richiesto di accettare al fine di utilizzare il social network, non costituisce consenso volontario ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett a) del GDPR*»⁹⁷⁴. L'autorità di concorrenza, ritiene che il consenso non sia stato liberamente prestato per varie ragioni, già analizzate nel capitolo quarto che qui si riportano per completezza espositiva.

⁹⁷¹ Bundeskartellamt initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules, disponibile a https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html.

⁹⁷² Bundeskartellamt, 6 Febbraio 2019, B6-22/16 – *Facebook*.

⁹⁷³ Bundeskartellamt, 6 Febbraio 2019, B6-22/16 - *Facebook*, par. 163 e ss.

⁹⁷⁴ *Ibidem*, par. 641-644.

In primo luogo, la fornitura del servizio era subordinata obbligatoriamente alla prestazione del consenso di un quantitativo piuttosto ampio di dati personali degli utenti. Per l'autorità di concorrenza la possibilità di utilizzare la piattaforma Facebook non dovrebbe dipendere dal consenso obbligato dell'utente; nel caso di specie, il problema era ancora più grave, poiché l'utilizzo della piattaforma era subordinato al consenso per la raccolta dei dati nell'intero ecosistema di Facebook e di siti *web* esterni⁹⁷⁵. Tale condotta è difatti contraria al dettato dell'articolo 7, paragrafo 4, nel quale si legge che *«nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto»*⁹⁷⁶. Non essendo dati necessari all'esecuzione del servizio (poiché finalizzati alla pubblicità personalizzata), ciò incide sulla libertà della prestazione del consenso.

In secondo luogo, l'autorità ha ravvisato un chiaro squilibrio di potere tra interessato e titolare del trattamento contravvenendo ed al considerando 43 del GDPR⁹⁷⁷. Tale considerando ritiene che ai fini della valutazione della libertà del consenso, non debba sussistere uno squilibrio

⁹⁷⁵ Bundeskartellamt, decisione del 6 Febbraio 2019, B6-22/16 – *Facebook* par. 587-588. In particolare, a causa degli strumenti di Facebook Business, che raccolgono dati tramite siti *web* di terze parti, Facebook accumulava sia dati personali, sia dati altamente sensibili da numerose potenziali fonti, quali Tinder, Queer.de, siti web ufficiali di partiti politici e siti *web* di servizi sanitari integrano tutti strumenti di Facebook, senza la conoscenza o il consenso dell'utente. Una persona che visita il sito web del Partito Verde una sola volta per un breve periodo di tempo non rivela di per sé le proprie affiliazioni politiche, ma una persona che visita spesso il sito e interagisce anche con i pulsanti "Mi piace" e "Condividi" integrati di Facebook è probabilmente di orientamento politico di sinistra. Secondo il Bka, questo tipo di inferenze indirette, soprattutto quando possono essere combinate con altri dati di Facebook relativi all'individuo, sono sufficienti per classificare i dati come sensibili ai sensi dell'art. 9.

⁹⁷⁶ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), art. 7, par. 4 del GDPR.

⁹⁷⁷ *Ibidem*, considerando 43 del GDPR, prevede che *«Per assicurare la libertà di espressione del consenso, è opportuno che il consenso non costituisca un valido presupposto per il trattamento dei dati personali in un caso specifico, qualora esista un evidente squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento, specie quando il titolare del trattamento è un'autorità pubblica e ciò rende pertanto improbabile che il consenso sia stato espresso liberamente in tutte le circostanze di tale situazione specifica. Si presume che il consenso non sia stato liberamente espresso se non è possibile esprimere un consenso separato a distinti trattamenti di dati personali, nonostante sia appropriato nel singolo caso, o se l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, è subordinata al consenso sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione»*.

di potere, senza tuttavia procedere all'individuazione della nozione di squilibrio di potere rilevante nel caso di specie. L'autorità di concorrenza, ritiene che la posizione di dominio ai sensi del diritto della concorrenza detenuta da Facebook, integrasse il "chiaro squilibrio" tra l'utente e Facebook⁹⁷⁸, determinando in concreto l'assenza di qualsivoglia alternativa effettiva per il consumatore medio.

Da un lato, l'utente non disponeva di una reale opzione di scelta verso servizi concorrenti, giacché non risultavano presenti sul mercato piattaforme equivalenti a cui potersi rivolgere in caso di rifiuto. Tale circostanza ha consentito di configurare una situazione di asimmetria strutturale tra impresa dominante e consumatori, in cui l'adesione alle condizioni di utilizzo non derivava da una decisione genuinamente libera, bensì dalla mancanza di alternative concorrenziali praticabili⁹⁷⁹.

Dall'altro, l'utente che desidera utilizzare i *social media* per rimanere in contatto con i propri amici dipende quindi da Facebook e dalle condizioni da esso imposte.

Gli utenti, difatti, non potevano rifiutare il consenso senza subire il pregiudizio del mancato accesso alla piattaforma; tantomeno, era possibile negoziarne il contenuto, poiché la piattaforma prevedeva un consenso in blocco, senza differenziare tra i dati raccolti su Facebook e al di fuori della piattaforma⁹⁸⁰.

A tal fine, lo stesso considerando 42 del GDPR, prevede che il consenso non possa dirsi liberamente prestato, se l'utente non è in grado di rifiutare il consenso senza subire pregiudizio, come avvenuto nel caso di specie⁹⁸¹.

Di conseguenza, l'acquisizione indiscriminata di dati personali da fonti terze, come *Instagram*, *WhatsApp* o siti *web* esterni mediante i *Facebook Business Tools*, configurerebbe un abuso della posizione di mercato per l'imposizione di condizioni non eque, vietate dal diritto antitrust tedesco; la posizione di forza di *Facebook*, consentirebbe di

⁹⁷⁸ *Ibidem*, par. 646.

⁹⁷⁹ *Ibidem*.

⁹⁸⁰ *Ibidem*. «A causa del potere di mercato, gli utenti non possono evitare il trattamento dei propri dati» par. 385.

⁹⁸¹ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), considerando 42.

imporre le suddette condizioni che gli utenti, in assenza di tale potere, non accetterebbero⁹⁸². Per di più, ricollegandosi al paradosso della *privacy*⁹⁸³, afferma che «*nonostante la grande importanza alla protezione della propria privacy*» gli utenti condividono «*generosamente i propri dati personali quando utilizzano i servizi Internet*». Difatti, «*Se, a causa della posizione dominante dell'azienda sul mercato, gli utenti non hanno altra scelta che acconsentire al trattamento dei propri dati, le indagini hanno dimostrato che eviteranno di leggere l'informativa sul trattamento dei dati, poiché devono comunque fornire il proprio consenso. È quindi impossibile per i singoli utenti identificare quali dati un'azienda ha effettivamente raccolto su di loro e comprendere l'importanza dei dati personali aggiunti da un utente ai dati personali già raccolti*»⁹⁸⁴.

Inoltre, l'autorità ritiene che l'utente avrebbe perso il controllo dei propri dati personali⁹⁸⁵, con una lesione dell'autodeterminazione informativa, analizzata nel capitolo secondo ed elemento della *privacy* informativa. Significativamente, quest'ultima, costituisce un principio costituzionale dell'ordinamento tedesco, ad opera della Corte Costituzionale della Germania, sin dagli anni 80⁹⁸⁶.

Tuttavia, anziché applicare l'articolo 102 del TFUE, la pratica è stata sanzionata ai sensi della sezione 19(1) della legge contro le restrizioni della concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*)⁹⁸⁷. La *ratio* principale di questa scelta, risiede nell'assenza di

⁹⁸² Bundeskartellamt, 6 Febbraio 2019, B6-22/16 - *Facebook*, par. 646 e ss. Inoltre, l'autorità esclude che si possa considerare come forma di consenso volontario l'opzione *opt out* di Facebook che consente dopo la conclusione del contratto di licenza d'uso senza la possibilità di scegliere se accettare o meno il trattamento di dati personali *off-Facebook*, di disabilitare tale opzione all'interno delle privacy setting. Si veda par. 652 e ss.

⁹⁸³ Si rinvia al Capitolo quarto, paragrafo 4.6.2.

⁹⁸⁴ Bundeskartellamt, 6 Febbraio 2019, B6-22/16 - *Facebook*, par. 382-385.

⁹⁸⁵ Bundeskartellamt, Background information on the Facebook procedure, 19 dicembre 2017, p. 4.

⁹⁸⁶ Secondo le parole di S. Rodotà, in *Tecnologie e Diritto*, Bologna, 2021, p. «(...) *la privacy si presenta anche come «il diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni e di determinare le modalità di costruzione della propria sfera privata»*. E, considerando piuttosto gli aspetti relazionali della privacy, essa si presenta come «*rivendicazione di limiti a difesa del diritto di ognuno a non essere semplificato, oggettivato e valutato fuori contesto*». La privacy si colloca così anche nel quadro del diritto all'autodeterminazione informativa, come sancito nel 15 dicembre 1983 da un'innovativa sentenza della Corte costituzionale tedesca, BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83.

⁹⁸⁷ Legge tedesca sulla concorrenza, (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*), Bundesgesetzblatt (Federal Law Gazette) I, 2013, p. 1750, sez. 19. Ad ogni modo, il mercato

precedenti consolidati in materia di articolo 102 TFUE e abuso da sfruttamento, come indicato nel capitolo terzo. Invero, erano presenti, nella giurisprudenza tedesca i casi del BGH *VBL-Gegenwert* e *Pechstein*⁹⁸⁸, nei quali la Corte Federale di Giustizia affermò che i principi delle disposizioni dell'ordinamento giuridico che regolano l'adeguatezza delle condizioni pattuite in trattative non equilibrate, possono essere utilizzati nella valutazione di pratiche abusive ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 1, GWB.

Oltre all'imposizione di clausole contrattuali inique, tale condotta ha determinato una «*eccessività di raccolta di dati personali degli utenti*»⁹⁸⁹ da parte della piattaforma, ricordando anche quanto detto in materia di prezzi eccessivi vietati dall'articolo 102 TFUE (senza peraltro procedere ad una distinzione tra le due ipotesi).

In aggiunta all'abuso da sfruttamento, il *Bundeskartellamt* ha rilevato anche un abuso escludente con effetti orizzontali, nella misura in cui l'accumulo massivo di dati personali da fonti eterogenee, non disponibili ai concorrenti, conferiva a *Facebook* un vantaggio competitivo difficilmente replicabile⁹⁹⁰, innalzando così barriere all'ingresso nel mercato del *social network* e della pubblicità *online*⁹⁹¹.

geografico rilevato corrisponde al mercato tedesco, ragione per la quale l'autorità ha applicato il diritto nazionale di concorrenza.

⁹⁸⁸ Bundesgerichtshof (BGH), sentenza del 6 novembre 2013, causa KZR 58/11, *VBL Gegenwert I*, par. 65 (giurisprudenza ivi citata); Bundesgerichtshof (BGH), sentenza del 24 gennaio 2017, causa KZR 47/14, *VBL Gegenwert II*, par.35; Bundesgerichtshof (BGH), sentenza del 7 giugno 2016, causa KZR 6/15, *Pechstein/International Skating Union*, par. 48.

⁹⁸⁹ Bundeskartellamt, 6 Febbraio 2019, B6-22/16 - *Facebook*, par. 911, «*In this context, scientists point out that any negative external effects of data collection are to the detriment of users. While more extensive data collection offers the company collecting the data increased monetisation potential, users bear the bulk of the potential financial (and intangible) costs incurred. This creates a false incentive for the companies collecting the data, which harvest "too much" data from the consumer welfare point of view*».

⁹⁹⁰ *Ibidem*, par. 527.

⁹⁹¹ Difatti i dati personali degli utenti sono fondamentali per la pubblicità mirata da mostrare sulle piattaforme online, con la quale i fornitori di servizi gratuiti finanziano il loro *business model*. In questo caso, Facebook permette agli *advertiser* di fornire una pubblicità mirata altamente precisa, aumentando così le chance di conclusione della transazione con l'utente del social network, rendendo dunque acquistare banner pubblicitari sulla piattaforma rispetto che su altri social network. In questo contesto, i dati personali detenuti da Facebook innalzano e rafforzano elevate barriere all'ingresso per i concorrenti, che privati di tali dati non riescono ad entrare e sopravvivere nel mercato. *Ibidem*, par. 890-913.

SI può dunque conclusivamente ritenere che la possibilità di trattamento dei dati rimane un problema rilevante in termini di potere di mercato, risultando pacifico questo sia in grado di ampliare le opportunità di un'azienda di comportarsi in modo indipendente dai clienti e dai consumatori finali. Ciò dimostra come il problema principale nel caso di specie, che si può verificare anche in altre ipotesi di accettazione dei termini e condizioni d'uso, sia la difficoltà degli utenti di valutare quali e quanti dati vengono raccolti da quale azienda, a chi verranno trasmessi e quali siano le implicazioni del consenso al trattamento dei propri dati.

Commentando la decisione, la stessa autorità sostiene: «è *stato necessario intervenire dal punto di vista antitrust perché i limiti alla protezione dei dati, stabiliti dal GDPR, sono stati chiaramente superati anche in considerazione della posizione dominante di Facebook*»⁹⁹².

5.2.3 Ulteriori peculiarità: potere di mercato, rimedi comportamentali e legittimazione delle autorità di concorrenza

Tale decisione non limita le innovazioni solamente a quanto sopra illustrato.

Una prima peculiarità attiene al calcolo del potere di mercato di Facebook che, come indicato nel capitolo terzo, nei mercati digitali con servizi gratuiti, richiede di valorizzare indicatori differenti oltre le quote di mercato. Per quanto riguarda la posizione dominante, l'autorità si è concentrato principalmente sul numero di utenti attivi giornalieri. Nel mercato sopra definito, esistono pochissimi concorrenti rilevanti per Facebook, che ha una quota di oltre il 95% degli utenti attivi giornalieri⁹⁹³.

⁹⁹² Bunderstartellamt, *Summary Decision*, op. cit.

⁹⁹³ *Ibidem*, par. 392-393. Precisamente, l'autorità si è basata sul numero di utenti attivi giornalieri, sul numero di utenti attivi mensilmente, nonché sul numero di utenti registrati. Sul punto, sostiene che «*Dal punto di vista del Bundeskartellamt, nelle cause riguardanti servizi Internet e piattaforme, le quote di mercato possono essere considerate, nella migliore delle ipotesi, un indicatore della presunzione di una posizione dominante sul mercato. In generale, un'indicazione sufficientemente significativa del potere di mercato non può basarsi esclusivamente sulle quote di mercato, in quanto è sempre necessaria per effettuare una valutazione globale di tutte le circostanze di un caso. Ciò vale a maggior ragione per le piattaforme e le reti Internet ai sensi dell'articolo 18, paragrafo 3a, GWB, in cui, nella valutazione delle quote di mercato, si deve tener conto della tendenza generale alla concentrazione dei mercati delle piattaforme con effetti di rete indiretti pronunciati e delle reti con effetti di rete diretti pronunciati*», par. 401.

Ulteriori fattori hanno ulteriormente rafforzato la posizione dominante secondo l'autorità. Ad esempio, le elevate barriere all'ingresso nel mercato dei *social media* dovute alla loro elevata dipendenza dagli effetti di rete⁹⁹⁴; gli elevati costi di passaggio dovuti alla mancanza di portabilità dei dati⁹⁹⁵; e, infine, l'accesso a «*dati concorrenziali rilevanti*», poiché Facebook dispone di numerose fonti di dati personali e raggiunge numerosi utenti⁹⁹⁶.

Come si è avuto modo di analizzare nel capitolo terzo⁹⁹⁷, la stessa autorità afferma che il potere di mercato detenuto da Facebook, si è tradotto in un monopolio o quasi monopolio, sostenendo che «*(f)ino a quando il mercato non si ribalta, il rapporto di concorrenza tra i fornitori di reti sarà caratterizzato da una competizione per il mercato*»⁹⁹⁸.

Considerando tutti questi fattori, l'autorità non ha avuto difficoltà a individuare Facebook come dominante nel mercato dei *social media* per uso privato.

Quanto alle misure imposte, l'Autorità non ha irrogato una sanzione pecuniaria, ma ha adottato un rimedio comportamentale. Ai sensi degli articoli 19 e 32 GWB, ha ordinato la cessazione della pratica abusiva e la modifica delle condizioni contrattuali, imponendo a Facebook l'obbligo di ottenere un consenso separato, specifico ed esplicito per l'aggregazione dei dati raccolti da fonti esterne, la cd. "separazione interna". L'uso di dati provenienti da Instagram, WhatsApp e siti terzi sarebbe stato possibile solo previa esplicita accettazione da parte dell'utente.

⁹⁹⁴ *Ibidem*, par. 423 e ss. Inoltre, «Con un prodotto come i social network, la concorrenza è minacciata dal cosiddetto effetto di ribaltamento del mercato, che si basa sui cicli di feedback auto-rinforzanti degli effetti diretti di rete. (...) quasi nessun cliente rimarrà per le reti concorrenti e gli utenti che in precedenza utilizzavano altre reti passeranno a quella più grande. Durante questo processo, la maggior parte degli attuali concorrenti ci rimetterà poiché le loro reti in contrazione stanno diventando poco attraenti ("chi vince prende di più" o "chi vince prende tutto") che si tradurrà in una situazione di monopolio o quasi monopolio». Inoltre, l'autorità ritiene che «Fino a quando il mercato non si ribalta, il rapporto di concorrenza tra i fornitori di reti sarà caratterizzato da una competizione per il mercato».

⁹⁹⁵ *Ibidem*, par. 469.

⁹⁹⁶ *Ibidem*, par. 481.

⁹⁹⁷ Si veda capitolo terzo, paragrafo 3.9.

⁹⁹⁸ *Ibidem*, 423. Si rimanda alla differenza tra concorrenza nel mercato e concorrenza per il mercato analizzata nel capitolo terzo.

Infine, l'interazione tra diritto della concorrenza e diritto alla protezione dei dati ha reso necessaria la cooperazione istituzionale. Il *Bundeskartellamt* ha dichiarato di aver interagito con diverse autorità tedesche ed europee competenti in materia di protezione dei dati, nessuna delle quali ha rivendicato una competenza esclusiva. In proposito, l'Autorità ha chiarito che, laddove l'accesso ai dati costituisca un elemento essenziale del potere di mercato di un'impresa, le modalità di trattamento dei dati personali non sono solo rilevanti per le autorità preposte alla protezione dei dati, ma anche per le autorità garanti della concorrenza, avendo pertanto svolto una valutazione incidentale sulla legittimità delle pratiche ai sensi del Regolamento GDPR.

Nonostante l'entusiasmo iniziale per l'approccio adottato dall'Autorità tedesca, l'orientamento è stato oggetto di revisione nei successivi gradi di giudizio.

5.3 La sentenza della Corte d'Appello: l'arresto dell'Oberlandesgericht Düsseldorf

La decisione innovativa del *Bundeskartellamt* del 2019 è stata oggetto di immediata impugnazione da parte dell'impresa sanzionata. Il ricorso è stato presentato dinanzi all'Alta Corte Regionale di Düsseldorf, l'*Oberlandesgericht* (OLG) che, nell'ambito del procedimento preliminare, ha sospeso gli effetti della decisione⁹⁹⁹ esprimendo un netto dissenso rispetto all'impostazione perseguita dall'autorità *antitrust*. Il provvedimento dell'OLG, composto da appena 37 pagine, si pone in netto contrasto con l'ampia argomentazione sviluppata dal *Bundeskartellamt*, ridimensionando in modo significativo l'ampliamento dell'ambito applicativo del diritto della concorrenza sino a ricomprendervi l'esame delle violazioni della disciplina in materia di protezione dei dati personali.

⁹⁹⁹ Nonostante l'articolo 64 comma 1 del GWB disponga che l'appello contro una decisione assunta sulla base dell'articolo 32 del GWB non abbia effetti sospensivi, ai sensi dell'articolo 65 par. 1 e 3 GWB la Corte può su richiesta ordinare la sospensione degli effetti qualora ricorrano seri dubbi di legittimità della decisione impugnata, o se l'esecuzione possa comportare un disagio irragionevole per l'interessato.

Nella motivazione della sospensione, l'OLG riscontra «la sussistenza di seri dubbi sulla legalità della decisione (...) anche da un sommario esame sulla situazione di fatto e di diritto», argomentando che «le dichiarazioni in materia sono inconsistenti e prive di significato»¹⁰⁰⁰. Il Tribunale ha così ribaltato l'impostazione dell'autorità *antitrust* tedesca, senza neppure ritenere necessario un esame nel merito.

L'OLG contesta radicalmente la teoria del danno avanzata: la raccolta, la combinazione e l'utilizzo dei dati personali *Off-Facebook* (in particolare, quelli provenienti da fonti esterne come Instagram, WhatsApp, o siti *web* terzi tramite strumenti come i *plug-in social*), non darebbe luogo ad un abuso da sfruttamento ai danni dei consumatori del *social network*. Il Tribunale, pur ammettendo che possa verificarsi un danno alla tutela dei consumatori sulla base del trattamento illecito dei dati personali degli utenti ai sensi del GDPR¹⁰⁰¹, afferma che nel caso di specie, tale connessione non sia stata dimostrata. In particolare, afferma che riguardo al concetto di «eccessività dei dati personali»¹⁰⁰², l'autorità non sia riuscito a dimostrare in che misura tale trattamento dei dati *Off-Facebook* possa essere considerato eccessivo¹⁰⁰³.

L'elemento centrale della critica risiede nel rigetto del cd. “nesso di causalità normativo” (*Normativer Kausalzusammenhang*), impiegato dal *Bundeskartellamt* per dedurre l'abusività della condotta sulla base della violazione del GDPR. Secondo il Tribunale, una mera violazione delle disposizioni in materia di protezione dei dati personali, quale quella legata al difetto di consenso valido e quindi all'illiceità del trattamento, non può di per sé configurare un abuso di posizione dominante. Ciò che viene

¹⁰⁰⁰ OLG Düsseldorf, ordinanza del 26 agosto 2019, causa VI-Kart 1/19 (V), sezione II lett. B, e punto 3.2.

¹⁰⁰¹ *Ibidem*, p. 7, Sezione II, punto 1, lett. Aa), argomentando che questo possa avvenire sulla base dell'allineamento tra diritto nazionale della concorrenza e il diritto dell'unione europea. Riconosce dunque che il divieto di abuso da posizione dominante possa svolgere una funzione di tutela dei confronti del consumatore. Difatti, può consistere nell'imposizione di prezzi o condizioni commerciali inique ai sensi della sezione 19 GWB paragrafo 2, n 2 e 3. Ciò che lamenta come vedremo è l'assenza di decisioni precedenti che possano confermare che, al fine di qualificare come abusiva l'applicazione di termini e condizioni contrattuali inique ai sensi della sezione 19 GWB paragrafo 1 non sia invero necessario un test di concorrenza *as-if*, come invece richiesto ai sensi 2 paragrafo del medesimo articolo.

¹⁰⁰² *Bundeskartellamt*, 6 Febbraio 2019, B6-22/16 - *Facebook*, par. 376 e ss.

¹⁰⁰³ OLG Düsseldorf, ordinanza del 26 agosto 2019, causa VI-Kart 1/19 (V), p. 8, punto 2.

richiesto, ai sensi dell'articolo 102 TFUE e della sezione 19 del GWB, sarebbe un nesso di causalità comportamentale¹⁰⁰⁴: occorre dimostrare che la posizione dominante dell'impresa abbia effettivamente consentito l'imposizione di termini contrattuali abusivi, e che tali condizioni si discostino in modo significativo da quelle che si sarebbero applicate in un mercato concorrenziale. In questo senso, l'OLG ha criticato l'autorità per non aver effettuato alcun test *as-if*, cioè un'analisi utile a dimostrare come si sarebbero potuti formare i termini e condizioni in assenza di potere di mercato¹⁰⁰⁵.

Questo corrisponderebbe allo scopo della legge *antitrust*, poiché la posizione di dominio nel mercato è proibita nel momento in cui consente all'impresa di comportarsi in modo indipendente da concorrenti, clienti e consumatori ed in tal modo impedire o interrompere il mantenimento di una concorrenza effettiva sul mercato rilevante¹⁰⁰⁶. Dunque, il divieto di abuso ha lo scopo di impedire alla dominante di utilizzare mezzi al di fuori della normale concorrenza, per danneggiare la concorrenza potenziale o attuale, o ostacolare la concorrenza su un mercato in cui la struttura concorrenziale sia stata già indebolita¹⁰⁰⁷.

La Corte ha pertanto ritenuto che l'abuso da sfruttamento non potesse essere configurato, in mancanza della prova che Meta avesse imposto tali termini unicamente in forza del proprio potere di mercato,

¹⁰⁰⁴ *Ibidem*, pagina 15, punto aa).

¹⁰⁰⁵ Oberlandesgericht Düsseldorf, VI-Kart 1/19 (V), Rn. 61-63. In questo caso, l'autorità di concorrenza avrebbe dovuto dimostrare che in assenza di dominio di Facebook e dunque in situazioni di concorrenza effettiva, le condizioni di trattamento dei dati sarebbe stato rispettoso del GDPR. In altri termini, avrebbero dovuto dimostrare che a causa della dominanza nei mercati le condizioni di *privacy* sarebbero state degradate.

¹⁰⁰⁶ OLG Düsseldorf, ordinanza del 26 agosto 2019, causa VI-Kart 1/19 (V), pagina 16, punto 2 e giurisprudenza citata v. in tal senso C. giust. UE, sentenza 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, par. 38.

¹⁰⁰⁷ Qui, si potrebbe affermare che il Bundeskartellamt, seguendo tale ragionamento, avrebbe dovuto provare che Facebook con la sua condotta avrebbe indebolito la concorrenza sul mercato delle pubblicità online, il quale è indebolito proprio a causa della stessa condotta che costituisce elevate barriere all'ingresso al mercato. Cita la giurisprudenza C. giust. UE, sentenza 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, par. 91; C. giust. UE, sentenza 6 dicembre 2012, C-457/10 P, *Astra Zeneca/Commissione*, par. 74 e 150.

escludendo, conclusivamente (e, definitivamente) che la violazione del GDPR potesse fungere da indizio presuntivo di abuso¹⁰⁰⁸.

Difatti, la richiesta di una prospettazione della concorrenza *as-if*, si pone come estremamente difficile da realizzare; sarebbe meramente ipotetica e, ove prospettata, non sarebbe confacente con la fattispecie che si è verificata. Sebbene sia condivisibile che anche un'impresa non dominante possa pacificamente violare il GDPR, l'elemento di differenziazione è la portata lesiva di tale violazione ed i suoi effetti di sfruttamento dei consumatori (oltre che quelli da esclusione dei concorrenti), tralasciando anche l'effetto dello squilibrio di potere esercitato sulla libertà del consenso.

L'ulteriore elemento critico della sentenza in oggetto è proprio l'analisi della posizione del consumatore. La Corte ha respinto l'argomentazione dell'autorità di concorrenza, secondo cui gli utenti sarebbero stati privati della loro autodeterminazione informativa, affermando che il consenso prestato fosse valido e consapevole. Afferma il Tribunale, *«(n)on vi sono elementi che dimostrino l'esistenza di coercizione o di una debolezza informativa sfruttata da Facebook»*, e anzi, *«il fatto che l'utente valuti consapevolmente i vantaggi derivanti dall'uso gratuito della piattaforma rispetto ai rischi connessi al trattamento dei propri dati, rappresenta un'espressione di libertà contrattuale»*¹⁰⁰⁹. Di conseguenza, la perdita di controllo sui dati non viene riconosciuta come un elemento lesivo della posizione del consumatore, ma come il risultato di una libera scelta individuale.

La Corte afferma che la mancata comprensione dei termini della *privacy policy* non possa essere imputata all'impresa, bensì all'utente, che per convenienza o negligenza sceglie di non approfondire le condizioni d'uso. In questo modo, l'OLG si pone in linea con un'interpretazione "razionalista" del comportamento del consumatore, minimizzando il ruolo delle asimmetrie informative e ignorando la complessità che caratterizza

¹⁰⁰⁸ In questa prospettiva, l'OLG si è discostata dalle decisioni del Bundesgerichtshof che avevano suggerito la possibilità di considerare il ricorso a condizioni contrattuali illecite come un elemento rilevante nella valutazione dell'abusività, almeno nel contesto di rapporti contrattuali asimmetrici. Cfr. Pechstein, KZR 6/15; VBL-Gegenwert I e II, KZR 56/14 e KZR 63/18.

¹⁰⁰⁹ OLG, Düsseldorf, VI-Kart 1/19 (V), par. 88 ss.

le decisioni contrattuali nell'economia digitale, aspetto messo in luce nel capitolo quarto attraverso la trattazione dello squilibrio di potere tra consumatori ed utenti, nonché dalla teoria del cd. paradosso della *privacy*¹⁰¹⁰.

L'OLG argomenta che il consenso dell'utente è stato prestato e, dunque, vi sarebbe volontarietà, conoscenza e controllo. Afferma che *«(n)on ci sono prove che Facebook ottiene il consenso degli utenti mediante coercizione, pressione o sfruttamento di una debolezza o mezzi sleali»*, e *«il fatto che Facebook sia legato al consenso dell'utente per l'utilizzo di ulteriori dati non costituisce perdita di controllo, né un disagio per l'utente. Questo rende invece necessario bilanciare i vantaggi derivanti dall'uso di un social network finanziato dalla pubblicità e gratuito con le conseguenze associate all'utilizzo di dati aggiuntivi da parte di Facebook»*.

Il Tribunale non ha affermato che la *privacy* costituisca il parametro inappropriato nel caso di specie; esso ritiene, piuttosto, in divergenza rispetto all'impostazione dell'autorità, che i consumatori dispongano ancora di una scelta effettiva nel decidere se avvalersi o meno del servizio Facebook¹⁰¹¹.

Inoltre, si esprime implicitamente sulla competenza delle autorità di concorrenza a svolgere una valutazione rispetto la validità del consenso prestato dagli utenti ai sensi del GDPR. Afferma che siffatta violazione *«non può da sola giustificare l'asserita violazione dell'abuso di potere dominante ai sensi dell'articolo 19 GWB»*, continuando *«non vi è alcun motivo oggettivamente giustificato per lasciare il controllo di tali condizioni»*, oltre che all'autorità di protezione dei dati, *«alla supervisione dell'autorità antitrust, se le condizioni contrattuali sono state fornite da un'azienda dominante»*¹⁰¹². Esclude così qualsiasi tipo di

¹⁰¹⁰ Si veda S. WACHTER, B. MITTELSTADT, A. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, Oxford University Press, 2017, p. 76 ss.; cfr. capitolo quarto.

¹⁰¹¹ OLG Düsseldorf, VI-Kart 1/19 (V), p. 9, punto 3.1, *«The user can make this assessment uninfluenced and completely autonomously according to his personal preferences and values. The fact that it can turn out differently - as the considerable number of Facebook users (around 32 million per month) and non-Facebook-users (around 50 million) shows - does not even begin to prove that the user is being exploited. It is certainly no proof of a loss of control over the data»*.

¹⁰¹² *Ibidem*.

competenza alle autorità di concorrenza nella valutazione di un possibile abuso di posizione dominante perpetrato tramite la violazione del GDPR (e, del connesso pregiudizio alla *privacy* degli utenti), propendendo per un approccio disgiunto di tali due settori del diritto. Sembra, interpretando tali dichiarazioni, che il Tribunale richieda una statuizione sulla violazione del GDPR da parte delle autorità di concorrenza per poter ritenere fondato l'abuso.

Infine, sul piano formale, l'OLG ha dichiarato illegittimo il provvedimento del *Bundeskartellamt* per violazione dell'articolo 3, paragrafo 1, del Regolamento (CE) n. 1/2003, nella parte in cui l'autorità *antitrust* tedesca ha omesso l'applicazione dell'articolo 102 TFUE, limitandosi ad agire sulla base del diritto nazionale, nonostante il comportamento esaminato avesse un impatto diretto sul mercato interno e coinvolgesse una società (Facebook Ireland Ltd) soggetta alla normativa europea¹⁰¹³.

In conclusione, la sentenza dell'Oberlandesgericht rappresenta un punto di arresto rilevante rispetto al tentativo dell'autorità tedesca di integrare la tutela della *privacy* all'interno dell'analisi *antitrust*. Il Tribunale ha adottato un approccio formalmente coerente con la tradizione del diritto della concorrenza, ma profondamente ancorato a una visione disgiuntiva dei settori coinvolti, escludendo che il diritto della concorrenza possa avere una funzione integrativa rispetto alle carenze del sistema di protezione dei dati.

5.4 L'apertura e l'impostazione Ordoliberale della Corte Federale di Giustizia tedesca

5.4.1 Il consumatore al centro delle dinamiche competitive

A seguito dell'ordinanza dell'*Oberlandesgericht* di Düsseldorf, l'autorità tedesca ha impugnato il provvedimento dinnanzi alla Corte federale di giustizia, il *Bundesgerichtshof* (BGH)¹⁰¹⁴. Con sentenza

¹⁰¹³ *Ibidem*, pagina 10, lettera c).

¹⁰¹⁴ Bundesgerichtshof (BGH), decisione 23 giugno 2020, causa KVR 69/19, *Facebook*, ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0. Le citazioni di tale sentenza verranno tradotte dall'autrice in italiano per facilitare la lettura, in quanto la versione pubblicata dalla Corte è in lingua

pronunciata il 23 giugno 2020, la Corte (più o meno inaspettatamente) ha accolto il ricorso, annullando l'ordinanza dell'OLG¹⁰¹⁵.

Il ragionamento della Corte, si presenta come fortemente ancorato alla tradizione della scuola ordoliberal, superando persino la teoria del danno formulata dall'autorità di concorrenza.

La Corte accoglie l'impostazione dell'autorità di concorrenza riguardo al comportamento di Facebook, procedendo tuttavia ad una diversa qualificazione dell'abuso di posizione dominante, finendo per elaborare una nuova teoria del danno: l'estensione imposta dei servizi¹⁰¹⁶, senza soffermarsi sulle critiche relative alla prova del danno alla *privacy*, a quale nesso di causalità sia appropriato utilizzare, nonché allo scenario di concorrenza *as-if*.

La Corte ha individuato nella mancanza di scelta dell'utente tra un'esperienza Facebook altamente personalizzata (fondata sulla raccolta estensiva dei dati) ed una versione meno invasiva (in cui l'utente può scegliere quali e quanti dati personali possono essere raccolti dalla piattaforma), la chiave dell'abusività della condotta.

Gli utenti si trovano in una situazione di accettazione obbligata: per accedere al servizio sono costretti ad accettare una personalizzazione invasiva, con un corrispettivo rappresentato dal conferimento dei propri dati personali, funzionali all'attività di *microtargeting* pubblicitario di Facebook. In questo modo, viene imposta una prestazione "supplementare" non desiderata, con conseguente alterazione del normale rapporto contrattuale tra fornitore e utente.

Questo a sua volta porta al rafforzamento di un parametro competitivo – l'importanza dei dati – che è cruciale per l'altro lato del

ufficiale ed esiste esclusivamente una versione di cortesia non ufficiale tradotta in lingua inglese. La versione non ufficiale tradotta in lingua inglese è reperibile a questo link: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/BGH-KVR-69-19.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

¹⁰¹⁵ Inaspettata poiché molti commentatori avevano profetizzato poche *chance* di successo Rupperecht Podszun, Facebook vs. Bundeskartellamt, si veda sul punto <https://www.d-kart.de/blog/2019/08/30/enfacebook-vsbundeskartellamt/>.

¹⁰¹⁶ Bundesgerichtshof (BGH), decisione 23 giugno 2020, causa KVR 69/19, *Facebook*, par. 59. L'abuso di potere di mercato consiste nell'estensione imposta del servizio non è un concetto consolidato ai sensi dell'articolo 19 GWB.

mercato, quello della pubblicità *online*¹⁰¹⁷. Tale impostazione cattura in ciclo di *feedback* positivo esistente nell'interazione tra i due lati del mercato.

Tale “mancanza di scelta” da parte del consumatore, è riferita all'assenza di opzioni rispetto alla qualità del servizio¹⁰¹⁸. Ciò porta a una maggiore rilevanza dei dati posseduti Facebook, rendendo difficile per terze parti e *competitor* entrare nel mercato dei *social network* e nel mercato della pubblicità.

Come argomentato da Podszun, «*The starting point is almost classic*»¹⁰¹⁹, riferendosi implicitamente all'adesione della Corte alle teorie di matrice ordoliberali in materia di scelta del consumatore. In tale ottica, la libertà contrattuale dell'utente rappresenta un fondamento essenziale per il buon funzionamento dell'economia sociale di mercato e, la sua compressione, giustifica l'intervento dell'autorità *antitrust*¹⁰²⁰.

Come osservato da Podszun, «*the functioning of a market economy requires free and informed decisions by all market participants. If market participants are deprived of this freedom through the strength of the contracting party, this is a legitimate starting point for (antitrust) legal intervention*»¹⁰²¹.

Tuttavia, una restrizione della libertà in quanto tale non è ancora sufficiente per un intervento di concorrenza con l'aiuto dell'articolo 19 GWB (o, come si dirà successivamente, dell'art. 102 TFUE): deve ravvisarsi un danno ai consumatori ai sensi del diritto della concorrenza. Il BGH ritiene che tale danno sia ravvisabile in due elementi fondamentali: lo sfruttamento dei dati conferiti dagli utenti e la creazione di una barriera all'ingresso nei mercati interessati, in particolare quello dei *social network* e della pubblicità *online*.

¹⁰¹⁷ R. PODSZUN, *The Consumer As A Market Player: Competition Law, Consumer Choice And Data Protection In The German Facebook Decision*, op. cit., p. 9.

¹⁰¹⁸ *Ibidem*.

¹⁰¹⁹ R. PODSZUN, *The Consumer As A Market Player: Competition Law, Consumer Choice And Data Protection In The German Facebook Decision*, op. cit., p. 9.

¹⁰²⁰ Si veda sul punto anche W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 2004, pp. 275 e ss. Si rimanda a quanto indicato nel capitolo terzo sulla scuola e sui principi ordoliberali.

¹⁰²¹ R. PODSZUN, *The Consumer As A Market Player: Competition Law, Consumer Choice And Data Protection In The German Facebook Decision*, op. cit., p. 9.

I dati personali, considerati implicitamente dalla Corte come beni economici di valore, conferiscono a Facebook un vantaggio competitivo significativo, alimentando un circolo virtuoso di profilazione e targetizzazione pubblicitaria. La Corte assume come acquisita la rilevanza economica del dato¹⁰²², senza la necessità di una dimostrazione probatoria. Lo sfruttamento, secondo la Corte, può essere dedotto dal disallineamento tra il servizio offerto e il corrispettivo “non monetario” pagato dall’utente, configurando così un rapporto squilibrato tra prestazione e controprestazione¹⁰²³.

La chiave dell’abuso, dunque, non è la mera esistenza di una prassi contrattuale discutibile, ma il suo effetto anticoncorrenziale nel mercato. Il BGH afferma chiaramente che *«il carattere anticoncorrenziale dell'estensione del servizio imposta in questo caso deriva sia dallo sfruttamento dei clienti che dal suo effetto preclusivo»*¹⁰²⁴. La condotta di Facebook produce infatti un risultato di mercato a scapito della domanda, che non si sarebbe verificato in presenza di una concorrenza effettiva¹⁰²⁵.

Dunque, in questa impostazione sembra che i due tipi di abuso di posizione dominante, da sfruttamento ed escludente, di rinforzino a vicenda.

In questo senso, la Corte rinuncia a richiedere un test rigoroso di concorrenza *as-if*, ritenendo sufficiente che le condizioni di mercato dimostrino l’inesistenza di opzioni alternative per i consumatori e l’impossibilità di esercitare una scelta reale rispetto alla qualità del servizio e all’intensità del trattamento dei dati personali. Il BGH ritiene sufficiente che, il 46% degli utenti di Facebook (come verificato dal Bundeskartellamt) passerebbe ad un social network con un minor trattamento dei dati personali, se avesse la possibilità di scelta¹⁰²⁶.

Emblematica, in tal senso, è la considerazione della Corte secondo cui *«ci si aspetterebbe che, se la concorrenza funzionasse (...), nel mercato dei social network sarebbe disponibile un'offerta che soddisferebbe le*

¹⁰²² Bundesgerichtshof (BGH), decisione 23 giugno 2020, causa KVR 69/19, *Facebook*, par. 60 e ss.

¹⁰²³ *Ibidem*.

¹⁰²⁴ *Ibidem*, par. 64.

¹⁰²⁵ *Ibidem*, par. 65.

¹⁰²⁶ *Ibidem*, par. 86.

preferenze degli utenti per una maggiore autonomia nel modellare l'accesso ai dati che riflette ampiamente il loro utilizzo di Internet nella sua interezza e darebbe agli utenti la possibilità di scegliere (...)»¹⁰²⁷.

La concorrenza è quindi danneggiata dallo sfruttamento: i consumatori ricevono meno valore di quanto avrebbero diritto, come illustrato nel capitolo quarto.

Si può ritenere che la visione del consumatore che emerge da tale sentenza, è ben riassunta nel termine utilizzato da Podszun «*consumer sovereignty*»¹⁰²⁸. Il BGH individua un consumatore attivo, mobile, decisivo, che agisce come un contro-modello: un contro-modello a un consumatore che è sempre più "bloccato", che viene rifornito e che segue solo ciò che le società di Internet dettano lungo percorsi predeterminati. Al consumatore viene assegnata la propria responsabilità decisionale per le questioni tanto economiche, tanto non economiche.

In questo senso, questo attore di mercato deve sovrano, libero, autonomo nel compimento delle proprie scelte di mercato

5.4.2 Il danno alla concorrenza

La Corte federale di giustizia tedesca, rispetto al precedente accertamento del *Bundeskartellamt*, adotta un'impostazione maggiormente incisiva nel valorizzare il ruolo centrale dei dati quale leva competitiva e fonte di consolidamento del potere di mercato dell'impresa dominante. L'impostazione adottata rappresenta un'evoluzione nell'adattamento del diritto *antitrust* alla struttura multilaterale dei mercati digitali, analizzata nel capitolo terzo. Tale approccio, sottolinea la connessione tra lo sfruttamento dei consumatori e l'effetto escludente derivante dalla pratica, ritenendo questa la teoria del danno da cui discende l'intervento di concorrenza. Sebbene si condivida pienamente l'impostazione del BGH, è pacifico ritenere che (come si mostrerà nel capitolo sesto), ai fini dell'abuso di posizione dominante da sfruttamento

¹⁰²⁷ Bundesgerichtshof (BGH), decisione 23 giugno 2020, causa KVR 69/19, *Facebook*, par. 86.

¹⁰²⁸ R. PODSZUN, *The Consumer As A Market Player: Competition Law, Consumer Choice And Data Protection In The German Facebook Decision*, op. cit., p. 17.

ai sensi del 102 TFUE, non è necessaria la prova dell'esclusione dei concorrenti, costituendo due ipotesi di abuso distinte ed autonome.

Interpretando la sentenza della Corte, si nota come si metta l'accento sulla rilevanza dei dati personali nelle dinamiche competitive. Difatti, l'ingente disponibilità e la combinazione di dati da parte di Facebook, rafforza il suo vantaggio competitivo in due direzioni: da un lato, ostacola l'ingresso e lo sviluppo di concorrenti nel mercato dei *social network*, dall'altro, consente all'impresa di consolidare la propria posizione nel mercato contiguo della pubblicità *online*, dove l'efficienza del *microtargeting* si fonda sull'ampiezza e la qualità delle informazioni personali detenute¹⁰²⁹.

Il risultato è un aumento delle barriere all'ingresso su entrambi i versanti del mercato digitale, con conseguente preclusione per i nuovi entranti ed una progressiva chiusura del mercato.

Tale impostazione cattura, dunque, la possibilità che tale pratica consolidi una posizione di dominio sia sul mercato dei *social network*, sia in quello della pubblicità. Difatti, al paragrafo 94 della decisione, il BGH sottolinea come la quantità e la granularità dei dati acquisiti da Facebook incidano direttamente sulla capacità predittiva dei comportamenti degli utenti, affermando che: «*più dati sono disponibili per Facebook, più accurata è la prevedibilità del comportamento degli utenti*»¹⁰³⁰. Questo non solo consente a Facebook di migliorare e personalizzare i propri servizi, ma «*riduce le possibilità per i concorrenti attuali e potenziali di eguagliarlo, si aggiunge alla barriera all'ingresso causata dagli effetti diretti della rete il rischio che i concorrenti soccombano nella competizione per i contratti pubblicitari necessari ad ammortizzare la rete*»¹⁰³¹.

La Corte evidenzia, quindi, come l'integrazione tra i dati *On-Facebook* e *Off-Facebook*, oltre ad alimentare un servizio più personalizzato e remunerativo per gli inserzionisti, determini una distorsione strutturale delle dinamiche concorrenziali. Tale conclusione si

¹⁰²⁹ *Ibidem*, p. 11.

¹⁰³⁰ Bundesgerichtshof (BGH), decisione 23 giugno 2020, causa KVR 69/19, *Facebook*, par. 94.

¹⁰³¹ *Ibidem*.

fonda sul riconoscimento della “speciale responsabilità”¹⁰³² che incombe sull’impresa dominante, secondo cui anche il solo rischio di restrizione della concorrenza può giustificare l’intervento sanzionatorio, senza necessità di accertare effetti reali e immediati sul mercato.

Ne emerge un concetto integrato di abuso che tiene conto della circolarità tra i due lati del mercato: da un lato, gli utenti che forniscono dati; dall’altro, gli inserzionisti che li utilizzano come parametro per l’efficienza pubblicitaria. Dunque, maggiore è la quantità di dati raccolti da Facebook, maggiore è la sua attrattività per gli inserzionisti, il che alimenta ulteriormente il ciclo di raccolta dei dati e rafforza la sua posizione dominante. La novità di questo approccio risiede nel superamento della visione tradizionale del mercato rilevante, con un’apertura metodologica verso l’intreccio tra mercati correlati e interdipendenti.

5.4.3 Causalità dell’abuso di posizione dominante

Uno dei nodi concettuali emersi con particolare evidenza a seguito della decisione del Bundeskartellamt nel caso Facebook, riguarda la definizione del nesso causale richiesto per l’abuso di posizione dominante. La questione ha sollevato un vivace dibattito nella dottrina e nella giurisprudenza tedesca ed europea¹⁰³³. In particolare, ci si chiedeva se si dovesse adottare lo stringente nesso di causalità comportamentale, richiedendo cioè che solo l’impresa dominante possa porre in essere quella condotta, oppure il più ampio nesso di causalità normativa, fondata sulla maggiore pericolosità degli effetti anticoncorrenziali quando la condotta è realizzata da un soggetto dominante.

L’*Oberlandesgericht* di Düsseldorf, come prima esposto, ha adottato un’impostazione particolarmente rigorosa in ordine al requisito del nesso causale comportamentale. Secondo tale orientamento, infatti, l’abuso di posizione dominante può configurarsi unicamente laddove la condotta contestata risulti strettamente dipendente dalla posizione

¹⁰³² *Ibidem*, par. 81 e ss.

¹⁰³³ R. PODSZUN, *The Consumer As A Market Player: Competition Law, Consumer Choice And Data Protection In The German Facebook Decision*, op. cit. p. 12 e ss.

dominante detenuta dall'impresa sul mercato rilevante. In altri termini, l'illecito *antitrust* presuppone che l'operatore economico non avrebbe potuto porre in essere il comportamento incriminato in assenza della dominanza. Ne consegue che, qualora anche un'impresa priva di potere di mercato fosse in grado di attuare la medesima pratica, verrebbe meno, secondo la prospettiva del giudice d'appello tedesco, il presupposto stesso per la qualificazione della condotta come abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE. Tale lettura è stata giustificata con riferimento alla *ratio* della disciplina *antitrust*: l'obiettivo primario sarebbe quello di impedire che il potere di mercato venga utilizzato per eludere il gioco concorrenziale, e non quello di censurare condotte in sé illecite ma prive di effetti concorrenziali.

Tuttavia, ripercorrendo la giurisprudenza europea in materia di abuso, secondo la Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza *Continental Can*¹⁰³⁴, il diritto della concorrenza dell'Unione non richiede che l'abuso sia possibile solo per l'impresa dominante: è sufficiente che gli effetti lesivi per la concorrenza si verifichino quando la condotta è posta in essere da un soggetto che gode di posizione dominante.

Inoltre, nella sentenza *Hoffman/La Roche*, la CGUE ha ritenuto che non sia la posizione dominante ciò che deve aver consentito il comportamento abusivo¹⁰³⁵. Nella giurisprudenza *Tetra Pak*, si nota un

¹⁰³⁴ C. giust. UE, sentenza 21 febbraio 1973, causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company*, ECLI:EU:C:1973:22, par. 27, «Tali essendo il significato e la portata dell'art. 86 del trattato, il problema, sollevato dalle ricorrenti, del nesso di causalità che dovrebbe esistere a loro avviso fra la posizione dominante e il suo sfruttamento abusivo è irrilevante: il rafforzamento della posizione occupata dall'impresa può essere abusivo e vietato dall'art. 86 del trattato, indipendentemente dai mezzi o procedimenti usati a tal fine, dal momento ch'esso produce gli effetti sopra descritti» e, par. 26 «può quindi costituire un abuso il fatto che un'impresa in posizione dominante rafforzi tale posizione al punto che il grado di dominio così raggiunto rappresenti un sostanziale ostacolo per la concorrenza, nel senso di lasciar sussistere solo imprese dipendenti, per il loro comportamento, dall'impresa dominante».

¹⁰³⁵ C. giust. UE, C-85/76, *Hottman-La Roche* cit. par. 91

atteggiamento più esigente in termini di causalità richiesta¹⁰³⁶, ma si detta una eccezione che rende il nesso di causalità attenuato¹⁰³⁷.

La Corte Federale di Giustizia tedesca aderisce a tale impostazione, confermando la sufficienza del nesso di causalità normativo¹⁰³⁸: una pratica può essere considerata abusiva pur essendo astrattamente praticabile da qualsiasi impresa, allorché determini un danno concorrenziale rilevante.

Questa impostazione si fonda sull'idea che il potere di mercato amplifichi gli effetti distorsivi di determinate condotte, anche quando queste non sono esclusive dell'impresa dominante. L'analisi si sposta, dunque, dall'idoneità esclusiva della condotta all'idoneità esclusiva dell'effetto distorsivo¹⁰³⁹. L'OLG, difatti, ha giustamente osservato che numerose pratiche di trattamento intensivo dei dati personali, ancorché simili a quelle attuate da Meta, sono spesso adottate anche da imprese di dimensioni minori. Tuttavia, ciò non legittima un giudizio comparativo, poiché sono proprio le imprese dominanti a stabilire gli *standard* di mercato (cd. *standard setter*)¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁶ C. giust. UE, sentenza 14 novembre 1996, C-333/94 P., *Tetra Pak International SA v Commission of the European Communities*, ECLI: ECLI:EU:C:1996:436, par. 2 della sezione «Massima». La Corte richiede che debba esserci un nesso tra la posizione dominante ed il presunto comportamento abusivo, quando gli effetti abusivi si dispiegano in un mercato diverso da quello in cui è dominante.

¹⁰³⁷ *Ibidem*. Invero, si detta una eccezione, «Nel caso di mercati distinti ma collegati, l'applicazione dell'articolo 86 (102 TFUE) a comportamenti rilevanti sul mercato collegato, non dominato, e aventi effetti su tale mercato collegato, può essere giustificata solo da circostanze particolari». Nel caso di mercati distinti, ma collegati, in cui l'impresa detenga su un mercato un monopolio e una posizione preminente su mercati distinti, «si trova nella posizione di detenere una posizione dominante su tali mercati nel loro insieme». Il comportamento di tale impresa sui mercati distinti può rientrare nell'ambito di applicazione del 102 TFUE senza che sia necessario dimostrare la sua posizione dominante anche in tali altri mercati distinti. In questo caso, se una impresa *multi-sided* detiene la posizione dominante in un settore (come quello dell'online advertisement) compie una pratica abusiva nel mercato collegato (da forti effetti di rete) del *social network*, si applica l'eccezione, poiché si ritiene che detenga una posizione di dominio nel mercato considerato nel suo insieme dato il collegamento tra gli stessi versanti.

¹⁰³⁸ Cf. the Federal Government's explanatory memorandum to the 10th GWB amendment, 9.9.2020, p. 81.

¹⁰³⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁴⁰ Questo meccanismo è stato opportunamente ricondotto, in dottrina, al noto *cellophane fallacy*, per cui la concorrenza su un prodotto il cui prezzo è al di sopra del livello di mercato, viene scambiata per concorrenza effettiva. R. PODSZUN, *The Consumer As A Market Player: Competition Law, Consumer Choice And Data Protection In The German Facebook Decision*, op. cit. p. 13.

In questa prospettiva, la Corte federale ha rilevato che, nell'ambiente digitale, il raffronto con il comportamento delle piccole e medie imprese non può assumere valore dirimente, giacché tali operatori si muovono all'interno di un contesto plasmato dagli *standard* fissati dalle piattaforme di maggiori dimensioni. Gli utenti sono progressivamente indotti a concedere consensi automatici e a non interrogarsi sulle implicazioni del trattamento dei dati, generando una riduzione delle aspettative di protezione e una progressiva erosione dell'autodeterminazione informativa.

Da ciò discende che gli effetti concorrenziali negativi si manifestano proprio (e solo) in presenza di una posizione dominante, giustificando così l'intervento dell'autorità¹⁰⁴¹.

Pertanto, come sopra indicato, il nesso di causalità normativo è quello richiesto ai sensi del 102 TFUE e, dunque, è applicabile agli abusi di posizione dominante da sfruttamento che verranno elaborati nel capitolo sesto.

5.4.4 Il ruolo essenziale di Facebook per la società: il rispetto dei diritti fondamentali

Un ulteriore elemento di pregio di tale sentenza attiene alla posizione delle piattaforme digitali di grandi dimensioni e il loro ruolo nella nostra società. Si potrebbe sintetizzare come: da un grande potere, derivano grandi responsabilità.

La Corte, difatti, inizia l'argomentazione sul punto enfatizzando la funzione sociale di tale piattaforma, quale infrastruttura comunicativa di massa, rilevando come l'accesso alla piattaforma rappresenti, per i consumatori, una condizione imprescindibile per la partecipazione alla vita sociale, all'esercizio della libertà di espressione degli utenti nonché alla partecipazione alla vita politica¹⁰⁴².

¹⁰⁴¹ Cf. the Federal Government's explanatory memorandum to the 10th GWB amendment, 9.9.2020, p. 81. La scelta è coerente con l'esigenza di tenere conto della struttura specifica dei mercati digitali e delle piattaforme multilaterali, dove il potere di mercato non si traduce necessariamente nella possibilità di porre in essere determinate condotte, ma nella capacità di amplificare gli effetti anticoncorrenziali di condotte che, in altri contesti, sarebbero prive di rilevanza.

¹⁰⁴² Bundesgerichtshof (BGH), decisione 23 giugno 2020, causa KVR 69/19, *Facebook*, par. 98.

La Corte afferma *«(i)l giudice di appello non ha inoltre riconosciuto che avere accesso a Facebook è, almeno per alcuni consumatori, in misura significativa determinante per poter partecipare alla vita sociale, ragione per cui non si può ragionevolmente pretendere che rinuncino a tale servizio»*¹⁰⁴³.

Come si legge nella motivazione, *«il social network rappresenta un importante mezzo di comunicazione sociale. In considerazione dell'elevato numero di utenti e degli effetti di rete, la possibilità di utilizzare la piattaforma creata per lo scambio di informazioni e l'espressione di opinioni, riveste un rilievo particolare»*¹⁰⁴⁴. Come detto, riconosce che tale mezzo di comunicazione presenti, oltre ad una rilevanza sociale, una *«significatività politica»*¹⁰⁴⁵. Sembra dunque, da tale impostazione, la regolamentazione dei giganti digitali non si ponga solamente come un compito economico, ma bensì come una sfida sociale¹⁰⁴⁶.

Date tali premesse, la Corte si spinge sino a ritenere che, data la funzione sociale fondamentale che Facebook svolge, questa sia vincolata al necessario rispetto dei diritti fondamentali, in una misura analoga a quella richiesta allo Stato. In particolare:

*«A seconda delle circostanze, soprattutto quando un'impresa privata – come nel caso di specie – acquisisce una posizione dominante e fornisce il quadro stesso entro cui si svolge la comunicazione pubblica, le imprese private possono essere vincolate ai diritti fondamentali in misura simile o equivalente a quella dello Stato. In tali casi, rigorosi requisiti strutturali relativi al trattamento dei dati e limitazioni riguardo alle finalità per cui essi possono essere utilizzati – in particolare in connessione con l'obbligo di ottenere il consenso – possono costituire un mezzo adeguato, o addirittura costituzionalmente richiesto, per proteggere il diritto all'autodeterminazione informativa»*¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴³ Bundesgerichtshof (BGH), decisione 23 giugno 2020, causa KVR 69/19, *Facebook*, par. 102.

¹⁰⁴⁴ *Ibidem*, par. 102.

¹⁰⁴⁵ *Ibidem*, par. 104.

¹⁰⁴⁶ Cfr. R. PODSZUN, *Empfiehl sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen*, in *Gutachten für den Deutschen Juristentag*, 2020, p. 103.

¹⁰⁴⁷ Bundesgerichtshof (BGH), decisione 23 giugno 2020, causa KVR 69/19, *Facebook*, par. 105.

Dunque, la piattaforma (che in questo caso è Facebook ma può rilevare anche per altre piattaforme, a seconda delle circostanze), in ragione del ruolo che esercita, non risponde soltanto quale impresa dominante sul mercato, ma anche quale fornitore di un servizio di comunicazione dotato di rilevanza sociale, del quale determina unilateralmente le condizioni di accesso per gli utenti.

Da ciò si ne discende l'esigenza di subordinare il suo operato al rispetto dei diritti fondamentali degli utenti digitali. Tale un'affermazione assolutamente innovativa, è pienamente coerente con la reale dimensione del potere detenuto dalle piattaforme digitali contemporanee, qualificate come *GAMMA* o veri e propri *data-polities*, come illustrato nel terzo capitolo.

Seguendo tale impostazione, il giudizio *antitrust*, quindi, non dovrebbe più orientarsi esclusivamente alla verifica della correttezza del comportamento concorrenziale secondo una logica puramente economica, ma dovrebbe aprirsi a valutazioni di più ampio respiro, che includono il rispetto dei diritti fondamentali degli individui nell'ambiente digitale.

La conclusione della Corte si fonda, su una visione integrata del diritto della concorrenza, in cui la protezione dell'autodeterminazione informativa e la salvaguardia delle condizioni di accesso a servizi essenziali di comunicazione sono parti costitutive della libertà di concorrenza, richiamando innegabilmente i principi fondanti del pensiero ordoliberales. In particolare, il BGH afferma che «*Il diritto all'autodeterminazione informativa non implica un diritto generale, o addirittura comprensivo, di determinare l'uso dei propri dati. Esso garantisce, tuttavia, alle persone la possibilità di influire, in modo differenziato, sul contesto e sulle modalità con cui i propri dati personali vengono messi a disposizione e utilizzati da altri. In altri termini, agli individui è garantito il diritto di partecipare in modo sostanziale alla decisione riguardo a quali caratteristiche possano essere loro attribuite*»¹⁰⁴⁸.

Pertanto, la Corte federale cita ancora una volta il ruolo del consumatore come soggetto centrale dell'economia di mercato. Il caso è

¹⁰⁴⁸ *Ibidem*, par.104.

visto come una questione di scelta del consumatore, che è «tipicamente garantita dal processo competitivo e dalla sua funzione di coordinare domanda e offerta»¹⁰⁴⁹.

In sintesi, la sentenza del BGH segna una svolta nell'elaborazione del concetto di abuso di posizione dominante nell'economia digitale, mostrando come la libertà di scelta del consumatore, anche nella sua dimensione informativa e costituzionale, sia idonea a costituire il nucleo stesso dell'intervento *antitrust*. Il riferimento al GDPR, dunque, è inquadrato come parametro utile a valutare la legittimità delle pratiche commerciali sotto il profilo della loro coerenza con i valori fondamentali dell'ordinamento.

Ciò detto, l'approccio della Corte Federale, fortemente ancorato alla tradizione ordoliberal, manifesta la più ampia capacità di adattamento al contesto in cui il diritto della concorrenza deve essere applicato, in cui la protezione dei diritti fondamentali e il mantenimento di mercati aperti e contendibili si confermano come due facce della medesima medaglia.

Sebbene questo, a livello normativo, i diritti fondamentali (in particolare, l'autodeterminazione informativa) hanno già svolto un ruolo nelle cause in materia di concorrenza nell'ordinamento tedesco, in quanto parte del diritto civile; il BGH adotta questa impostazione facendo esplicito riferimento alla sua decisione in *Pechstein*¹⁰⁵⁰.

Resta da vedere se la considerazione sui diritti fondamentali possa applicarsi allo stesso modo nel diritto europeo. Su tale punto si tornerà nel capitolo ottavo.

5.4.5 Le implicazioni per il benessere del consumatore: economic surplus o scelta del consumatore?

L'impostazione adottata dalla Corte Federale di Giustizia tedesca nel caso Facebook rivela un ulteriore elemento che attraversa una delle

¹⁰⁴⁹ *Ibidem*, par. 104 e ss.

¹⁰⁵⁰ Si veda BGH, 7.6.2016, KZR 6/15 – *Pechstein*. Per un commento sul caso, si veda R. PODSZUN, *The Pechstein Case*, 2018, reperibile al link https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3246922.

parti centrali di questa indagine: il consumatore e le dimensioni del suo benessere nei mercati digitali. Nell'impostazione del BGH emerge una sinergia tra tutela della protezione dei dati personali e della *privacy* e diritto della concorrenza, che rivela la centralità del consumatore quale attore attivo, libero e sovrano all'interno dei mercati (o, per lo meno, lo individua per come dovrebbe essere).

Da lungo tempo, il diritto della concorrenza si fonda sull'obiettivo di tutela del consumatore e, nondimeno, negli ultimi decenni, tale figura è stata spesso "trascurata" quale soggetto attivo della dinamica competitiva.

Come osservato da Podszun, «*as an acting subject of the competitive process, the consumer has remained strangely underexposed in recent years*»¹⁰⁵¹, non essendo né destinatario privilegiato delle azioni risarcitorie, né dotato di una posizione istituzionale solida all'interno dei procedimenti *antitrust*.

È proprio la pronuncia della Corte tedesca a reintegrare questa figura all'interno della trama regolatoria, restituendole un ruolo di primo piano, non più solo in quanto beneficiario di efficienze di prezzo, ma quale vero e proprio giudice della scelta e, quindi, della competizione tra imprese nei mercati digitali.

Il BGH introduce così una nozione sostanziale di sovranità del consumatore, dipingendo un consumatore con potere effettivo di valutare, scegliere e determinare l'esito della dinamica competitiva. Un contro-modello rispetto alla rappresentazione passiva del consumatore "bloccato" nei vincoli strutturali delle grandi piattaforme digitali.

Partendo dai presupposti indicati nel capitolo terzo, nella concezione ordoliberal, il buon funzionamento dell'economia di mercato richiede scelte informate e indipendenti da parte di tutti gli attori del mercato. Il postulato dell'indipendenza decisionale di entrambe le parti del mercato diviene, pertanto, non solo principio economico, ma un fondamento della struttura concorrenziale¹⁰⁵².

La motivazione della Corte richiama la libertà di scelta degli utenti, trattandola come parametro comparativo nel processo di selezione

¹⁰⁵¹ R. PODSZUN, *The Consumer As A Market Player: Competition Law, Consumer Choice And Data Protection In The German Facebook Decision*, op. cit., p. 17.

¹⁰⁵² Si rimanda al capitolo terzo.

concorrenziale¹⁰⁵³. Si tratta della decisione autonoma dell'utente «*sulla scelta del fornitore di servizi*»¹⁰⁵⁴.

Da questo angolo prospettico, l'indipendenza del consumatore non è riducibile alla mera libertà contrattuale, bensì diventa condizione strutturale per la competizione fondata sul merito. La concorrenza viene così concepita come un "ordine spontaneo" derivante da scelte autonome, frutto di un coordinamento orizzontale tra domanda e offerta¹⁰⁵⁵.

L'ideale di un consumatore libero, capace di autodeterminarsi economicamente, riecheggia nella riflessione ordoliberal e si ritrova nella costruzione giurisprudenziale tedesca come fondamento dell'intervento regolatorio nei mercati digitali¹⁰⁵⁶.

In tale contesto, il modello contrattuale "*take it or leave it*", come quello imposto da Facebook attraverso i propri *terms & conditions*, appare in contrasto non solo con una concezione sostanziale della libertà di scelta, ma anche con i presupposti normativi dell'economia sociale di mercato.

Il BGH ravvisa nell'assenza di alternative concrete per l'utente una compromissione della sua autonomia decisionale, ritenendo che un consenso realmente informato non possa configurarsi quando mancano opzioni effettivamente praticabili. Il principio affermato dalla giurisprudenza è univoco: la libertà di scelta costituisce presupposto di legittimità del confronto concorrenziale e parametro di liceità delle condotte poste in essere dalle imprese in posizione dominante.

Questa concezione si avvicina significativamente alla prospettiva che identifica la "scelta del consumatore" come l'autentico fine protettivo del diritto *antitrust*. Dunque, sempre il consumatore ma, non il suo benessere economico, bensì la sua libertà di decidere. Come si analizzerà

¹⁰⁵³ Si veda capitolo quinto per ulteriori precisazioni.

¹⁰⁵⁴ Bundesgerichtshof (BGH), decisione 23 giugno 2020, causa KVR 69/19, *Facebook*, par. 29 e 102.

¹⁰⁵⁵ F. VON HAYEK, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1960, p. 145 e ss. Si rimanda al capitolo terzo.

¹⁰⁵⁶ Dietro a questo, si può affermare, c'è un'immagine dell'uomo plasmata nell'idealismo filosofico tedesco di Immanuel Kant e coltivata nell'ordoliberalismo, che il BGH difende contro l'aumento dell'oggettivazione e della datificazione, così come contro le dipendenze dai percorsi, i cœ, la progettazione del mercato e le convenienze. L'autodeterminazione economica del consumatore diventa il programma dell'ordine dell'economia di mercato. Si veda, similmente, R. PODSZUN, *The Consumer As A Market Player: Competition Law, Consumer Choice And Data Protection In The German Facebook Decision*, op. cit., p. 24 e ss.

nel capitolo sesto, la scelta del consumatore è una dimensione anche presente nelle varie articolazioni del concetto di *consumer welfare*. Averitt e Lande, già nella fine degli anni Novanta, avevano criticato l'assimilazione della tutela del consumatore al solo calcolo di *surplus*, proponendo una valorizzazione della libertà di scelta che prendesse tuttavia le distanze dal benessere dei consumatori economicamente inteso.¹⁰⁵⁷ Più recentemente, Nihoul ha sottolineato come «la scelta del consumatore non può essere solo la conseguenza delle dinamiche concorrenziali, ma ne costituisce l'essenza stessa»¹⁰⁵⁸.

Essi intendono la “scelta del consumatore” come un modello opposto a uno *standard* di benessere del consumatore (economico) che non vede il consumatore come un soggetto decisionale, riducendo l'interesse del consumatore nelle sue azioni di mercato, ad un'attività di mera massimizzazione egoistica dei propri interessi. Contrariamente, elaborano un approccio che presuppone la presenza di una scelta effettiva per i consumatori (l'obiettivo del diritto della concorrenza), tra le quali possano scegliere senza ostacoli, previa adeguata informazione (l'obiettivo della protezione dei dati personali).

La Corte sembra dunque allinearsi a questa linea interpretativa, pur senza richiamarla espressamente, mostrando che la concorrenza non può esistere in assenza di libertà di scelta reale.

Il pregio teorico di questa impostazione si colloca nell'attribuzione di una rinnovata veste al consumatore digitale europeo, aprendo lo spazio a una ricostruzione più ampia e sociale della funzione del diritto della concorrenza. Su tali questioni, si tornerà nel capitolo sesto e ottavo.

La decisione della Corte tedesca, ad ogni modo, consente di concepire la concorrenza non solo come uno strumento tecnico-economico, ma anche come dispositivo normativo atto a garantire la libertà individuale in un contesto di mercato. Essa, in ultima istanza, pone le basi per una visione della concorrenza che sia coerente con le sfide della

¹⁰⁵⁷ N. W. AVERITT, R.H. LANDE, *Consumer Choice: The Practical Reason for Both Antitrust and Consumer Protection Law*, in *Loyola Consumer Law Review*, 1998; R. LANDE, N. W. AVERITT, *Using the 'Consumer Choice' Approach to Antitrust Law*, in *Antitrust Law Journal*, 2007, p. 175.

¹⁰⁵⁸ P. NIHOUL, *Choice as a Goal in Competition Law*, in *Journal of Competition Law & Economics*, in *Oxford University Press*, 2012, p. 16 ss.

digitalizzazione, riconoscendo che l'asimmetria informativa e la dipendenza strutturale generata dalle grandi piattaforme digitali sono forme di potere suscettibili di sindacato antitrust.

5.5 Alcune considerazioni intermedie

Il dibattito dottrinale sulla intricata vicenda Facebook ha avuto il suo ovvio fulcro nella questione relativa all'intersezione tra i due settori del diritto, portando a chiedersi se, e la misura in cui, la protezione dei dati possa essere considerata una questione di diritto della concorrenza.

La sentenza del *Bundesgerichtshof* rappresenta un passaggio cruciale nel delineare i contorni teorici e applicativi dell'intersezione tra concorrenza e protezione dei dati personali. Pur non fondando l'accertamento dell'abuso sulla violazione del GDPR come parametro normativo autonomo, la Corte ha comunque ricondotto la condotta di Facebook a un abuso di posizione dominante, valorizzando in chiave inedita la nozione di "estensione imposta del servizio" e mettendo al centro il ruolo attivo del consumatore quale soggetto titolare di diritti fondamentali. Questo mostra come, la tradizione Ordoliberal possa esercitare ancora un ruolo nella concorrenza nei mercati digitali, enfatizzando il ruolo della scelta del consumatore come una delle finalità (se non l'ultima) del diritto della concorrenza.

La potenza dei dati è un parametro chiave della concorrenza; sollevando barriere all'ingresso, nei modelli di business basati sui dati, questi sono un fattore di potere di mercato, come stabilito dal legislatore nella sezione 18 (3a) GWB.

Il BGH sottolinea questo punto, in modo particolarmente forte, collegando in modo chiaro i lati del mercato: la raccolta dei dati dal consumatore e, utilizzo dei dati nella pubblicità online, alimentano una circolarità peculiare. In questo modo, il collegamento tra i vari lati del mercato di una piattaforma è pensato in modo coerente e l'effetto leva tra i lati del mercato diventa visibile: il problema dei dati affrontato dall'autorità di concorrenza è, almeno in questo caso, un problema di potere sull'altro lato del mercato.

Tuttavia, rimangono aperte alcune questioni.

La prima è relativa alla stessa possibilità che, la violazione del GDPR, possa costituire abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE. Si ricorda, difatti, come tali decisioni siano basate sul diritto nazionale tedesco e i suoi precedenti, non in quello europeo di concorrenza.

Inoltre, rimane aperta la questione circa l'effettiva violazione del GDPR e, più importante, sulla legittimazione delle autorità di concorrenza a svolgere una valutazione sulla violazione delle disposizioni di tale regolamento; si ricorda a tal fine, quanto evidenziato nel capitolo quarto in relazione alle distinzioni di competenze tra le autorità di protezione dei dati personali e quelle di concorrenza.

È proprio su questi punti dirimenti che è intervenuta la Corte di Giustizia dell'Unione europea, a seguito del rinvio pregiudiziale operato dall'OLG di Düsseldorf.

La decisione della CGUE, che sarà analizzata nella sezione successiva, ha contribuito a chiarire i limiti e le condizioni di un coordinamento normativo tra tutela della concorrenza e disciplina sulla protezione dei dati personali.

5.6 Il rinvio alla Corte di Giustizia: i punti cardinali dell'interconnessione tra privacy e concorrenza, nella sentenza C-252/51 Meta

All'indomani della complessa vicenda giudiziaria innanzi all'*Oberlandesgericht* di Düsseldorf e al *Bundesgerichtshof*, la controversia tra l'autorità tedesca garante della concorrenza e Facebook (ora divenuto *Meta Platforms*) ha assunto una rilevanza di portata sovranazionale. La Prima Sezione dell'*Oberlandesgericht*, competente in materia di concorrenza ha infatti ritenuto, prima di pronunciarsi nel merito, di dover sospendere il procedimento principale e sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea con ordinanza del 24 marzo 2021¹⁰⁵⁹. Il rinvio trae origine dall'esigenza di chiarire la

¹⁰⁵⁹ C-252/21 - *Oberlandesgericht Düsseldorf* - Domanda di pronuncia pregiudiziale, depositata in data 22/04/2021, *Meta Platforms e a. (Conditions générales d'utilisation d'un réseau social)*, ai sensi dell'articolo 267 TFUE.

corretta interpretazione di alcune disposizioni fondamentali del regolamento GDPR, nella misura in cui esse risultano determinanti per valutare la legittimità della condotta di Meta ai sensi del diritto *antitrust*, in particolare, in relazione all'abuso di posizione dominante. Al centro del rinvio si pone la questione se e in che misura un'autorità nazionale garante della concorrenza possa interpretare ed eventualmente applicare le disposizioni del GDPR nell'ambito di un procedimento volto ad accertare un abuso di posizione dominante, e quali siano le implicazioni sostanziali e procedurali di un tale approccio.

La Corte di Giustizia, riunita in Grande Sezione, si è pronunciata con sentenza del 4 luglio 2023, preceduta dalle Conclusioni dell'Avvocato generale Rantos, rese pubbliche il 20 settembre 2022¹⁰⁶⁰. Le posizioni assunte dall'Avvocato generale e dalla Corte appaiono sostanzialmente convergenti e hanno contribuito in modo decisivo a delineare, per la prima volta, un quadro interpretativo integrato tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali.

Le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte hanno investito un ampio spettro di norme del diritto dell'Unione: l'articolo 6, paragrafo 1, l'articolo 4, paragrafo 11, l'articolo 9, paragrafi 1 e 2, l'articolo 51, paragrafo 1, e l'articolo 56, paragrafo 1, del GDPR; nonché l'articolo 4, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione europea, che consacra il principio di leale cooperazione tra autorità nazionali e istituzioni dell'Unione.

La decisione della Corte di Giustizia rappresenta un momento cruciale nel percorso di avvicinamento, seppur ancora non perfettamente delineato, tra diritto della concorrenza e diritto fondamentale alla protezione dei dati personali. Nella sezione che segue, si analizzeranno i punti salienti della pronuncia della Corte, con particolare attenzione alla portata sistematica della sua motivazione, al principio di leale cooperazione tra autorità di protezione dei dati e autorità antitrust, e alla legittimazione dell'intervento delle seconde su profili regolati dal GDPR.

¹⁰⁶⁰ Conclusioni dell'avvocato generale Athanasios Rantos, 20 settembre 2022, causa C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Limited, Facebook Deutschland GmbH, c. Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2022:704.

Tale analisi consentirà di comprendere fino a che punto la giurisprudenza europea stia contribuendo a superare la tradizionale frammentazione tra i due settori, ponendo le basi per un modello più integrato di *enforcement* nei mercati digitali.

Nel prosieguo di questa sezione, la trattazione verrà divisa per aree tematiche. Legittimare l'intersezione tra diritto della concorrenza e protezione dei dati personali e *privacy*, richiede, infatti, in primo luogo la possibilità che le autorità di concorrenza abbiano la competenza per svolgere una valutazione del rispetto delle disposizioni del GDPR. Pertanto, la sezione che segue, sarà incentrata a valutare la competenza ed i profili procedurali.

5.6.1 La *ratio* della prima questione pregiudiziale: profili procedurali e cooperazione tra autorità

Con la prima questione pregiudiziale, l'*Oberlandesgericht* di Düsseldorf ha sottoposto alla Corte di Giustizia la questione sulla compatibilità degli articoli 51 e seguenti del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), al fine di vagliare la possibilità che, un'autorità nazionale garante della concorrenza, che non riveste la qualifica di autorità di protezione dei dati ai sensi del GDPR, possa nondimeno constatare, nell'ambito di un procedimento volto ad accertare un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE, che il trattamento dei dati personali effettuato da un'impresa dominante sia contrario alle disposizioni del regolamento medesimo e ordinare la cessazione di tale violazione¹⁰⁶¹.

La necessità di sollevare tale questione deriva dalle argomentazioni formulate dal Tribunale d'Appello tedesco nella fase precedente del procedimento, laddove si era messo in dubbio che un'autorità *antitrust* potesse fondare l'accertamento dell'abuso sulla violazione di una normativa settoriale estranea alla disciplina della concorrenza, quale il GDPR.

¹⁰⁶¹ C. giust. UE, sentenza 4 Luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms e a. (Conditions générales d'utilisation d'un réseau social)*, par. 36 e ss.

Nonché, tale interrogativo trae origine proprio dalla separazione normativa dei due regimi, come in precedenza affrontato nel capitolo quarto. L'obiezione, in sostanza, attiene al fatto che una simile valutazione ecceda i confini delle competenze riconosciute alle autorità *antitrust*, invadendo l'ambito riservato alle autorità indipendenti per la protezione dei dati personali. Tuttavia, tale impostazione, si scontra con la crescente integrazione tra diritto della concorrenza e protezione dei dati personali nei mercati digitali, ove il trattamento massivo dei dati personali costituisce un elemento essenziale del modello economico delle piattaforme *online*.

Tuttavia, non vi era alcuna indicazione normativa che permettesse alle autorità di concorrenza di procedere a valutare se una piattaforma oggetto di indagine, avesse violato o meno le disposizioni afferenti ad un altro settore del diritto, segnatamente al GDPR.

La portata di una pronuncia favorevole è evidente; questa si pone come prodromica ad ogni tipo di valutazione, teoria ed argomentazione sostenuta in questa tesi.

Se le autorità di concorrenza non possono valutare la violazione della protezione dei dati personali, allora non si può fondare un abuso su tale teoria del danno¹⁰⁶².

Ulteriormente, in assenza di una statuizione sul punto, ci si può chiedere come debbano raccordarsi le due normative, in caso di esiti divergenti; si pensi al caso in cui, l'autorità di concorrenza ritenga violate le norme del GDPR (nel corso della sua indagine *antitrust*) e, nel mentre, in un procedimento parallelo per la medesima condotta presso le autorità di protezione dei dati, si giunga, successivamente, a ritenere che la condotta di violazione non sussista.

Senza dimenticare che nel caso di due pronunce sulla medesima condotta da parte delle due autorità, potrebbe indurre il soccombente, con lite temeraria, ad impugnare la decisione *antitrust* al fine di allungare i

¹⁰⁶² Questo sarebbe stato possibile, in assenza di un avallo normativo o giurisprudenziale, ad esempio, solo se l'autorità di protezione dei dati personali si fosse espressa sulla medesima condotta oggetto di parallela valutazione *antitrust*. Ma anche sul punto, una precisa indicazione normativa non era presente.

tempi per l'esecutività della decisione, invocando il principio del *ne bis in idem*¹⁰⁶³.

Pertanto, una statuizione, normativamente argomentata, in un senso o nell'altro, era quantomeno necessaria.

Tuttavia, la giurisprudenza della Corte di Giustizia aveva già riconosciuto, in altri ambiti, la possibilità per le autorità *antitrust* di prendere in considerazione norme settoriali per valutare la liceità del comportamento d'impresa¹⁰⁶⁴.

La sentenza *AstraZeneca* ne è un esempio paradigmatico, in cui la Corte ha affermato che «*la conformità di una condotta a norme specifiche*», norme che, sono afferenti ad un settore del diritto differente da quello *antitrust*, «*non esclude l'applicabilità degli articoli 101 e 102 TFUE a tale condotta*»¹⁰⁶⁵.

In tale prospettiva, non appare giustificato precludere alle autorità *antitrust* la possibilità di interpretare le disposizioni del GDPR al fine di accertare l'esistenza di un abuso di posizione dominante, nei limiti delle proprie competenze e senza sostituirsi all'autorità di controllo.

5.6.1.1 La competenza esclusiva delle autorità di protezione dei dati in materia di GDPR e le richieste di approcci congiunti nell'era digitale

Ai sensi del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), le violazioni delle disposizioni relative al trattamento dei dati personali ricadono sotto la giurisdizione esclusiva delle autorità nazionali di controllo, appositamente designate dagli Stati membri.

L'articolo 54 del GDPR, infatti, impone a ciascuno Stato membro l'obbligo di designare una o più autorità indipendenti «*incaricate di*

¹⁰⁶³ Art. 51, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹⁰⁶⁴ Vedi AGCM, Bolletino 46/2018, 10 Dicembre 2018, p. 22 e ss, la quale ha irrogato una sanzione nel 2018 contro Facebook per pratiche analoghe «*nella fattispecie in esame, l'Autorità si è limitata ad accertare e sanzionare - "ex post" e in applicazione della disciplina dettata dal Codice del Consumo - la presenza di pratiche commerciali scorrette, e senza che tale intervento si ponga, in alcun modo, in contrasto con le valutazioni del Garante irlandese*». Inoltre, vedi, C. giust. UE, sentenza 27 marzo 1974, C-127/73, *BRT v SABAM* EU:C:1974:25, par.15, e C. giust. UE, sentenza 16 luglio 2009, causa C-385/07 P *Duales System Deutschland* EU:C:2009:456.

¹⁰⁶⁵ C. giust. UE, 6 Dicembre 2012, C-457/10 P, *AstraZeneca/Commissione*, EU:C:2012:770, par. 132. La Corte ha anche precisato che nella maggioranza dei casi, gli abusi di posizione dominante consistono in comportamenti legittimi alla luce di branche di diritto diverse dal diritto alla concorrenza.

*sorvegliare l'applicazione del presente regolamento al fine di tutelare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento e di agevolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione»*¹⁰⁶⁶. L'impianto del Regolamento, quindi, assegna in via esclusiva alle autorità per la protezione dei dati di ciascuno Stato membro la competenza per valutare la conformità delle condotte delle imprese alle norme del GDPR.

Nella struttura del regolamento non si rinvencono disposizioni che prevedano un coinvolgimento delle autorità garanti della concorrenza in tale funzione valutativa, né sono previste esplicitamente forme di cooperazione istituzionale tra le due tipologie di autorità.

Ciò ha sollevato ostacoli normativi all'ammissibilità, anche solo in via incidentale, di una valutazione della conformità al GDPR da parte delle autorità *antitrust* nell'ambito di un procedimento volto ad accertare l'abuso di posizione dominante.

La questione si pone dunque nei termini di una possibile estensione interpretativa, fondata non su una formale competenza, bensì sull'esigenza sostanziale di garantire l'effettività delle norme *antitrust* nei mercati digitali, laddove il potere di mercato si fondi o si rafforzi proprio attraverso pratiche massive di raccolta e sfruttamento dei dati personali.

Tale possibilità, è stata formalmente riconosciuta da diverse opinioni delle stesse autorità di protezione dei dati.

In particolare, il Garante europeo per la protezione dei dati (EDPS) ha più volte sottolineato l'importanza di un approccio integrato, auspicando che le politiche della concorrenza incorporino anche la tutela dei diritti fondamentali degli utenti, e che intervengano nel controllo del

¹⁰⁶⁶ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), art. 51, «1. Ogni Stato membro dispone che una o più autorità pubbliche indipendenti siano incaricate di sorvegliare l'applicazione del presente regolamento al fine di tutelare i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche con riguardo al trattamento e di agevolare la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione (l'«autorità di controllo»). 2. Ogni autorità di controllo contribuisce alla coerente applicazione del presente regolamento in tutta l'Unione. A tale scopo, le autorità di controllo cooperano tra loro e con la Commissione, conformemente al capo VII. 3. Qualora in uno Stato membro siano istituite più autorità di controllo, detto Stato membro designa l'autorità di controllo che rappresenta tali autorità nel comitato e stabilisce il meccanismo in base al quale le altre autorità si conformano alle norme relative al meccanismo di coerenza di cui all'articolo 63. 4. Ogni Stato membro notifica alla Commissione le disposizioni di legge adottate ai sensi del presente capo al più tardi entro 25 maggio 2018, e comunica senza ritardo ogni successiva modifica».

potere di mercato delle piattaforme digitali, ove tale potere sia fondato sul trattamento intensivo dei dati personali¹⁰⁶⁷.

Di rilievo, in tal senso, è la *Joint Statement* adottata nel 2023 dal *Conseil de la Concurrence* e dalla *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* (CNIL)¹⁰⁶⁸ in Francia, con la quale è stata riconosciuta l'“ambizione comune” delle due autorità di cooperare nella regolazione dei mercati digitali, ribadendo che la tutela della privacy e la disciplina antitrust non sono confliggenti, bensì complementari.

Infine, si segnala la dichiarazione comune adottata nel 2022 dalle autorità di protezione dei dati personali e dal Garante europeo, nella quale è stata formalmente richiesta l'istituzione di meccanismi di cooperazione sistematica con le autorità antitrust nazionali ed europee, alla luce del ruolo sempre più determinante che i dati personali rivestono nella definizione delle dinamiche concorrenziali nel mercato interno¹⁰⁶⁹

Tali iniziative dimostrano come, pur in assenza di un esplicito quadro giuridico positivo che disciplini la cooperazione tra le autorità, si stia consolidando un orientamento che mira a superare la rigida compartimentazione tra settori normativi. L'effettività della tutela *antitrust*, in un'economia sempre più *data-driven*, sembra ormai dipendere dalla capacità delle istituzioni di collaborare per affrontare le nuove forme di abuso e potere economico¹⁰⁷⁰. L'efficace repressione delle pratiche contrarie alle disposizioni e ai principi del Regolamento (UE) 2016/679,

¹⁰⁶⁷ Si veda European Data Protection Board (EDPB), *Preliminary Opinion 3/2014, Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, cit., e *Opinion 8/2016, On the coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, cit.

¹⁰⁶⁸ Si veda sul punto, Autorité de la concurrence e Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), *Joint Declaration – Competition and personal data: a common ambition*, 2023.

¹⁰⁶⁹ Si veda, *Resolution on the need for enhanced cooperation in the field of data protection law*, adottata nella *Spring Conference of the European data protection authorities*, del maggio 2023. Si legge che «la legge per la protezione dei dati personali ed il diritto alla concorrenza condividono lo scopo comune di supportare la crescita, l'innovazione ed aumentare il benessere degli individui. Essere consapevoli della natura complementare della protezione dei dati personali e del diritto alla concorrenza è fondamentale». Si sottolinea che le evoluzioni tecnologiche dei mercati digitali, le quali utilizzano i dati personali degli utenti, comportano «rischi significativi per il diritto fondamentale della privacy e per la protezione dei dati personali degli utenti». In tal caso si riconosce che «una cooperazione e coordinazione tra le autorità europee di protezione dei dati e le autorità di concorrenza può portare ad una protezione avanzata degli individui, nonché contribuisce a promuovere l'equità e la contendibilità dei mercati» (traduzione dell'autrice).

¹⁰⁷⁰ C. giust. UE, sentenza 4 Luglio 2023, C-252/2, *Meta Platforms*, par. 36-43.

capaci di ledere simultaneamente i diritti fondamentali dei consumatori e l'assetto concorrenziale del mercato interno, ha reso necessaria un'autorevole statuizione in ordine all'attribuzione di competenza alle autorità garanti della concorrenza in merito alla valutazione delle violazioni del GDPR.

5.6.1.2 Il dictum della CGUE: la competenza incidentale delle autorità di concorrenza in materia di GDPR

Interpellata sul punto, la Corte di Giustizia dell'Unione ha anzitutto affrontato la questione preliminare relativa all'eventuale esistenza, nel *corpus* normativo del GDPR, di ostacoli normativi che possano impedire tale attribuzione.

In tale prospettiva, ha esaminato in modo sistematico le disposizioni degli articoli 55 e 56 (sulla competenza delle autorità di controllo), dell'articolo 57 (sui compiti delle autorità e sulla cooperazione per la coerente applicazione del Regolamento), dell'articolo 58 (relativo allo «*sportello unico*»), degli articoli 60 e 61 (che istituiscono la cooperazione tra autorità), e infine degli articoli 63-65 (che disciplinano il meccanismo di coerenza).

Da tale esegesi normativa, la Corte ha concluso che il GDPR non contenga disposizioni che disciplinino in modo esplicito una cooperazione tra autorità *antitrust* e autorità di protezione dei dati personali.

Tuttavia, conclude che le medesime disposizioni neppure ostino a tale possibilità¹⁰⁷¹.

Sulla base di tale lacuna regolativa e l'assenza di divieti, la Corte ha fondato l'attribuzione della competenza all'autorità *antitrust*, utilizzando l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, che dispone il principio di leale cooperazione¹⁰⁷².

La Corte dispone che l'autorità di concorrenza, nell'ambito dell'esercizio delle proprie funzioni e purché ciò sia funzionale all'analisi

¹⁰⁷¹ *Ibidem*, par. 37-42.

¹⁰⁷² Si tratta di un principio del diritto dell'Unione europea che, sul piano dello *ius positum*, trova espressione nell'articolo 4, paragrafo 3, TUE. Si veda U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Carucci editore, 2020, pp. 108 e ss.

di una possibile violazione di concorrenza¹⁰⁷³, «debba» valutare «la conformità o non conformità di detto comportamento alle disposizioni del GDPR»¹⁰⁷⁴. Tale attribuzione di competenza, non solo è legittima, ma anche necessaria per garantire un efficace controllo delle condotte anticoncorrenziali che si manifestano tramite abusi nello sfruttamento dei dati personali¹⁰⁷⁵.

La Corte precisa, tuttavia, che tale valutazione *incidenter tantum* non comporti l'attribuzione alle autorità di concorrenza del potere di applicare direttamente le sanzioni previste dal GDPR, né l'esercizio di una competenza concorrente rispetto a quella delle autorità di controllo. La competenza dell'autorità *antitrust* resta confinata all'ambito applicativo dell'articolo 102 TFUE e delle sanzioni previste dal Regolamento (CE) n. 1/2003¹⁰⁷⁶, evitando il rischio della violazione del principio del *ne bis in idem*, previsto all'articolo 50 della Carta¹⁰⁷⁷.

Al fine di evitare conflitti interpretativi e sovrapposizioni pregiudizievoli all'effettività dei due regimi normativi¹⁰⁷⁸, la Corte ha altresì delineato un articolato meccanismo di cooperazione procedurale tra autorità.

Anzitutto, stabilisce che le autorità garanti della concorrenza debbano obbligatoriamente consultare le autorità nazionali di protezione

¹⁰⁷³ Articolo 5 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, relativo all'attuazione delle norme sulla concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato («Competenze delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri»).

¹⁰⁷⁴ C. giust. UE, 4 Luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 37-43.

¹⁰⁷⁵ Si veda V. H. S. E. ROBERTSON, *Antitrust Law and Digital Markets: A Guide to the European Competition Law Experience in the Digital Economy*, in *The Routledge Handbook of Smart Technologies: An Economic and Social Perspective*, 2022; A. WITT, *Excessive Data Collection as a Form of Anticompetitive Conduct: The German Facebook Case*, in *The Antitrust Bulletin*, 2021.

¹⁰⁷⁶ Reg. (CE) n. 1/2003, cit.

¹⁰⁷⁷ Articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato «(d)iritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato, «(n)essuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge». Per analogia, C. giust. UE C-117/20, 22 marzo 2022, *bpost*, EU:C:2022:202, par. 42-50; P. HARRISON, M. ZDZIEBORSKA, B. WISE, *Ne Bis in Idem: The Final Word?*, reperibile al link <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/04/07/ne-bis-in-idem-the-final-word/>.

¹⁰⁷⁸ Per riprendere le parole dell'Avvocato Generale A. Rantos, al paragrafo 22 delle conclusioni in C-252/21, *Meta Platforms*, sottolinea che tale rischio di interpretazione è insito in ogni caso in cui l'autorità di concorrenza si trovi a valutare la legittimità di un comportamento a normative appartenenti a branche di diritto differenti.

dei dati personali ogniqualvolta si trovino a dover valutare condotte potenzialmente lesive del GDPR¹⁰⁷⁹. Tale obbligo di consultazione è previsto anche in assenza di un procedimento pendente da parte delle autorità *privacy* e implica, laddove necessario, la possibilità di richiedere chiarimenti o interpretazioni alle autorità competenti.

Il mancato riscontro da parte di queste ultime configura, secondo la Corte, una forma di silenzio-assenso, al fine di evitare stalli procedurali e garantire la certezza del diritto.

Nel caso in cui vi sia già stata una pronuncia da parte dell'autorità di protezione dei dati sulla medesima condotta, l'autorità *antitrust* è vincolata a tale valutazione e deve conformarsi ad essa per quanto attiene alla violazione del GDPR. Tuttavia, restano «*libere di trarne le proprie conclusioni sotto il profilo dell'applicazione del diritto alla concorrenza*»¹⁰⁸⁰, potendo cioè giungere a una conclusione distinta sotto il profilo dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE.

La Corte ammette, in questo modo, un'interpretazione flessibile dei rapporti tra concorrenza e protezione dei dati personali, evitando il rischio di decisioni antinomiche, salvaguardando al contempo l'autonomia delle autorità nei rispettivi ambiti.

Le indicazioni giurisprudenziali della Corte, sebbene prive per ora di una codificazione legislativa, pongono le basi per un futuro intervento normativo, che potrebbe concretizzarsi mediante una revisione congiunta del GDPR e del Regolamento (CE) n. 1/2003, al fine di istituzionalizzare in via legislativa il principio di cooperazione tra le autorità e garantire una piena effettività della tutela nei mercati digitali.

¹⁰⁷⁹ Questo lo si può desumere sulla scorta del fatto che la Corte ritiene la cooperazione e consultazione tra le autorità un'attività obbligatoria, fondata sul principio di leale cooperazione, articolo 4, paragrafo 3, TUE. Infatti, il lemma "deve" presente nei paragrafi 56-58 della sentenza in oggetto, indicherebbe al negativo, in caso di non ottemperanza di tale obbligo, l'improcedibilità di tale operazione. Inoltre, applicando lo stesso ragionamento al paragrafo 59, assumiamo che, qualora l'autorità di concorrenza non provveda a contattare l'autorità di protezione, o, riceva un parere ostativo all'esercizio di tale valutazione, l'autorità *antitrust*, per la dovuta primazia all'autorità del GDPR, quale unica autorità competente ai sensi degli articoli 51 e ss. GDPR, ha il divieto di proseguire con tale indagine.

¹⁰⁸⁰ C. giust. UE, 4 Luglio 2023, *Meta Platforms*, C-252/21, par. 56. In questo caso, replicando il ragionamento svolto in *Astrazeneca*, anche qualora l'impresa in posizione dominante sia conforme alle regole del Regolamento 679/2018 si potrebbe affermare l'abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE, su ragioni connesse.

5.6.1.3 *Le future implicazioni della cooperazione tra le autorità*

Il *dictum* della Corte di Giustizia sopra esposto tralascia di considerare alcune questioni, le quali potrebbero essere in futuro disciplinate da una eventuale cristallizzazione normativa. Non sono state codificate, ad esempio, le forme procedurali attraverso cui debba avvenire la richiesta di cooperazione, né le modalità di trasmissione e condivisione di informazioni riservate tra le autorità coinvolte.

Tale ambiguità può generare incertezze operative e potenziali contenziosi sulla validità delle decisioni assunte.

Al di là di tale questione, una presa di posizione su questioni procedurali-operative, è stata svolta dall'*European Data Protection Board* nel 2025¹⁰⁸¹.

A tal fine, ha avviato una consultazione pubblica e ascoltato esperti settoriali, nonché condotto una ricognizione interna finalizzata a valutare le modalità di interazione tra autorità garanti della concorrenza e autorità di controllo in materia di protezione dei dati.

L'obiettivo dichiarato di tale attività è porre le basi per l'adozione di un modello di coordinamento stabile e formalizzato tra le due autorità, al fine di garantire un'applicazione coerente e sinergica dei rispettivi quadri normativi. L'EDPB riconosce la possibilità di due livelli di cooperazione: da un lato, una cooperazione informale, realizzabile mediante consultazioni *ad hoc*, in particolare nel contesto di procedimenti amministrativi, indagini settoriali, o in presenza di aree di competenza sovrapposte, la quale dovrebbe essere attivabile *case by case*, sulla base di eventuali indagini pendenti dinanzi alle autorità *antitrust*. Dall'altro, indica una cooperazione regolare, coordinata e strutturata, volta a rafforzare la risposta delle autorità alle sfide generali dell'economia dei dati¹⁰⁸².

¹⁰⁸¹ European Data Protection Board (EDPB), *Position paper on Interplay between data protection and competition law*, op. cit.

¹⁰⁸² *Ibidem*, par. 20. Si riferisce che questi possano avvenire in protocolli di cooperazione, dichiarazioni congiunte o memorandum d'intesa redatti congiuntamente. Tali accordi, che non sono necessariamente giuridicamente vincolanti, specificano modalità quali seminari congiunti, corsi di formazione, eventi, riunioni periodiche e condivisione delle migliori pratiche.

In quest'ottica, il *Board* suggerisce l'adozione di misure organizzative interne, sollecitando i legislatori nazionali ad intervenire consapevoli della «*of the need for regulatory authorities and bodies to cooperate more closely in the digital sector*»¹⁰⁸³, potrebbero prevedere l'adozione di misure interne come «*setting up a dedicated team to coordinate cooperation tasks and to act as a single point of contact for other authorities, could promote cooperation with other supervisory authorities*»¹⁰⁸⁴.

Tale unità avrebbe il compito di promuovere la cooperazione strutturata, facilitare lo scambio di informazioni e coordinare le attività relative alle indagini congiunte o parallele.

Se l'orientamento è quello di consolidare una cooperazione tra autorità garanti della concorrenza e autorità per la protezione dei dati personali, con l'obiettivo di una più ampia applicazione integrata dei rispettivi quadri normativi, ciò comporta inevitabilmente un mutamento strutturale e operativo nelle competenze richieste a ciascuna autorità. La pronuncia della Corte di giustizia del 2023, nel legittimare tale cooperazione, implica infatti una maggiore osmosi tra i due sistemi, il che esige da entrambi i versanti istituzionali una profonda conoscenza dei principi e delle regole che li governano.

Le autorità *antitrust*, storicamente affiancate da economisti e tecnici esperti nell'analisi del mercato, dovranno sviluppare o potenziare competenze specifiche in materia di trattamento dei dati personali, *privacy* e struttura del GDPR. Tale evoluzione è già visibile nei più recenti orientamenti della DG COMP, che si è dotata di nuove competenze interne orientate a interpretare fenomeni economici attraverso la lente della protezione dei dati.

Allo stesso modo, si auspica che i funzionari incaricati dell'*enforcement* del diritto *antitrust* acquisiscano familiarità non solo con i meccanismi dell'economia digitale, ma anche con i diritti e gli obblighi imposti dalla normativa sulla protezione dei dati personali.

¹⁰⁸³ *Ibidem*, par. 23.

¹⁰⁸⁴ *Ibidem*, par. 24.

In modo simmetrico, anche le autorità per la protezione dei dati sono chiamate a integrare il proprio approccio con una visione più consapevole delle dinamiche concorrenziali. Ad esempio, prima di avviare consultazioni con un'autorità garante della concorrenza, sarebbe opportuno che le autorità di protezione dei dati possedessero una comprensione di base delle categorie giuridiche *antitrust*: la nozione di mercato rilevante, i criteri di valutazione del potere di mercato, la struttura degli abusi e le dinamiche competitive nei contesti digitali¹⁰⁸⁵.

L'obiettivo condiviso è favorire una cooperazione intersettoriale effettiva, in grado di rafforzare la tutela degli interessati e degli utenti finali. In un contesto in cui i dati personali rappresentano una risorsa economica fondamentale per lo sviluppo delle imprese digitali, la costruzione di sinergie tra i due regimi normativi può migliorare sensibilmente l'efficacia della regolazione. In particolare, risulta essenziale una comprensione più profonda delle interrelazioni concettuali e operative tra categorie *antitrust* e principi del GDPR. Solo attraverso un dialogo strutturato e un progressivo allineamento metodologico, sarà possibile garantire un'applicazione coerente ed efficace delle norme a tutela del consumatore, della concorrenza e della dignità digitale della persona.

5.6.2 I profili sostanziali: la protezione dei dati personali è una questione di concorrenza?

5.6.2.1 *L'abuso di posizione dominante e le sue interpretazioni estensive*

Conclusasi la fase di avallo procedurale dell'interazione tra le due normative, il secondo profilo rilevante attiene al profilo sostanziale.

Come si è avuto modo di illustrare, la teoria del danno elaborata nel caso *Meta/Bundeskartellamt* muove dalla premessa per cui una condotta consistente nella violazione del Regolamento (UE) 2016/679, possa integrare una forma di abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE.

¹⁰⁸⁵ *Ibidem*, par. 24.

Ovviamente, l'applicazione del diritto della concorrenza in siffatta ipotesi è possibile solo e se questo determini un danno *antitrust*, al mercato o, ai consumatori¹⁰⁸⁶.

Fino a questo momento, né la normativa europea in materia di concorrenza né la giurisprudenza della Corte di Giustizia avevano mai riconosciuto esplicitamente una violazione del GDPR o, una violazione normativa, quale parametro autonomo sufficiente a fondare un abuso anticoncorrenziale ai sensi dell'articolo 102 TFUE.

La questione rimaneva aperta sin dal dibattito dottrinale avviato nel 2016: la *privacy* è un problema di concorrenza?

Dopo l'illustrazione dei casi in cui la Commissione europea ed anche la Corte si erano espresse applicando i due regimi in maniera disgiunta¹⁰⁸⁷, la sottoposizione alla Corte di tale questione pregiudiziale risulta assolutamente necessaria, nonché di fondamentale importanza per la tesi sostenuta in questa ricerca.

Nei capitoli precedenti si è fornita una ricostruzione teorica idonea a dimostrare che una convergenza tra le due normative non solo è possibile, ma è altresì auspicabile, alla luce dei profondi “legami familiari” che intercorrono tra le due discipline nel contesto dei mercati digitali. Il diritto della concorrenza, in particolare, può acquisire maggiore efficacia laddove integri nell'analisi delle condotte imprenditoriali anche le dimensioni della *privacy* e del trattamento dei dati personali.

Poiché la domanda pregiudiziale rivolta alla CGUE si basa sull'articolo 102 TFUE, è necessario ricordare che questo non contiene un elenco esaustivo di pratiche abusive, bensì una clausola generale aperta all'interpretazione giurisprudenziale. In tal senso, la Corte ha chiarito sin dal caso *Continental Can* che l'elencazione delle pratiche abusive non è

¹⁰⁸⁶ Come affermato da Lamadrid, critico in questa impostazione interconnessa afferma, il diritto della concorrenza non è concepito, né è adatto, per affrontare problemi di non concorrenza. Tuttavia, dimostrando che la protezione della *privacy* e dei dati personali possa divenire un problema di concorrenza, allora dovrebbe applicarsi il diritto della concorrenza. Afferma tuttavia, che in alcuni casi la *privacy* può essere un parametro o una dimensione della concorrenza, e in questo senso potrebbe rientrare nell'ambito di applicazione del diritto della concorrenza. A. LAMADRID, S. VILLIERS, *Big data, privacy and competition law: do competition authorities know how to do it?*, op. cit., p. 5.

¹⁰⁸⁷ Si rimanda al capitolo quarto, nonché ai casi di concentrazione *Asnef/Equifax*, *Facebook/Whatsapp*, *Google/DoubleClick*.

tassativa e che anche condotte non espressamente menzionate possono essere qualificate come abusi qualora si riscontri un effetto lesivo per la concorrenza¹⁰⁸⁸.

Un abuso atipico è, tra l'altro, quello ravvisato nel caso *AstraZeneca*, in cui la Corte ha ritenuto che la conformità di una condotta a una normativa settoriale, in quel caso in materia di proprietà intellettuale, non esclude l'applicabilità degli articoli 101 e 102 TFUE¹⁰⁸⁹. Ricordando quanto già detto, la stessa CGUE ha avallato la possibilità di valutare «*la conformità di una condotta con una normativa specifica*» e che tale conformità «*non esclude l'applicabilità, a siffatto comportamento, degli articoli 101 e 102 TFUE*»¹⁰⁹⁰. Rispetto all'atipicità dell'articolo 102 TFUE, si deve ricordare la teoria generale secondo la quale, quando il legislatore utilizza i concetti giuridici indeterminati, ricorre alla tecnica “del rinvio” all'elaborazione dell'interprete sulla base delle fattispecie concrete a cui la norma è tenuta ad applicarsi. L'utilizzo di tali concetti è dovuto «*alla necessità di andare oltre una elencazione casistica delle singole ipotesi particolari*»¹⁰⁹¹: attraverso l'interpretazione, è possibile estrapolare nuove fattispecie «*al fine di permettere un adattamento delle decisioni alle circostanze particolari del singolo caso*»¹⁰⁹². Questo, svolge la fondamentale «*funzione (o comunque l'effetto) di consentire nel tempo e a tessuto normativo invariato un adeguamento del sistema giuridico*»¹⁰⁹³ alle mutate situazioni economiche e sociali¹⁰⁹⁴.

In un sistema come quello dell'Unione europea, il diritto della concorrenza si sviluppa in gran parte attraverso la prassi delle autorità e

¹⁰⁸⁸ C. giust. UE, *Europemballage Corporation e Continental Can Company*, C-6/72, ECLI:EU:C:1973:22, par. 26.

¹⁰⁸⁹ C. giust. UE, sentenza 6 dicembre 2012, C-457/10 P, *AstraZeneca/Commissione*, ECLI:EU:C:2012:770, par. 130-134.

¹⁰⁹⁰ *Ibidem*, par. 132 la Corte ha anche precisato che nella maggioranza dei casi, gli abusi di posizione dominante consistono in comportamenti legittimi alla luce di branche di diritto diverse dal diritto alla concorrenza.

¹⁰⁹¹ Cfr. P. ., *Clausole generali e diritto del lavoro* in giornate di studio AID-LASS 2014, Roma 29-30 maggio 2014, in *bollettinoadapt.it*.

¹⁰⁹² K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 223.

¹⁰⁹³ F. PEDRINI, *Le “clausole generali”. Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2013, p. 60.

¹⁰⁹⁴ Sul ruolo di riequilibrio sistematico svolto dagli organi giurisdizionali al fine di bilanciare la insufficiente capacità prescrittiva delle norme, M. MIDIRI, *Poteri pubblici e giurisdizione*, Torino, 2011, p. 14 e ss.

l'elaborazione giurisprudenziale. In tal senso, il sistema si avvicina ai modelli giurisdizionali di *common law*, in cui la decisione giudiziaria assume funzione normativa¹⁰⁹⁵.

La Corte è dunque stata chiamata a pronunciarsi su due profili essenziali, con una funzione normativa nel caso di specie: in primo luogo, se una violazione del GDPR possa un elemento da valutare nel contesto di un abuso di posizione dominante; in secondo luogo, se la *privacy* e la protezione dei dati possano qualificarsi come parametri competitivi rilevanti nell'analisi *antitrust*.

Pertanto, qualunque risposta a tali quesiti assume una valenza oltre al giudizio *a quo*, ponendosi come una regola giuridica (il precedente) a cui le autorità di concorrenza dovranno conformarsi nei casi futuri, analoghi o simili.

5.6.2.2 La violazione del GDPR come indizio per l'abuso di posizione dominante

Nel pronunciarsi sulla prima questione pregiudiziale, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha delineato un principio di portata sistematica. Ribadisce la costante giurisprudenza, chiarendo che, nell'ambito dell'analisi di una possibile violazione dell'articolo 102 TFUE, le autorità garanti della concorrenza debbano «*sulla base di tutte le circostanze del caso di specie, se il comportamento dell'impresa in posizione dominante abbia l'effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti e servizi, la conservazione del grado di concorrenza esistente o lo sviluppo di detta concorrenza*»¹⁰⁹⁶. In tale contesto, il trattamento dei dati personali

¹⁰⁹⁵ Su tale punto si veda W. RÖPKE, *Presupposti e limiti del mercato*, in *Le regole della libertà. Studi sull'economia sociale di mercato nelle democrazie contemporanee*, Bologna, 2010, p. 174.

¹⁰⁹⁶ C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 47, nonché C. giust. UE, sentenza 25 marzo 2021, C-152/19 P, *Deutsche Telekom/Commissione*, EU:C:2021:238, par. 41-42. Inoltre, C. giust. UE, 13 febbraio 1979, C-85/76, *Hoffmann-La Roche*, ECLI:EU:C:1979:36, «*la nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto quello di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti e servizi, (...), la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza*».

effettuato da Meta costituisce una delle circostanze rilevanti da considerare nella valutazione dell'eventuale abuso.

Pertanto, sul punto, la Corte ha infatti chiarito che:

«la conformità o la non conformità di tale comportamento alle disposizioni del GDPR, può costituire, se del caso, un importante indizio fra le circostanze del caso di specie, per stabilire se siffatto comportamento costituisca un ricorso a mezzi su cui s'impenna la concorrenza normale, nonché per valutare le conseguenze di una determinata pratica sul mercato o per i consumatori»¹⁰⁹⁷.

Tale affermazione segna un passaggio fondamentale nell'evoluzione del diritto della concorrenza dell'Unione, riconoscendo il Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) come parametro normativo che, seppur esterno al diritto *antitrust* in senso stretto, può essere rilevante nell'ambito della verifica di un abuso di posizione dominante.

La violazione delle disposizioni del GDPR non determina automaticamente la sussistenza dell'abuso¹⁰⁹⁸: essa rappresenta un indizio, tra gli altri, la cui rilevanza deve essere valutata alla luce degli effetti concreti prodotti sul mercato o sui consumatori.

In altri termini, l'autorità garante della concorrenza, nell'ambito della valutazione di abuso deve esaminare, *incidenter tantum*, la compatibilità di un comportamento di mercato con le disposizioni normative sulla protezione dei dati personali. Tale esame può fornire elementi sintomatici di uno sfruttamento illecito della posizione dominante, in quanto fondato su pratiche estranee alla concorrenza fondata sul merito, come stabilito dalla giurisprudenza consolidata della Corte¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁷ C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 47.

¹⁰⁹⁸ P. MANZINI, *Antitrust e Privacy: La Strana Coppia*, in MANZINI, *I Confini Dell'antitrust: Diseguaglianze Sociali, Diritti Individuali, Concorrenza*, op. cit. p. 206, dove si legge anche «È ben noto che, in base all'art. 2 del regolamento n. 1/2003, la prova di un'infrazione delle norme antitrust del trattato deve essere fornita dalla parte o dalla autorità che asserisce l'infrazione. Nondimeno, ai sensi dell'art. 5 del RGPD è al titolare del trattamento che incombe l'onere di dimostrare che i dati personali sono raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime e che essi sono trattati in modo lecito, corretto e trasparente nei confronti dell'interessato. Pertanto, in concreto, laddove la procedura di accertamento di un'infrazione antitrust abbia quale "importante indizio" l'inosservanza della privacy un qualche cortocircuito probatorio sembra emergere: l'importante indizio è infatti fornito dall'incapacità del titolare del trattamento di provare la liceità del suo operato, mentre dovrebbe essere individuato in positivo dalla autorità garante per la concorrenza».

¹⁰⁹⁹ C. giust. UE, sentenza 4 febbraio 1978, C-27/76, *United Brands*, EU:C:1978:22, par. 249.

Il trattamento illecito dei dati personali, seppure configurabile, in prima battuta, come una violazione settoriale ai sensi del GDPR, può concorrere a dimostrare l'esistenza di una condotta abusiva vietata dall'articolo 102 TFUE, qualora sia collegata ad effetti anticoncorrenziali.

Come argomentato in dottrina, si ritiene che *«L'accertamento di una violazione antitrust basata, tra gli altri indizi, sul mancato rispetto delle norme sulla privacy degli utenti va qualificata come una violazione "per effetto"; tale dovrebbe essere il senso del riferimento alle conseguenze della pratica "sul mercato o per i consumatori"»*¹¹⁰⁰.

Pertanto, la condotta in questione deve aver compromesso la concorrenza nel mercato rilevante, o arrecato un danno ai consumatori. Dunque, sul piano esegetico, la violazione del GDPR può comportare o un abuso da esclusione dei concorrenti o un abuso da sfruttamento dei consumatori.

La Corte di Giustizia, in linea con le Conclusioni dell'Avvocato generale Rantos, ha voluto al contempo riaffermare la distinzione tra le competenze delle autorità preposte alla tutela della concorrenza e quelle delle autorità per la protezione dei dati personali. Ciascuna di esse agisce nel rispetto del proprio mandato normativo e persegue finalità autonome.

In particolare, l'obiettivo del diritto della concorrenza consiste nell'«*istituire un regime che sia atto a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno, ricorrendo a mezzi diversi da una concorrenza basata sul merito, tenuto conto anche delle conseguenze di un tale abuso per i consumatori di tale mercato*»¹¹⁰¹.

Questo è volto ad escludere, pacificamente, eventuali problematiche di *ne bis in idem*. Le eventuali sanzioni di abuso di posizione dominante per violazione del GDPR hanno l'obiettivo di sanzionare una condotta lesiva della concorrenza nel mercato interno; mentre, quelle ai sensi del GDPR, perseguono il diverso obiettivo di

¹¹⁰⁰ P. MANZINI, *Antitrust e Privacy: La Strana Coppia*, in MANZINI, *I Confini Dell'antitrust: Diseguaglianze Sociali, Diritti Individuali, Concorrenza*, op. cit. p. 205.

¹¹⁰¹ C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 64, in cui esplicita l'obiettivo dell'articolo 102 TFUE. Anche paragrafo 23, nota 18 delle Conclusioni AG Rantos, e giurisprudenza ivi citata.

tutelare la protezione dei dati a carattere personale e la libera circolazione degli stessi nel mercato interno.

5.6.2.3 Privacy come parametro competitivo

Rispetto alla *privacy* e a suo valore nell'analisi competitiva, dopo l'impostazione assunta in *Asnef/Equifax*, *Facebook/Whatsapp* e *Google/DoubleClick*, e, la parziale apertura in *Microsoft/LinkedIn*¹¹⁰², la Commissione europea, intervenuta nel giudizio in qualità di *amicus curiae*, afferma «*l'accesso ai dati personali e la possibilità di trattamento di tali dati sono diventati un parametro significativo della concorrenza fra imprese dell'economia digitale*», superando le l'impostazione secondo la quale la protezione dei dati personali non era da ritenersi un problema *antitrust*¹¹⁰³. Contestualizzando tale affermazione, i dati personali vengono qualificati innegabilmente come una risorsa strategica per il funzionamento e per il finanziamento delle piattaforme. Un'impresa dominante che raccolga e utilizzi i dati personali in violazione del GDPR crea o rafforza la posizione di dominio nel mercato, ostacolando l'accesso o la sopravvivenza di operatori concorrenti. Questo accade perché l'accesso esclusivo a volumi ingenti di dati consente all'impresa dominante di sviluppare servizi più sofisticati o meglio personalizzati, lasciando i concorrenti in una posizione di svantaggio competitivo, nell'impossibilità di fornire nel mercato il medesimo servizio non potendo raccogliere il medesimo quantitativo di dati e ottenere finanziamenti. In tale contesto, la violazione del GDPR può qualificarsi come un abuso di tipo escludente ai sensi del 102 TFUE, il quale contempla ipotesi di eliminazione o impedimento all'accesso al mercato per i concorrenti, compromettendo l'equilibrio competitivo dei mercati digitali.

Conclusivamente, la portata delle dichiarazioni contenute nella sentenza apre la strada a varie e possibili opzioni interpretative sulla *privacy* come parametro competitivo che verranno analizzate nel capitolo sesto.

¹¹⁰² Si rimanda al capitolo quarto.

¹¹⁰³ C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 51.

5.6.3 Il quesito opposto: le dinamiche concorrenziali sono rilevanti per il GDPR?

Se una violazione del GDPR può costituire un indizio importante per le ipotesi di abuso di posizione dominante, allora deve essere provata una violazione del GDPR.

Il giudice del rinvio, partendo dal presupposto che il consenso è effettivamente stato prestato dagli utenti, ritiene che non si possa metterne in discussione la volontarietà, la conoscenza ed il controllo dai dati da parte dell'utente. Afferma che *«(n)on ci sono prove che Facebook ottenga il consenso degli utenti mediante coercizione, pressione, sfruttamento di una debolezza o mezzi sleali»*, e *«il fatto che l'utilizzo di Facebook sia subordinato al consenso dell'utente per dati aggiuntivi non costituisce perdita di controllo, né un disagio per l'utente. Questo richiede di bilanciare i vantaggi derivanti dall'uso di un social network finanziato dalla pubblicità e gratuito con le conseguenze legate all'utilizzo di dati aggiuntivi da parte di Facebook»*¹¹⁰⁴. In questo caso è l'utente stesso che effettua tale valutazione secondo le sue personali preferenze; il fatto che gli utenti privati abbiano difficoltà a comprendere quali dati vengano trattati e come, non è conseguenza del potere di mercato di Meta.

È bene ricordare, come illustrato nei capitoli secondo e quarto, che il quadro normativo per la protezione dei dati personali è stato tradizionalmente considerato indipendente dalle dinamiche concorrenziali. Nella sua concezione e nell'articolazione degli obblighi imposti ai titolari del trattamento, il GDPR non attribuisce rilevanza al potenziale potere di mercato di tali soggetti.

Di conseguenza, le autorità di protezione dei dati non sono incaricate di valutare se un determinato mercato sia sufficientemente competitivo da offrire ai consumatori un'effettiva libertà di scelta, sia nella scelta tra servizi alternativi sia per quanto riguarda le modalità di consenso per il trattamento dei dati personali.

Tuttavia, mentre questo principio rimane valido, è altrettanto pertinente affrontare la domanda opposta: la concorrenza nel mercato e la

¹¹⁰⁴ OLG Düsseldorf, ordinanza del 26 Agosto 2019, causa VI-Kart 1/19 (V), p. 8 e ss.

posizione dominante delle piattaforme può essere una preoccupazione per le normative sulla *privacy* e sulla protezione dei dati personali?¹¹⁰⁵.

Con le questioni pregiudiziali dalla seconda alla sesta, la Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sulla possibilità che la posizione dominante dell'impresa vada a rilevare ai fini della valutazione del rispetto delle disposizioni del GDPR. Si prendono in considerazione elementi comuni ad entrambe le branche del diritto, quali il potere dell'impresa e lo squilibrio di potere, le asimmetrie informative, la natura e finalità commerciali del *business model* di Facebook/Meta e della necessità di tali dati per l'esecuzione del contratto, al fine di valutare se effettivamente la violazione del GDPR si sia verificata.

5.6.3.1 Il consenso e la libertà secondo la CGUE

Riguardo alla sesta questione pregiudiziale, la Corte di giustizia è stata chiamata ad esprimersi riguardo al consenso prestato dagli utenti per il trattamento dei dati personali, previsto articolo 6, paragrafo 1, primo comma lettera a)¹¹⁰⁶ e dei dati sensibili previsto dell'articolo 9, paragrafo 2, lettera a)¹¹⁰⁷ che riguarda il trattamento di categorie particolari di dati, al fine di valutare se lo stesso, possa essere considerato valido ai sensi dell'articolo 4 paragrafo 11¹¹⁰⁸, qualora l'impresa a cui il consenso è prestato occupi una posizione dominante nel mercato.

Nell'analisi della validità del consenso, la Corte fornisce indicazioni che sono parimenti importanti per il diritto *antitrust* e sia per il diritto alla protezione dei dati personali, sottolineando il nesso tra potere

¹¹⁰⁵ Si veda anche A. D'AMICO, *Market Power and the GDPR: Can Consent Given to Dominant Companies Ever Be Freely Given*, op. cit.

¹¹⁰⁶ Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR) art. 6 lett. a), il trattamento dei dati personali è lecito se e nella misura in cui l'interessato vi ha acconsentito per una o più finalità specifiche.

¹¹⁰⁷ *Ibidem*, art. 9 par. 1, «E' vietato trattare i dati personali che rivelino l'origine razziale, etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, l'appartenenza sindacale, i dati genetici, biometrici, i dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona». Il par. 1 non si applica se «l'interessato ha prestato il proprio consenso esplicito al trattamento di tali dati per finalità specifiche», par. 2.

¹¹⁰⁸ C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 140 e ss.

di mercato, il concetto di squilibrio di potere¹¹⁰⁹ e la pratica del raggruppamento del consenso¹¹¹⁰.

Infatti, ciò che viene messo in dubbio è se il consenso prestato dagli utenti sia valido quando prestato ad una impresa in posizione dominante, senza poter scegliere se accettare o meno, e riguardante congiuntamente la prestazione di dati personali generati dagli utenti all'interno della piattaforma e dei dati personali generati da attività esterne a Meta, prevedendo un unico consenso per tali operazioni di trattamento¹¹¹¹.

Richiamando la normativa rilevante, già analizzata nel capitolo secondo e quarto, l'articolo 4 paragrafo 11 per consenso intende una «manifestazione di volontà libera, specifica, informata ed inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile»¹¹¹² a che i suoi dati personali siano oggetto di trattamento.

Il considerando 43 del GDPR dispone che il consenso non è liberamente prestato qualora esista un evidente squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento.

L'articolo 7 paragrafo 4 del GDPR prevede che nel constatare se un consenso sia liberamente prestato, «si tiene nella massima considerazione, l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto (...) sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessari all'esecuzione del contratto»¹¹¹³.

Infine, il considerando 42 del GDPR prevede che il consenso non è liberamente prestato se l'interessato non è in grado di operare una scelta autenticamente libera, o è nell'impossibilità di rifiutare o revocare il consenso senza subire un pregiudizio.

Sulla base della fattispecie concreta era necessario accertare se, la posizione dominante dell'impresa, determinasse uno squilibrio di potere

¹¹⁰⁹ Difatti, le condizioni economiche o il potere dell'impresa non sono estranee al GDPR, potendo giocare un ruolo ai fini della libertà del consenso, Gruppo di lavoro Art. 29 sulla protezione dei dati personali, Linee guida in relazione al consenso ai sensi del Regolamento 2016/679.

¹¹¹⁰ Cfr. D. CONDORELLI, J. PADILLA, *Data-Driven Envelopment with Privacy-Policy Tying*, 2020, disponibile presso <https://ssrn.com/abstract=3600725> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3600725>.

¹¹¹¹ Si veda D. CONDORELLI, J. PADILLA, *Harnessing Platform Envelopment In The Digital World*, in *Journal of Competition Law & Economics*, p. 19 e ss.

¹¹¹² Regolamento (UE) 679/2016 (GDPR), art. 4, par. 11.

¹¹¹³ *Ibidem*, art. 7, par. 4.

tale da rendere il consenso invalido, sulla base della lettura coordinata delle precedenti disposizioni.

Riguardo a tale questione, la Corte ha preliminarmente chiarito che la posizione dominante di un'impresa *«non osta, di per sé, a che gli utenti di tale social network possano validamente acconsentire, ai sensi dell'articolo 4, punto 11, del RGPD, al trattamento dei loro dati personali effettuato da tale operatore»*¹¹¹⁴.

La Corte constata che la circostanza che l'impresa, in questo caso il *social network*, occupi una posizione dominante nel mercato, non osta di per sé a che gli utenti del *social network* possano validamente prestare il loro consenso ai sensi dell'articolo 4 paragrafo 11 del GDPR. Altrimenti, in questo caso, ogni consenso prestato ad una piattaforma in posizione dominante, sarebbe invalido, dovendo fare per forza affidamento sulle altre basi giuridiche previste ex art. 6 del GDPR.

Questo potrebbe indurre a ritenere che la tesi esposta nel capitolo quarto, rispetto al parametro dello squilibrio di potere ai sensi del GDPR ed alla sovrapposizione con la nozione di potere di mercato ai sensi del GDPR sia stata confutata dalla CGUE e, quindi, per ora non avallata.

Tuttavia, la Corte afferma che tale posizione costituisca *«un elemento importante per determinare se il consenso sia stato effettivamente prestato validamente e, in particolare, liberamente»*¹¹¹⁵. Infatti, la posizione dominante dell'impresa *«deve essere presa in considerazione nella valutazione della validità e, in particolare, della libertà del consenso prestato dall'utente di detto social network, in quanto essa può incidere sulla libertà di scelta di tale utente, il quale potrebbe non essere in grado di rifiutare o di revocare il suo consenso senza subire pregiudizio, come indicato dal considerando 42 del RGPD»*¹¹¹⁶ e *«da creare uno squilibrio evidente, ai sensi del considerando 43 del RGPD, tra l'interessato e il titolare del trattamento, squilibrio che favorisce, segnatamente, l'imposizione di condizioni che non sono strettamente necessarie all'esecuzione del contratto, il che deve essere preso in*

¹¹¹⁴ C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 147.

¹¹¹⁵ *Ibidem*, par. 154.

¹¹¹⁶ *Ibidem*, par. 148.

considerazione conformemente all'articolo 7, paragrafo 4, di tale regolamento»¹¹¹⁷.

Pertanto, la dominanza dell'impresa costituisce una circostanza che deve essere presa in considerazione nella valutazione della validità ed in particolare nella libertà del consenso, in quanto può incidere sulla libertà di scelta dell'utente, avallando la teoria precedentemente esposta, operando il dovuto distinguo sulla base delle circostanze e delle esigenze di validità del consenso per tutti i *social network*.

L'esistenza della posizione dominante è certamente in grado di integrare la fattispecie di "squilibrio" tra le parti, circostanza che favorisce l'imposizione di condizioni non strettamente necessarie per l'esecuzione del contratto¹¹¹⁸, quali sono i dati reperiti *Off-Facebook*.

Tuttavia, la Corte non si è espressa sulla violazione del GDPR da parte di Meta ma, ha fornito i principi cardine che il giudice che vincolano il giudice del rinvio nello svolgimento di tale valutazione; questi, ad ogni modo, sono pacificamente sovrapponibili a quanto detto dall'autorità tedesca nella prima decisione Facebook e sopra già valutati, rendendo difficile una impostazione divergente nella sentenza *a quo*.

Come dimostrato dalla decisione controversa, Meta, avendo una posizione dominante sul mercato ha un raggio di azione non controbilanciato da una concorrenza effettiva, che le permette di imporre agli utenti una accettazione del consenso unica sia per il trattamento dei dati necessari alla conclusione del contratto i quali potrebbero essere i dati forniti dall'utente sulla piattaforma, sia dati non necessari all'esecuzione del contratto, quali i dati *Off-Facebook* raccolti tramite *Facebook Business Tools*, interfacce integrate e *cookies*; gli utenti non possono rifiutare tale opzione, senza subire il pregiudizio di non poter utilizzare il *social network*.

Agli utenti deve essere garantita in ogni occasione la libertà di rifiutare individualmente la prestazione del proprio consenso ad operazioni di trattamento dei dati personali non necessari all'esecuzione del contratto senza essere come conseguenza del rifiuto, tenuti a rinunciare

¹¹¹⁷ *Ibidem*, par. 149.

¹¹¹⁸ *Ibidem*, par. 102-104 indicano che – fatte salve verifiche da parte del giudice nazionale – non risulta che il trattamento dei dati *off-Facebook* sia necessario all'esecuzione del contratto.

integralmente alla fruizione del servizio offerto dall'operatore del social network online.

Come ha giustamente osservato il Garante europeo della protezione dei dati (GEPD), «*quando il numero di operatori è limitato o quando un operatore è dominante, il concetto di consenso diventa sempre più illusorio*»¹¹¹⁹.

La sentenza della Corte afferma che la posizione dominante può compromettere la validità del consenso e influenzare le valutazioni sulla libertà di scelta degli utenti, essendo la dominanza un elemento che compromette una concorrenza effettiva, non permettendo agli utenti di rifiutare il proprio consenso senza subire un pregiudizio, quale quello di non poter accedere alla piattaforma. Pregiudizio ancora più severo, se si considera che a causa della dominanza di Facebook, non è presente alcun altro *social* a cui rivolgersi. Gli utenti, pertanto, non hanno scelta. Questo approccio rafforza la protezione degli utenti delle piattaforme digitali e mette in evidenza il nesso tra la protezione dei dati e il diritto della concorrenza¹¹²⁰.

5.6.4 I rimedi imposti e l'obiter dictum della CGUE: la legittimità dei paywall

Sulla base di quanto precede, la Corte di giustizia ha delineato i requisiti per le piattaforme online dominanti nella strutturazione dei termini e delle condizioni per il trattamento dei dati personali, al fine di garantire la validità del consenso ai sensi del GDPR.

Il consenso, per la Corte, deve essere “granulare”; gli utenti devono avere la possibilità di acconsentire separatamente al trattamento dei dati raccolti all'interno della piattaforma e di quelli provenienti da fonti esterne che non sono essenziali per l'esecuzione del contratto.

Questo approccio richiede che agli utenti venga fornita un'alternativa.

¹¹¹⁹ European Data Protection Board (EDPB), Preliminary Opinion, *Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: The Interplay between Data Protection, Competition Law and Consumer Protection in the Digital Economy*, cit., p. 35.

¹¹²⁰ Sul punto, anche OECD, *The intersection between competition and data privacy*, op. cit.

Le piattaforme devono offrire agli utenti che si oppongono a tale trattamento, la possibilità di registrarsi a un *social network* equivalente. L'unica distinzione risiede nella ridotta personalizzazione dei contenuti e della pubblicità, risultante dalla raccolta limitata di informazioni personali.

Non può non ravvisarsi che lo scopo di questo rimedio, altro non è che rafforzare la libertà di consenso e l'autodeterminazione degli interessati.

Ulteriormente, nel noto paragrafo 150 di tale sentenza, la Corte enuncia un concetto giuridicamente rilevante, che non può essere relegato ad un mero *obiter dictum*.

Quell'alternativa meno personalizzata, che non ha l'ampia raccolta di dati personali degli utenti, può essere offerta «*se del caso a fronte di un adeguato corrispettivo*»¹¹²¹. Pertanto, la Corte legittima indirettamente la pratica dei *paywall*, quali interfacce che consentono agli utenti di scegliere tra l'accesso gratuito al servizio, con la messa a disposizione dei propri dati personali per finalità pubblicitarie o, in alternativa, un abbonamento a pagamento che esclude tale trattamento per la pubblicità comportamentale.

La sentenza della Corte ha stabilito un quadro giuridico coerente per l'interazione tra i due settori del diritto. Tuttavia, quest'ultimo chiarimento della Corte ha creato ulteriore incertezza giuridica. L'alternativa tra il pagamento di un corrispettivo e la prestazione del consenso per il trattamento dei dati personali, mette in discussione la libertà di consenso dell'utente. Inoltre, solleva dubbi in termini di diritti fondamentali, per l'eventuale equiparazione tra dati personali e denaro e per l'adeguatezza del livello di commissione imposto dalle piattaforme online. Questi problemi si sono concretizzati con l'entrata in vigore del regolamento (UE) 2022/1925, come *Digital Markets Act* (DMA)¹¹²².

¹¹²¹ C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 150.

¹¹²² Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo ai mercati contestabili ed equi nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (*Digital Markets Act*). Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 265, 12 ottobre 2022, pp. 1–66; P. MANZINI, *Equità E Contendibilità Nei Mercati Digitali: La Proposta Di Digital Market Act*, AISDUE, III (2021), Focus Servizi E Piattaforme Digitali, N. 2, 2021 Annali AISDUE, ISSN 2723-9969.

Sebbene qui affrontato sommariamente, su tale punto ci si tornerà successivamente, nel capitolo ottavo.

5.7 Conclusione

Con tale decisione, che possiamo definire storica, la Corte di Giustizia supera l'approccio disgiunto tra diritto della concorrenza e protezione dei dati personali che ha dominato dal 2006. Si ricorda come, nel caso *Asnef Equifax*¹¹²³, la stessa Corte di giustizia, abbia dichiarato: «eventuali questioni relative alla sensibilità dei dati personali non sono, in quanto tali, una questione di diritto della concorrenza, ma possono essere risolte sulla base delle disposizioni pertinenti che regolano la protezione dei dati»¹¹²⁴.

Qualche anno dopo, chiamata a pronunciarsi sulla possibilità che un abuso di posizione dominante sia fondato sulla violazione del GDPR, la Corte afferma: «la conformità o la non conformità di tale comportamento alle disposizioni del GDPR, può costituire, se del caso, un importante indizio fra le circostanze del caso di specie, per stabilire se siffatto comportamento costituisca un ricorso a mezzi su cui s'impenna la concorrenza normale, nonché per valutare le conseguenze di una determinata pratica sul mercato o per i consumatori»¹¹²⁵.

Tale affermazione segna un passaggio fondamentale nell'evoluzione del diritto della concorrenza dell'Unione, riconoscendo il Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) come parametro normativo che, seppur esterno al diritto *antitrust* in senso stretto, può essere rilevante nell'ambito della verifica di un abuso di posizione dominante.

Dall'altro, rispetto alla *privacy* e a suo valore nell'analisi competitiva, la Commissione europea, intervenuta nel giudizio in qualità di *amicus curiae*, afferma «l'accesso ai dati personali e la possibilità di trattamento di tali dati sono diventati un parametro significativo della

¹¹²³ Commissione europea, decisione COMP/M.3905, *Asnef/Equifax*, 19 marzo 2006,

¹¹²⁴ C. giust. UE, 23 novembre 2006, causa C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios*, ECLI:EU:C:2006:734, par. 63.

¹¹²⁵ C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 47.

*concorrenza fra imprese dell'economia digitale*¹¹²⁶, superando le l'impostazione secondo la quale la protezione dei dati personali non fosse da ritenersi un problema *antitrust*.

La valutazione della conformità di una pratica di una impresa dominante al GDPR, al fine di valutare “le conseguenze sul mercato o per i consumatori” doveva necessariamente essere preceduta dall'attribuzione di competenza alle autorità di concorrenza. La Corte dispone che l'autorità di concorrenza, nell'ambito dell'esercizio delle proprie funzioni e purché ciò sia funzionale all'analisi di una possibile violazione di concorrenza¹¹²⁷, «debba» valutare «la conformità o non conformità di detto comportamento alle disposizioni del GDPR»¹¹²⁸, prevedendo anche un'architettura di cooperazione tra le due autorità (di concorrenza e di protezione dei dati), al fine di evitare interpretazioni difformi e, precisando che la competenza dell'autorità *antitrust* resta confinata all'ambito applicativo dell'articolo 102 TFUE e delle sanzioni previste dal Regolamento (CE) n. 1/2003¹¹²⁹, evitando il rischio della violazione del principio del *ne bis in idem*, previsto all'articolo 50 della Carta¹¹³⁰.

Ulteriormente, si esprime anche sulla possibilità che la posizione dominante ricoperta da una piattaforma, che risulti essere titolare del trattamento, sia in grado di alterare la libertà dell'utente nella prestazione del consenso ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 11 del GDPR. la Corte afferma che tale posizione costituisca «un elemento importante per determinare se il consenso sia stato effettivamente prestato validamente e, in particolare, liberamente»¹¹³¹. Infatti, la posizione dominante

¹¹²⁶ C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 51.

¹¹²⁷ Articolo 5 del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, relativo all'attuazione delle norme sulla concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato («Competenze delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri»).

¹¹²⁸ C. giust. UE, 4 Luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 37-43.

¹¹²⁹ Reg. (CE) n. 1/2003, cit.

¹¹³⁰ Articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, rubricato «(d)iritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato, «(n)essuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge». Per analogia, C. giust. UE C-117/20, 22 marzo 2022, *bpost*, EU:C:2022:202, par. 42-50; P. HARRISON, M. ZDZIEBORSKA, B. WISE, *Ne Bis in Idem: The Final Word?*, reperibile al link <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/04/07/ne-bis-in-idem-the-final-word/>.

¹¹³¹ *Ibidem*, par. 154.

dell'impresa «deve essere presa in considerazione nella valutazione della validità e, in particolare, della libertà del consenso prestato dall'utente di detto social network, in quanto essa può incidere sulla libertà di scelta di tale utente, il quale potrebbe non essere in grado di rifiutare o di revocare il suo consenso senza subire pregiudizio, come indicato dal considerando 42 del RGPD»¹¹³² e «da creare uno squilibrio evidente, ai sensi del considerando 43 del RGPD, tra l'interessato e il titolare del trattamento, squilibrio che favorisce, segnatamente, l'imposizione di condizioni che non sono strettamente necessarie all'esecuzione del contratto, il che deve essere preso in considerazione conformemente all'articolo 7, paragrafo 4, di tale regolamento»¹¹³³.

Con tale decisione, dunque si afferma che l'applicazione disgiunta dei due settori del diritto dell'Unione non è efficace per la repressione delle condotte nei mercati digitali europei¹¹³⁴. La violazione del regolamento GDPR assume dunque la valenza di un *benchmark* normativo per la valutazione delle ipotesi di abuso di posizione dominante¹¹³⁵ e la valutazione di tale violazione può essere svolta dalle stesse autorità di concorrenza.

Una frase della Corte di Giustizia nella sentenza Meta è particolarmente emblematica e, forse risolutiva per questa prima fase della ricerca:

«escludere le norme in materia di protezione dei dati personali dal contesto giuridico che le autorità garanti della concorrenza devono prendere in considerazione in sede di esame di un abuso di posizione dominante ignorerebbe la realtà di tale evoluzione economica e potrebbe

¹¹³² *Ibidem*, par. 148.

¹¹³³ *Ibidem*, par. 149.

¹¹³⁴ P. MANZINI, *Antitrust e Privacy: La Strana Coppia*, in MANZINI, *I Confini Dell'antitrust: Diseguaglianze Sociali, Diritti Individuali, Concorrenza*, op. cit. p. 207, «In questa prospettiva l'affermazione della Corte rappresenta il pieno riconoscimento giudiziale di uno dei caratteri principali dei moderni mercati digitali».

¹¹³⁵ Questo anche sulla scorta del fatto che la nozione di abuso (di posizione dominante) non è chiaramente indicata né quali sono i suoi esatti confini, dovendo essere fondata ed individuata di volta in volta, calata nella fattispecie concreta. M. LIBERTINI, *Abuso del diritto e abuso di posizione dominante*, in *Rivista ODC*, 2018.

pregiudicare l'effettività del diritto della concorrenza all'interno dell'Unione»¹¹³⁶.

Tale affermazione implica la possibilità di un ampliamento dell'ambito di applicazione del diritto della concorrenza e permette di ripensarne categorie e criteri interpretativi. Poiché il giudice dell'Unione non ha ancora delineato compiutamente i confini di questo rapporto, si apre lo spazio per un'interpretazione evolutiva (ammessa ai sensi delle maglie larghe del 102 TFUE) che consenta di precisare il ruolo dei valori non economici, fra cui la protezione dei dati e la *privacy*, nell'analisi dell'abuso di posizione dominante.

La Corte di Giustizia traccia, difatti, i punti cardinali per tale interconnessione; tuttavia, non si è pronunciata, sulle teorie del danno che sottendono a tali abusi e, per quanto qui interessa, nell'abuso di posizione dominante da sfruttamento.

Pertanto, i sentieri da percorrere per la ricaduta pratica sulle decisioni delle autorità di concorrenza e le teorie del danno ai sensi dell'articolo 102 del TFUE, non sono state sviluppate. Dunque, l'attualizzazione di tali principi (partendo da tale apertura e spingendosi oltre) verrà svolta nel capitolo successivo, ponendo anche l'accento sull'impostazione teorica sviluppata dal BHG nell'individuazione del consumatore come sovrano del mercato e l'approccio ordoliberal alla scelta del consumatore.

¹¹³⁶ C. giust. UE, 4 Luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 51.

CAPITOLO VI - Ripensare al diritto della concorrenza nei mercati digitali

6.1 Introduzione

Fino a tempi relativamente recenti, la tutela dei dati personali era per lo più esclusa dall'ambito di indagine delle autorità garanti della concorrenza. Tuttavia, come illustrato nel capitolo quinto, la Corte di giustizia ha riconosciuto la necessità sottostante, consacrando un approccio integrato tra i due settori del diritto.

L'accesso ai dati personali e la possibilità del loro trattamento sono divenuti un parametro rilevante della concorrenza tra imprese nell'economia digitale, tanto che escludere le norme in materia di protezione dei dati personali, nel contesto fattuale e giuridico che le autorità garanti della concorrenza devono prendere in considerazione in sede di esame di un abuso di posizione dominante, «*ignorerebbe la realtà di tale evoluzione economica e potrebbe pregiudicare l'effettività del diritto alla concorrenza all'interno dell'unione*»¹¹³⁷.

Nonostante tali precisazioni di fondamentale rilievo, che corroborano la tesi sostenuta nella presente ricerca, la Corte di giustizia non si è pronunciata sul modo in cui la *privacy* possa essere effettivamente integrata nel più ampio quadro del diritto *antitrust*¹¹³⁸.

Pertanto, lo scopo del presente capitolo, è rendere operativa la rilevanza della *privacy* nel diritto della concorrenza applicati ai mercati *zero-price*.

È bene premettere che, tale teorizzazione, non ambisce a disarticolare i principi fondativi del diritto della concorrenza, né a confutare aprioristicamente la sua configurazione tradizionale imperniata sulla riduzione dei prezzi; bensì, è finalizzata ad adattare le categorie

¹¹³⁷ C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 51.

¹¹³⁸ Questo è ravvisabile nella domanda pregiudiziale sollevata dalla Corte d'Appello di Düsseldorf, la quale non ha posto (direttamente) questioni relative alla teoria del danno elaborata e dell'inclusione di questa all'interno dell'articolo 102, lett. a) del TFUE. Si veda C-252/21 - Oberlandesgericht Düsseldorf - Domanda di pronuncia pregiudiziale, depositata in data 22/04/2021, *Meta Platforms e a. (Conditions générales d'utilisation d'un réseau social)*, ai sensi dell'articolo 267 TFUE. Si veda sul punto, W. KERBER, K. ZOLNA, *The German Facebook Case: The Law and Economics of the Relationship Between Competition and Data Protection Law*, op. cit.. Gli A. sostengono che «(t)echnically, the Facebook decision by the CJ was neither a competition law decision, nor did it endorse privacy as a competition law goal».

antitrust e renderle operativi nei mercati digitali *zero-price*, in modo giuridicamente cogente e metodologicamente solido.

Come commentano Kira, Sinha e Srinivasan, «*there is a growing consensus that competition is not one click away, and the rules and tools that have regulated analog markets need to change to be fit for purpose in the digital age*»¹¹³⁹.

Nello specifico, si elabora una costruzione teorica volta ad inquadrare la protezione dei dati e la *privacy* nei parametri di concorrenza stabiliti, in particolare nella forma di “qualità” del servizio e nell’ambito della “scelta” del consumatore.

Poste tali premesse, si procederà a teorizzare metodologie adeguate e misurazioni alternative per il calcolo del mercato rilevante, al fine di individuare correttamente le pressioni competitive nei mercati *zero-price*, individuando forme di potere di mercato nel versante del mercato “gratuito”, quello dei consumatori digitali. La questione si presenta complessa, i parametri tradizionali e gli strumenti analitici tradizionali sono incentrati sul prezzo; si cercherà, dunque, di superare i limiti delle metriche convenzionali.

Ulteriormente, nella seconda parte del capitolo, ci si soffermerà sull’elaborazione delle teorie del danno relative all’abuso di posizione dominante, con particolare attenzione alle pratiche di sfruttamento dei consumatori digitali. A tal fine, si farà riferimento alla giurisprudenza europea in materia (articolo 102 TFUE), includendo i principi affermati nella sentenza *Meta Platforms* (C-252/21), al fine di delineare un quadro teorico generale che consenta di individuare le forme di pregiudizio concorrenziale proprie dell’economia dei dati e di colmare il vuoto attualmente esistente nella *soft law* dell’Unione in materia di abusi di posizione dominante da sfruttamento.

Prima di procedere, è bene chiarire il ruolo del GDPR nell’ambito dell’analisi *antitrust*. La disciplina in materia di protezione dei dati personali, pur assumendo una crescente rilevanza nei mercati digitali, non può essere automaticamente elevata a criterio concorrenziale. Sebbene la

¹¹³⁹ B. KIRA, V. SINHA, S. SRINIVASAN, *Regulating digital ecosystems: bridging the gap between competition policy and data protection*, in *Industrial and Corporate Change*, 2021, pp. 1337–1360.

violazione del GDPR possa costituire un indizio della presenza di pratiche abusive o di condizioni contrattuali non eque, essa non coincide di per sé con un pregiudizio concorrenziale. Una violazione del GDPR, pertanto, non coincide automaticamente con un danno concorrenziale né può sostituire l'accertamento degli effetti richiesto dagli artt. 101 e 102 TFUE. Questa distinzione è essenziale per preservare la coerenza sistemica tra *privacy* e *antitrust*, evitare sovrapposizioni fra autorità e impedire che l'*enforcement* concorrenziale si trasformi surrettiziamente in un meccanismo parallelo di vigilanza sulla protezione dei dati.

Tuttavia, qualora non ci fosse un quadro di riferimento sul modo in cui la protezione della privacy nelle analisi competitive, le imprese non avrebbero una cornice chiara di cosa sia o non sia concorrenza normale e concorrenza nel merito. Le piattaforme sarebbero incentivate a ridurre progressivamente la *privacy* degli utenti al fine di ottenere un vantaggio indebito a danno dei consumatori (e, concorrenti).

Dunque, la teorizzazione della *privacy* del diritto della concorrenza deve avvenire ma sono comunque necessarie cautele e contemperamenti sulla base del caso specifico.

6.2 L'approccio incentrato sul prezzo e l'inadeguatezza nei mercati digitali

Prima di affrontare le questioni centrali oggetto della presente analisi, è opportuno formulare alcune premesse metodologiche e ripercorrere i concetti fondamentali esaminati nelle sezioni precedenti, al fine di fornire un quadro di riferimento per la comprensione delle problematiche che seguiranno.

Come argomentato da Iacovides e Stylianou, sebbene la concezione economica del diritto della concorrenza sia ben consolidata¹¹⁴⁰ «*cracks have started to emerge*»¹¹⁴¹. L'adesione alle teorie economiche per

¹¹⁴⁰ M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il Diritto Antitrust*, op. cit., p. 78 e ss; P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Giappichelli, 2023, p. 1 e ss. Per una trattazione dei principali casi europei in materia antitrust intercorsi fino ad ora si veda P. MANZINI, *Casi e materiali di diritto antitrust europeo*, Giappichelli editore, 2021.

¹¹⁴¹ Si veda quanto affermato in K. STYLIANOU, M. IACOVIDES, *The New Goals Of EU Competition Law: Sustainability, Labour Rights, And Privacy*, op. cit., p. 2.

determinare l'anti-concorrenzialità di una condotta ha portato a ritenere (erroneamente) che, in assenza di un prezzo monetario non potessero configurarsi né veri e propri mercati né, conseguentemente, ipotesi di esercizio abusivo di potere di mercato¹¹⁴².

Il prezzo è stato storicamente considerato il principale indicatore attraverso cui valutare una condotta potenzialmente anticoncorrenziale, muovendo dal presupposto che i consumatori siano interessati prevalentemente, se non esclusivamente, all'acquisto di prodotti a prezzi contenuti. Nei mercati digitali *zero-price*, dove i prodotti sono offerti senza una controprestazione in denaro, gli interessi dei consumatori dovrebbero essere soddisfatti.

Nel paradigma classico di concorrenza, i beni e i servizi sono scambiati a fronte del pagamento di un corrispettivo in denaro e, le preoccupazioni che hanno animato le prime applicazioni del diritto della concorrenza si fondavano sull'idea che una volta conseguito il monopolio, l'impresa, non più soggetta alla pressione competitiva, avrebbe avuto l'incentivo ad aumentare i prezzi per massimizzare i profitti¹¹⁴³.

Tale impostazione mostra tuttavia un evidente limite se applicata all'economia dei dati. Nei mercati digitali, l'accesso ai servizi avviene a titolo gratuito dal punto di vista monetario; mentre non si configura come privo di un qualsivoglia corrispettivo, se si considera che per l'accesso al servizio gli utenti devono fornire i propri dati. Ciò sposta le premesse dell'analisi: mentre le imprese miravano in passato a massimizzare i ricavi tramite un aumento dei prezzi (es. in monopolio), ora le imprese (posta la rilevanza dei dati esposta nei capitoli precedenti) mirano a massimizzare i ricavi tramite un aumento della raccolta e dell'impiego commerciale dei dati personali degli utenti. Sono questi che attualmente costituiscono la

¹¹⁴² Si veda quanto detto nel capitolo quarto in merito alla decisione della Commissione europea sulla concentrazione *Facebook/Whatsapp* in cui non era stato considerato il mercato "gratuito" degli utenti che accedevano al servizio digitale. Cfr. Commissione Europea, decisione COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, 3 ottobre 2014.

¹¹⁴³ Si veda sul punto S. ALBAEK, *Consumer Welfare in EU Competition Policy*, op. cit.; V. DASKALVOLA, *Consumer Welfare in EU Competition Law: What Is It (Not) About?*, op. cit.

principale risorsa economica e la leva competitiva del loro modello di *business*¹¹⁴⁴.

Traslando l'approccio tradizionale alle strutture e dinamiche competitive dei mercati digitali, le imprese monopolistiche (gli ecosistemi, i data-poli o *gatekeeper* analizzati nel capitolo terzo) hanno l'interesse ad estrarre una quantità eccedente di dati personali e le modalità per realizzarlo, poiché privi di una concorrenza effettiva¹¹⁴⁵. Anche nei mercati *zero-price* si rischiano le conseguenze classicamente paventate dai monopoli tradizionali. Se non correttamente valutata tale fattispecie, vi è il rischio di trascurare significativi danni causati ai consumatori a dimensioni e valori differenti dal prezzo.

Nei mercati digitali, inoltre, i prezzi non sono ciò di cui i consumatori hanno bisogno per compiere la scelta tra servizi alternativi (ove presenti): si richiede la trasparenza delle condizioni di *privacy policy*, una piena fiducia del corretto trattamento dei dati personali, il controllo sui propri dati personali e identità digitali, la scelta effettiva su quanti e quali dati fornire, nonché la prestazione di un consenso libero, volontario e pienamente informato a che i dati personali siano oggetto di trattamento.

La centralità di questi aspetti emerge nel momento in cui i consumatori risultano particolarmente attenti a tali valori e, attribuiscono agli stessi un'importanza tale da considerarli alla stregua di un fattore di differenziazione orizzontale tra servizi digitali gratuiti differenti¹¹⁴⁶. Nei mercati digitali *zero-price*, le piattaforme si differenziano per elementi che

¹¹⁴⁴ Tale assunzione è indiscussa nella dottrina e ampiamente trattata in questa ricerca. A fini esemplificativi e non esaustivi sul punto, si rimanda A. EZRACHI, M. E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, op. cit.; K. STYLIANOU, M. IACOVIDES, *The New Goals Of EU Competition Law: Sustainability, Labour Rights, And Privacy*, op. cit.; J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, op. cit.

¹¹⁴⁵ Su tale punto si tornerà nella sezione II di tale capitolo.

¹¹⁴⁶ Si vedano i dati riportati dallo studio condotto da Cisco, *Data Transparency's Essential Role in Building Customer Trust*, 2022 Consumer Privacy Survey, giugno 2022, reperibile al link: https://www.cisco.com/c/dam/en_us/about/doing_business/trust-center/docs/cisco-consumer-privacy-survey-2022.pdf; Cisco, *Consumer Privacy Survey: The Growing Imperative of Getting Data Privacy Right*, 2019. Disponibile su: https://www.cisco.com/c/dam/global/en_uk/products/collateral/security/cybersecurity-series-2019-cps.pdf; si veda anche OECD, *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis: Key findings, summary and notes*, in OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No. 141, OECD Publishing, Paris, 2013.

esulano dal prezzo e che assumono un ruolo centrale nella dinamica competitiva. Tra questi, accanto all'innovazione e alle caratteristiche funzionali del servizio, uno dei principali fattori di distinzione è rappresentato dal livello di protezione e di sicurezza dei dati personali che ciascuna piattaforma è in grado di garantire agli utenti.

Pertanto, in un mercato in cui i servizi digitali appaiono formalmente “gratuiti” mentre il reale corrispettivo è rappresentato dalla cessione spesso inconsapevole dei propri dati personali, limitare l'analisi ai soli effetti sui prezzi risulta fuorviante rispetto alla reale dinamica competitiva, tralasciando che la “moneta” con cui tali servizi sono effettivamente scambiati, sono i dati personali degli utenti e la loro attenzione nelle piattaforme¹¹⁴⁷.

6.3 Le dimensioni della privacy e dei dati personali nel diritto antitrust moderno

Nel ripensare la politica di concorrenza nei mercati digitali, si deve partire dal definire il ruolo che i dati personali e la tutela della vita privata, assumono all'interno delle dinamiche di mercato. Nella trattazione, ci si potrà riferire al concetto di *privacy* come onnicomprensivo di questi aspetti (in particolare, di quelli trattati nel capitolo secondo)¹¹⁴⁸.

In primo luogo, i dati personali rappresentano un *input* essenziale per l'esercizio dell'attività economica delle imprese digitali e, al pari di qualsiasi altro fattore produttivo, svolgono un ruolo centrale nella

¹¹⁴⁷ Cfr. T. Wu, *Blind Spot: The Attention Economy and the Law*, Antitrust Law Journal, 2017. Così si esprime l'A. ritenendo che il corrispettivo per l'accesso ai servizi gratuiti è l'attenzione che si presta alle piattaforme, poiché dal tracciamento dei dati personali e dalle interazioni con le inserzioni pubblicitarie si producono veri e propri mercati redditizi (il lato *advertisement*). L'A. individua l'esistenza di veri e propri *attention broker* che rivedono le informazioni personali catturate dal monitoraggio delle attività degli utenti agli editori ed inserzionisti.

¹¹⁴⁸ OECD, *The intersection between competition and data privacy*, op. cit., p. 6, «(v)i è una crescente consapevolezza che, sebbene le leggi sulla privacy dei dati e sulla concorrenza facciano parte di un panorama normativo più ampio, interventi specifici in un settore politico possono migliorare o ostacolare gli obiettivi dell'altro. Esperti e commentatori hanno osservato che, per raggiungere i rispettivi obiettivi di ciascun settore, può essere importante incorporare nella propria valutazione fattori che tradizionalmente esulano da quella specifica area di intervento, considerando, ad esempio, la privacy dei dati come un parametro di qualità della concorrenza, o esaminando in che modo uno specifico requisito o misura in materia di privacy può influenzare l'ingresso nel mercato».

dinamica competitiva. Il controllo e la disponibilità di grandi volumi di dati possono infatti costituire una risorsa strategica, capace di determinare vantaggi competitivi significativi e di innalzare barriere all'ingresso, limitando l'accesso al mercato da parte di nuovi concorrenti.

In secondo luogo, i dati e la protezione della vita privata possono essere considerati un vero e proprio parametro competitivo non basato sul prezzo. Tale impostazione, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in *Meta Platforms* (C-252/21), richiede di essere adeguatamente elaborata sotto il profilo teorico. In particolare, possono distinguersi due diverse declinazioni di questo parametro: a) la *privacy* e la protezione dei dati personali come dimensione qualitativa dei prodotti e dei servizi offerti, che incide sulla percezione del valore da parte degli utenti e dunque sulla loro propensione a preferire una piattaforma rispetto a un'altra; b) la *privacy* come elemento diretto della scelta del consumatore, che può orientare la domanda verso operatori in grado di garantire *standard* più elevati di riservatezza e sicurezza.

Infine, in terzo luogo, la divulgazione dei dati personali da parte degli utenti può essere vista come un corrispettivo di natura non monetaria per l'accesso a servizi digitali che appaiono gratuiti dal punto di vista economico. In questo senso, la cessione dei dati sostituisce il prezzo tradizionale, costituendo un indicatore del costo effettivo sostenuto dall'utente.

Nella prima parte di questa trattazione si approfondiranno queste diverse impostazioni di natura teorica; successivamente, acclarata la rilevanza *privacy*, si procederà a formulare metriche adeguate al calcolo del mercato rilevante nei mercati *zero-price*, coerentemente alle teorizzazioni proposte.

6.4 Dati come input essenziale per la concorrenza

Nella prima parte della trattazione si analizzerà come la dinamica concorrenziale nei mercati digitali si fondi, in larga misura, sulla capacità delle piattaforme di acquisire e controllare un volume sempre crescente di dati, configurando una competizione *per* il mercato piuttosto

che *nel* mercato, in continuità con quanto esaminato in precedenza a proposito dei data-poli e degli ecosistemi digitali nel capitolo terzo.

I dati personali possono essere qualificati come un *input* essenziale per lo svolgimento dell'attività competitiva¹¹⁴⁹.

I dati personali svolgono una funzione fondamentale nei mercati digitali: le imprese che li detengono, tramite una raccolta estensiva ed un uso intensivo, possono 1) utilizzarli per aumentare o cristallizzare il proprio potere di mercato a scapito dei concorrenti; 2) utilizzarli per scopi commerciali, per migliorare prodotti o servizi o crearne di nuovi; 3) possono utilizzarli per pubblicità personalizzata¹¹⁵⁰.

Questi utilizzi dei dati personali possono spingere le imprese a realizzare *killer acquisitions*¹¹⁵¹, nonché abusi escludenti volti a favorire l'uscita dal mercato dei concorrenti e/o emarginare i potenziali rivali¹¹⁵².

¹¹⁴⁹ Il riconoscimento da parte della Corte di Giustizia rafforza ulteriormente questo aspetto, cfr C. giust., 4 luglio 2023, UE, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 51.

¹¹⁵⁰ J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, op. cit., p. 24. Tale scenario risulta amplificato dal fenomeno precedentemente analizzato degli effetti di rete, in base al quale l'aumento del numero di utenti comporta una crescita esponenziale del valore del servizio stesso, incentivando ulteriormente la raccolta di dati come mezzo per potenziare l'effetto rete e rafforzare posizioni dominanti già consolidate.

¹¹⁵¹ Il fenomeno delle *killer acquisition* risulta essere valutato su base settoriale; la Commissione europea si è di recente impegnata nell'analisi del fenomeno nel settore farmaceutico. Cfr. European Commission, *Ex-post evaluation, EU competition enforcement and acquisitions of innovative competitors in the pharma sector leading to the discontinuation of overlapping drug research and development projects*, 2024. Le *killer acquisition* sono ipotesi di concentrazione (precisamente, ipotesi di acquisizione) operate da parte di imprese dominanti (in questo caso digitali) verso imprese/piattaforme di minori dimensioni, come start-up innovative. La piattaforma dominante andrebbe a tutelare la propria posizione dominante, evitando che l'impresa competitor vada ad implementare soluzioni innovative che possano sovvertire le posizioni di dominio nel mercato; i consumatori verrebbero lesi da una ridotta innovazione e da una riduzione della scelta tra servizi differenti. Cfr. M. MOTTA, M. PEITZ, *Big Tech Mergers, Information Economics and Policy*, 2021. Alcuni autori hanno sottolineato che il fenomeno delle *killer acquisition* nel settore digitale non abbia, invece, indebolito la concorrenza. Cfr. M. IVALDI, N. PETIT, S. UNEKBAS, *Killer Acquisitions: Evidence from EC Merger Cases in Digital Industries*, in *Antitrust Law Journal*, 2025, pp. 647-695.

¹¹⁵² La letteratura è concorde nel ritenere la concorrenza per l'ottenimento dei dati personali degli utenti, possa spingere le imprese a adottare comportamenti escludenti nel mercato. Si riporta, a titolo esemplificativo J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, op. cit.. Inoltre, si sottolinea, come verrà in seguito sostenuto, che le ipotesi di abuso da sfruttamento dei consumatori siano volte a creare, negli effetti, l'esclusione dei concorrenti e/o l'innalzamento di barriere all'ingresso. Similmente, in letteratura si ritiene che l'abuso da sfruttamento "rinforzi" l'effetto escludente, S. Y. ESAYAS, *Data Collection and Unfair Privacy Policies as Forms of Abuse of Dominance*, in *Data Privacy and Competition Law in the Age of Big Data: Unpacking the Interface Through Complexity Science*, Oxford Data Protection & Privacy Law, 2024. La trattazione degli abusi da sfruttamento verrà svolta nella seconda sezione di tale capitolo.

In questo caso, gli ordinari strumenti di concorrenza possono essere applicati per affrontare tali pratiche anticoncorrenziali legate ai dati, trattando i dati come qualsiasi altro *input*, sebbene tenendo in considerazione le peculiarità che li caratterizzano. A tal proposito, si può portare l'esempio di quanto è accaduto nel 2023 quando la Commissione europea ha aperto un'indagine sulla proposta di acquisizione di *iRobot* (azienda leader nella produzione di elettrodomestici) da parte di Amazon; l'esecutivo ha espresso preoccupazioni rispetto al possibile accesso da parte di Amazon, dopo la fusione, ad un quantitativo di dati degli utenti posseduti da *iRobot*, i quali avrebbero potuto fornire ad Amazon un importante vantaggio nel mercato dei servizi *online*, sia rispetto ai servizi pubblicitari sia rispetto ai mercati relativi ai dati. Si legge che «*i dati di iRobot possono consentire ad Amazon di classificare meglio i risultati organici e gli annunci sul proprio mercato e/o di personalizzare e indirizzare meglio gli annunci, rendendo più difficile per i fornitori di mercato rivali abbinare i servizi del mercato online di Amazon. Pertanto, la transazione può sollevare barriere all'ingresso e all'espansione per i concorrenti di Amazon a scapito dei consumatori*»¹¹⁵³.

Analoghe considerazioni hanno guidato l'analisi della Commissione nel 2018 per l'acquisizione di *Shazam* da parte di *Apple*¹¹⁵⁴. Nell'analisi del caso, la Commissione ha sollevato preoccupazioni non solo sulla possibilità che la fusione potesse ridurre la scelta degli utenti dei servizi di *streaming* musicale¹¹⁵⁵, considerando altresì le restrizioni in relazione all'accesso ai dati da parte dei concorrenti. La concentrazione avrebbe unito *Shazam* (piattaforma leader nei servizi di riconoscimento musicale) e *Apple Music* (piattaforma di servizi di *streaming* musicale), da

¹¹⁵³ Commissione europea, Comunicato stampa, *Mergers: Commission opens in-depth investigation into the proposed acquisition of iRobot by Amazon*, 6 luglio 2023, reperibile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3702.

¹¹⁵⁴ Commissione Europea, decisione M.8788, *Apple/Shazam*, 6 settembre 2018.

¹¹⁵⁵ La commissaria Margrethe Vestager, responsabile della politica della concorrenza, ha dichiarato: «*Il modo in cui le persone ascoltano la musica è cambiato in modo significativo negli ultimi anni, con sempre più europei che utilizzano servizi di streaming musicale. La nostra indagine mira a garantire che gli appassionati di musica continuino a godere di interessanti offerte di streaming musicale e non affronteranno meno scelta a seguito di questa fusione proposta*» (traduzione mia). Cfr, European Commission, Press Release, *Mergers: Commission opens in-depth investigation into Apple's proposed acquisition of Shazam*, 2018.

cui quest'ultima otterrebbe l'accesso a dati commercialmente sensibili sui clienti dei suoi concorrenti per la fornitura di servizi di *streaming* musicale nel SEE. L'accesso a tali dati potrebbe consentire ad *Apple* di rivolgersi direttamente ai clienti dei suoi concorrenti e incoraggiarli a passare ad *Apple Music*. Di conseguenza, i servizi di *streaming* musicale concorrenti potrebbero essere messi in svantaggio competitivo.

Questo perché nel settore della pubblicità *online*, in cui tutte queste piattaforme sono attive per il finanziamento dei loro servizi gratuiti, l'accesso esclusivo a elevati volumi di dati consolida il potere delle grandi piattaforme (alimentando i cd. “giardini murati”¹¹⁵⁶), generando effetti di rete di portata tale da ostacolare l'ingresso di nuovi operatori¹¹⁵⁷. L'accesso ai dati, non di rado, costituisce il reale “*driver*” per competere nel mercato digitale, e la sua impossibilità rischia di innalzare barriere insormontabili ai danni delle realtà di mercato meno consolidate e ai competitor.

Le autorità garanti della concorrenza hanno condotto indagini settoriali sui mercati pubblicitari *online*¹¹⁵⁸, nonché sanzionato condotte anticoncorrenziali sui mercati pubblicitari¹¹⁵⁹, per comprendere meglio le condizioni concorrenziali e i potenziali problemi, essendo un settore piuttosto complesso.

¹¹⁵⁶ cfr. R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, op. cit., p. 412.

¹¹⁵⁷ Si veda European Commission, Commission Staff Working Document, Report From The Commission To The Council And The European Parliament, Final Report, *Sector Inquiry Into Consumer Internet Of Things*, {Com(2022), 19 Final}. Nel documento la Commissione analizza l'impatto delle tecnologie IoT e dei dati personali raccolti, concentrandosi negli effetti escludenti e nei ritorni economici.

¹¹⁵⁸ Nel 2024, la Commissione europea ha avviato una la “*Call for tenders: Online advertising at the crossroads of different regulatory frameworks*”, la quale mira a valutare l'impatto degli obblighi del DMA rispetto al settore pubblicitario. Il documento è disponibile a questo link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/funding/call-tenders-online-advertising-crossroads-different-regulatory-frameworks>, L'autorità garante della concorrenza tedesca, il Bundeskartellamt ha pubblicato un documento di indagine su tale settore nel 2022. Bundeskartellamt, *Sector inquiry online advertising, Report for public discussion*, 2022, disponibile a questo link: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/SectorInquiries/Sektor_inquiry_online_advertising_report_discussion_summary.html.

¹¹⁵⁹ Commissione europea, decisione COMP AT.40684, *Facebook Marketplace*, 4 giugno 2021. La Commissione europea ha inflitto a Meta un'ammenda di 797,72 milioni di euro per violazione delle norme antitrust dell'Unione europea, in quanto ha collegato il proprio servizio di annunci online, Facebook Marketplace, al *social network* personale Facebook, imponendo inoltre condizioni commerciali sleali agli altri prestatori di servizi di annunci online.

Quando si considerano i dati come risorsa o *input* nei mercati digitali, prima che venga preso in considerazione l'intervento sulla concorrenza, le autorità dovrebbero effettuare una valutazione specifica del caso della realtà e dell'entità del “vantaggio dei dati”, il che significa che devono esaminare caso per caso fino a che punto le prestazioni aziendali dipendono dal controllo dei dati e dall'analisi dei dati. Le autorità sono tenute a verificare la replicabilità dei dati di cui trattasi, la possibile acquisizione da fonti alternative, il grado di sostituibilità fra diverse tipologie di dati, la rapidità di obsolescenza e le reali esigenze di accesso da parte dei nuovi entranti¹¹⁶⁰.

Ad ogni modo, i dati personali come parametro competitivo, inteso come *input* essenziale per cui le imprese competono al fine di ottenere un quantitativo sempre maggiore, chiamano in causa le teorie di abuso di posizione dominante da esclusione e le ipotesi di concentrazione. Con gli accorgimenti di cui sopra, gli abusi da esclusione possono pacificamente essere ravvisati nei mercati digitali; sebbene tali considerazioni non siano direttamente applicabili agli abusi da sfruttamento qui di interesse, hanno una innegabile rilevanza.

Difatti, tali constatazioni rilevano nei casi in cui l'abuso da sfruttamento sia implementato in parallelo a pratiche da esclusione; la distinzione tra le due condotte è spesso labile in questi casi dove lo sfruttamento dei consumatori sia funzionale all'esclusione dei concorrenti come si è verificato nel caso *Meta/Bundeskartellamt*¹¹⁶¹. Su tale punto ci si tornerà successivamente.

In questo caso, assume rilevanza l'affermazione della Corte di Giustizia: *«l'accesso ai dati personali e la possibilità di trattamento di tali dati sono diventati un parametro significativo della concorrenza fra imprese dell'economia digitale»*¹¹⁶². Quest'affermazione, come sostenuto da Manzini, *«è ben più rilevante nei casi di abuso di esclusione piuttosto*

¹¹⁶⁰ Cfr. J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, op. cit.,

¹¹⁶¹ Nel caso in esame, l'Autorità di concorrenza tedesca configura entrambe le ipotesi: ravvisa un abuso da sfruttamento e, parallelamente, un abuso da esclusione. Queste due ipotesi di rafforzano reciprocamente e, in determinati casi, è anche complesso distinguerli. Si veda il capitolo quinto.

¹¹⁶² C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 51.

che in quelli- tra quali si può ascrivere la vicenda Meta/Facebook – di sfruttamento della stessa»¹¹⁶³. Pertanto, nelle sezioni 6.6 e seguenti, si elaborerà un'interpretazione dei parametri di concorrenza più ampia, comprensiva di questioni che riguardano direttamente il consumatore digitale.

6.5 La privacy come prezzo non monetario

La seconda modalità di concepire i dati personali e la *privacy* nel diritto della concorrenza, attiene alla concettualizzazione della divulgazione dei dati personali come il pagamento di un prezzo non monetario per l'utilizzazione di beni e servizi gratuiti¹¹⁶⁴.

In effetti, un filone crescente nella letteratura sottolinea che i dati personali rappresentino più di un mero elemento di qualità del prodotto o di scelta del consumatore. Piuttosto, i dati personali o la vita privata, costituiscono la controparte non monetaria che i consumatori pagano per l'utilizzo di beni o servizi gratuiti¹¹⁶⁵.

Di questo avviso è la stessa Commissione europea che in *Google Shopping* afferma «Sebbene gli utenti non paghino un corrispettivo monetario per l'utilizzo dei servizi di ricerca generale, contribuiscono alla monetizzazione del servizio fornendo dati con ogni query»¹¹⁶⁶. Ad avvalorare la tesi secondo la quale i servizi digitali non siano gratuiti ma che, invero, la remunerazione delle piattaforme è costituita dai dati personali non necessari per la creazione del servizio, è la sentenza

¹¹⁶³ Si veda sul punto P. MANZINI, *Antitrust e privacy: la strana coppia*, in MANZINI, *I confini dell'antitrust. Diseguaglianze sociali, diritti individuali, concorrenza*, op. cit., p. 207.

¹¹⁶⁴ Di questo avviso è l'OECD il quale ha ampliato l'ambito di applicazione della raccomandazione sulla protezione dei consumatori nel commercio elettronico per includere le “transazioni non monetarie” per riflettere l'importanza della protezione dei consumatori in questo contesto. Cfr. OECD, *Implementation Toolkit on Legislative Actions for Consumer Protection Enforcement Cooperation*, in *OECD Digital Economy Papers*, n. 310, OECD Publishing, Paris, 2021.

¹¹⁶⁵ Si veda, tra i molti, M. GAL, D. L. RUBINFELD, *The Hidden Costs of Free Goods: implication for antitrust enforcement*, op. cit.; J. M. NEWMAN, *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*, op. cit.; M. EBEN, *How Free Internet Services Challenge Traditional Antitrust Tools: Personal Data as a Price*, 2016; A. P. GRUNES, M. E. STUCKE, *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, op. cit., p. 4-6; M. E. STUCKE, A. EZRACHI, *When Competition Fails to Optimise Quality: A Look at Search Engines*, in *University of Tennessee Legal Studies Research Paper*, No. 268, 36, 2015.

¹¹⁶⁶ Commissione europea, decisione AT.39740, *Google Search (Shopping)*, 27 luglio 2017, par. 320.

Facebook del Consiglio di Stato. La Corte ha affermato che Facebook non è fuorviante qualificare il servizio come gratuito, poiché il consumatore paga attraverso la concessione dei propri dati personali. La Corte difatti ha ritenuto che il *claim* di Facebook in cui si manifestava la gratuità del servizio, costituisse pubblicità ingannevole, ordinando alla piattaforma la sua rimozione¹¹⁶⁷.

L'intuizione che la *privacy* costituisca il prezzo effettivo che i consumatori pagano nei mercati online è informata dal calcolo economico della *privacy*¹¹⁶⁸. Questo modello presuppone che i consumatori valutino i costi e i benefici della divulgazione di informazioni personali quando effettuano transazioni *online* o scelgono servizi online gratuiti con l'obiettivo di massimizzare i loro guadagni, ossia la differenza tra costi e benefici della divulgazione delle informazioni¹¹⁶⁹. Di conseguenza, si può fare riferimento alla quantità di dati personali da trasferire in cambio del servizio gratuito fornito come prezzo non monetario che i consumatori pagano quando utilizzano un bene o un servizio a prezzo zero¹¹⁷⁰.

Assumendo tale premessa, la diminuzione della protezione della vita privata e l'aumento dei dati personali condivisi deve essere considerata equivalente a un aumento del prezzo¹¹⁷¹.

Tuttavia, bisogna comprendere se i dati personali possano essere qualificati come “controprestazione non monetaria” e, nel caso, di quali dati personali si tratta.

Una prima indicazione ci è fornita direttamente dai legislatori europei.

Una non esplicita qualificazione dei dati personali come controprestazione di un servizio digitale, è prevista all'articolo 3, della direttiva (UE) 770/2019. La direttiva difatti si applica, «*nel caso in cui l'operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale*

¹¹⁶⁷ Si veda, Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 2631 del 29 marzo 2021.

¹¹⁶⁸ T. DINEV, P. HART, *An Extended Privacy Calculus Model for E-Commerce Transactions*, in *Information Systems Research*, 2003.

¹¹⁶⁹ H. IL-HORN ET AL., *Overcoming Online Information Privacy Concerns: An Information-Processing Theory Approach*, in *Journal of Management Information Systems*, 2007; J. E. PHELPS, G. D'SOUZA, G. J. NOWAK, *Antecedents and Consequences of Consumer Privacy Concerns: An Empirical Investigation*, in *Journal of Interactive Marketing*, 2001.

¹¹⁷⁰ Tra i molti, si veda R. H. LANDE, *The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy Is an Antitrust Concern*, op. cit.

¹¹⁷¹ Bundeskartellamt, Autorité de la Concurrence, *joint report*, op. cit., pp. 24–25.

*o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all'operatore economico»*¹¹⁷².

È importante notare che, sebbene la direttiva non utilizzi il termine “controprestazione”¹¹⁷³ quando parla di “fornitura” di dati personali, riconosce implicitamente che la divulgazione dei dati possa costituire una forma di corrispettivo nei contratti digitali alternativa al prezzo.

Oltre a tale rilevante innovazione, tale direttiva specifica quali dati possono costituire “controprestazione”. I dati da cui scaturisce l'applicazione della direttiva e che pertanto possono formare oggetto (implicito) di controprestazione, sono i dati personali che non sono necessari per l'esecuzione del servizio¹¹⁷⁴.

I dati necessari per l'esecuzione del servizio sono i dati come nome, cognome, età, ed anno di nascita e altri dati necessari per la creazione dell'*account* nel servizio di cui trattasi, a seconda delle specificità del caso.

I dati non necessari sono tutti gli altri dati personali che la piattaforma utilizzerà per altri scopi, come quelli di pubblicità personalizzata¹¹⁷⁵.

I dati personali non necessari all'esecuzione del servizio, dunque, costituiscono un mezzo di scambio commerciale ed economico, nonostante si riconosca la difficoltà nella quantificazione del loro valore mediante le tradizionali metriche economiche¹¹⁷⁶. Nonostante tale difficoltà, è sempre più evidente il ruolo che essi rivestono nelle transazioni economiche digitali, come dimostrato dalla crescente attenzione dei funzionari europei

¹¹⁷² Direttiva UE 770/2019, art. 3.

¹¹⁷³ Proprio durante la fase di elaborazione della direttiva, è stata abbandonata l'esplicita qualificazione dei dati come controprestazione non pecuniaria, ribadendo che i dati personali non possono essere considerati una mera merce. Pertanto, sebbene non si sia spinti a qualificarli come merce, essi rappresentano comunque una forma di corrispettivo per l'accesso al servizio.

¹¹⁷⁴ Direttiva UE 770/2019, art. 3. Questo si applica *«fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti»*.

¹¹⁷⁵ Questo è stato anche il centro della sentenza della C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, cit.

¹¹⁷⁶ E. BRYNJOLFSSON, A. COLLIS, *How should we measure the digital economy*, in *Harvard Business Review*, 97(6), 2019, pp. 140-148.

della concorrenza, i quali riconoscono ormai esplicitamente che la raccolta di dati costituisce il prezzo effettivamente pagato dagli utenti per usufruire dei servizi online.

Questa indicazione è necessaria al fine di inquadrare potenziali teorie del danno nei mercati, ad esempio rispetto ai prezzi eccessivi. Costituisce uno dei modi d'essere, rilevanti al livello *antitrust*, dei dati personali e della protezione dei consumatori.

6.6 I dati personali come concorrenza non di prezzo: la qualità e la scelta del consumatore

Come sovente ricordato, l'approccio centrato sul parametro del prezzo, trascura che il processo competitivo si articola attraverso parametri tanto economici, quanto non economici. Sebbene sia assodato che la concorrenza sui prezzi abbia dominato l'analisi della concorrenza nell'UE¹¹⁷⁷, è importante riconoscere che il quadro giuridico e le Linee guida (*soft-law*) applicabili, non limitino le autorità garanti della concorrenza a considerare gli effetti sui prezzi nella loro analisi della concorrenza.

In particolare, sono presenti altri aspetti che figurano come parametri di concorrenza non (direttamente) legati al prezzo: la qualità e la scelta tra prodotti e servizi. Come osservato da Wils, l'assunto secondo cui i consumatori valorizzano esclusivamente il prezzo, senza riguardo per qualità e varietà della scelta, risulta economicamente infondato¹¹⁷⁸.

Procedendo ad analizzare l'orientamento della Commissione europea, nelle Linee guida sugli abusi di posizione dominante del 2009, si afferma che «(i) consumatori traggono beneficio dalla concorrenza grazie

¹¹⁷⁷ Si veda per una trattazione generale dell'impostazione antitrust europea P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, op. cit.; M. MOTTA, M. POLO, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, nuova edizione, Il Mulino, 2025.

¹¹⁷⁸ W. P. J. WILS, *The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance*, in *World Competition: Law and Economics Review*, Vol. 37, No. 4, 2014, pp.405-434, 2014 «(...) the assumption that customers only value price, and not also quality and variety. There is no sound economic basis for such an assumption» p. 433.

*a prezzi inferiori, migliore qualità e più ampia scelta di beni e servizi nuovi o migliorati»*¹¹⁷⁹.

Ulteriormente, si afferma che, l'esercizio del potere di mercato che rileva ai fini del diritto *antitrust* si svolge tramite l'aumento dei prezzi. Tuttavia, la Commissione afferma che *«l'espressione "aumentare i prezzi" comprende il potere di mantenere i prezzi al di sopra del livello concorrenziale e viene utilizzata per designare in forma abbreviata i vari modi in cui i parametri della concorrenza – quali prezzi, produzione, innovazione, varietà o qualità di beni o servizi – possono essere influenzati a beneficio dell'impresa dominante e a scapito dei consumatori»*¹¹⁸⁰.

Dello stesso segno, anche le Linee guida sulle concentrazioni orizzontale dell'UE chiaramente stabiliscono che uno degli effetti che devono essere analizzati nel controllo delle concentrazioni è l'effetto sulla qualità e sulla scelta¹¹⁸¹.

Pertanto, nelle sezioni successive, si procederà a teorizzare l'ingresso della protezione dei dati personali e della *privacy* come valori non economici, annoverabili tra i parametri di concorrenza e direttamente valutabili dai consumatori digitali.

¹¹⁷⁹ Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82, cit., par. 5.

¹¹⁸⁰ *Ibidem*, par. 11.

¹¹⁸¹ Commissione europea, Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, GU C 31 del 5.2.2004. Al paragrafo 8, si afferma *«La concorrenza effettiva apporta dei benefici ai consumatori, quali prezzi bassi, prodotti di alta qualità, un'ampia gamma di beni e servizi, e innovazione. Grazie alla sua azione di controllo, la Commissione impedisce le concentrazioni suscettibili di privare i consumatori di questi benefici tramite un aumento significativo del potere di mercato delle imprese. Per "aumento del potere di mercato" si intende la possibilità per una o più imprese di aumentare i prezzi, ridurre la produzione, la scelta o la qualità dei beni e servizi, diminuire l'innovazione o influenzare in altro modo i parametri di concorrenza per ricavarne un vantaggio. Nella presente comunicazione l'espressione "aumento dei prezzi" viene spesso utilizzata per designare in forma abbreviata questi diversi modi in cui una concentrazione può pregiudicare la concorrenza»*. Inoltre, al paragrafo 36, si sostiene che *«Nei mercati in cui è importante l'interoperabilità tra differenti infrastrutture o piattaforme, una concentrazione può dare all'impresa derivante dalla concentrazione la capacità e l'incentivo a far aumentare i costi oppure a far diminuire la qualità del servizio dei concorrenti»*. Si ricordano inoltre i casi di concentrazione in cui si è tenuta in considerazione l'impatto sulla qualità, tra i quali Commissione europea, decisione IV/M.1069, *Worldcom/MCI*, 4 marzo 1999, par. 117 e ss; decisione IV/M.1741 - *MCI Worldcom/Sprint*, par. 145 e ss.; decisione IV/M.1795, *Vodafone Airtouch/Mannesmann*, par. 44 e ss.

In primo luogo, si analizzerà la loro valorizzazione come elementi qualitativi del servizio e, si metterà in luce l'ipotesi in cui l'impresa con potere di mercato riduca la qualità complessiva dell'offerta attraverso pratiche che limitano la trasparenza, degradano la tutela della *privacy* o restringono le possibilità di scelta. In simili circostanze, il potere di mercato si traduce in un danno per i consumatori in termini di perdita di controllo informativo e di erosione della libertà individuale.

In secondo luogo, la protezione dell'autodeterminazione informativa afferente alla *privacy* verrà analizzata dal punto di vista della scelta tra servizi differenti, svolgendo analoghe considerazioni, posto che il potere di mercato può compromettere la libertà decisionale degli utenti.

6.7 La *privacy* come qualità dei servizi

Una delle tesi sostenute in questa ricerca è che la qualità dei servizi debba essere concepita come un parametro composito, idoneo a includere la pluralità di aspetti legati alle caratteristiche intrinseche del prodotto o del servizio offerto. Questo deve avvenire in relazione a ciò che i consumatori ritengono costituire tali caratteristiche, in un determinato periodo di riferimento, che incide in maniera diretta sulla percezione del valore di un prodotto e servizio e che guida ed orienta la scelta tra prodotti o servizi distinti.

Quando si parla di qualità di un servizio è definibile di qualità se per esso si verifica, contestualmente, una duplice convergenza sia tra aspettative (auspiccate e/o attese) e percezioni (*customer satisfaction*), sia tra qualità tecnica ottenuta e *standard* tecnici di riferimento¹¹⁸².

Ciò posto, si procede ad indicare quando la protezione dei dati personali possa assumere il valore di elemento di qualità di un servizio digitale. I servizi digitali possono differire per vari aspetti¹¹⁸³: le funzioni integrate, la facilità di utilizzo, l'interfaccia grafica, il grado di interoperabilità con altre piattaforme, la velocità e l'affidabilità delle

¹¹⁸² J. HARVEY, *Service quality. A tutorial*, in *Journal of operations management*, 1998, p. 590 e ss. OECD, *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis: Key findings, summary and notes*, op. cit. p. 6 e ss.

¹¹⁸³ OECD, *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis: Key findings, summary and notes*, *ibidem*.

prestazioni, nonché il livello di tutela della riservatezza e della legittimità del trattamento dei dati personali offerto agli utenti. Quest'ultimo aspetto, in particolare, è divenuto un elemento sempre più considerato, posto che la quantità e la modalità di raccolta, conservazione ed elaborazione dei dati incide direttamente sul grado di fiducia che gli utenti ripongono nel servizio e, di conseguenza, sulla loro scelta di adottarlo o di preferirne un altro¹¹⁸⁴.

I consumatori che accedono a un servizio digitale apparentemente gratuito, fornendo in cambio i propri dati personali, devono poter contare sul fatto che la raccolta di tali dati avvenga in modo trasparente, che il loro trattamento sia limitato alle finalità dichiarate e legittime e che dispongano di un'effettiva possibilità di scelta circa la quantità e la tipologia di informazioni da condividere con la piattaforma.

Tuttavia, il riconoscimento della protezione dei dati personali e della fiducia degli utenti non è stato sempre pacifico.

Nell'analizzata concentrazione *Facebook/Whatsapp*, nonostante sia stato riconosciuto che la concorrenza sulla *privacy* esista per i servizi gratuiti (nel lato del mercato gratuito), la Commissione non ha esaminato gli effetti della fusione sulla concorrenza, ma ha considerato solo gli effetti della fusione sul mercato della pubblicità (il lato del mercato a pagamento). Nel notare che può esistere concorrenza sulla protezione dei dati, la Commissione ha dichiarato che «*Le app competono per i clienti tentando di offrire la migliore esperienza di comunicazione*», tra cui «*privacy e sicurezza, la cui importanza varia da utente a utente ma che stanno diventando sempre più apprezzate, come dimostra l'introduzione di app di comunicazione dei consumatori che affrontano specificamente problemi di privacy e sicurezza*»¹¹⁸⁵. Conclusivamente ritenendo, che la protezione dei dati personali e la *privacy*, non sono questioni del diritto della concorrenza¹¹⁸⁶.

L'evoluzione successiva della prassi decisionale della Commissione mostra alcune aperture di segno opposto. Nel 2011, la Commissione

¹¹⁸⁴ Si veda anche sul punto S. ESAYAS, *Privacy-As-A-Quality Parameter: Some Reflections on the Scepticism*, op cit.

¹¹⁸⁵ Commissione europea, decisione M.7217, *Facebook/WhatsApp*, 3 ottobre 2014, par. 87.

¹¹⁸⁶ *Ibidem*, par. 164, e capitolo quarto.

europea nel caso citato *Microsoft/Skype*, afferma «*poiché i servizi di comunicazione ai consumatori sono prevalentemente gratuiti, questi ultimi pongono maggior attenzione ad altre caratteristiche*», e che pertanto «*la qualità rappresenta un parametro significativo della concorrenza*»¹¹⁸⁷. Non viene fornita, in quel contesto, una definizione puntuale di ciò che debba intendersi per qualità, né tantomeno si giunge, già nel 2011, a riconoscere la tutela della vita privata come una componente della qualità del servizio. L'aspetto di rilievo risiede piuttosto nel fatto che, a livello concettuale, si è affermato che nei mercati dei servizi digitali offerti a titolo gratuito, il prezzo non rappresenta il principale parametro competitivo e che la concorrenza si sviluppa, invece, su altri fattori, tra cui la qualità intesa in senso ampio. A tale decisione, è seguita la decisione della Commissione in *Microsoft/LinkedIn* del 2016, analizzata nel capitolo quarto, in cui si è attribuito un peso specifico, seppur non dirimente, alla protezione dei dati personali come parametron di concorrenza tra le imprese¹¹⁸⁸.

Tuttavia, non vi è stata una chiara presa di posizione da parte delle autorità di concorrenza nè, all'epoca, un aggiornamento delle linee guida.

Il concetto è stato tuttvvia oggetto di un certo dibattito, in particolare per quanto riguarda il fatto che i consumatori considerino consapevolmente la *privacy* quando prendono decisioni sui prodotti e il grado in cui l'offerta di *privacy* delle aziende risponde alla pressione della concorrenza¹¹⁸⁹.

Negli ultimi anni, diversi studi empirici e contributi dottrinali hanno iniziato ad evidenziare come i consumatori mostrino una crescente consapevolezza del valore della loro *privacy*, preferendo servizi digitali che garantiscano *standard* più elevati di protezione dei dati personali rispetto ad alternative più opache sotto questo profilo¹¹⁹⁰.

Infatti, in un ambiente in cui le violazioni della *privacy* non sono sempre note, le fughe di dati sono più frequenti e rilevanti mediaticamente,

¹¹⁸⁷ Commissione europea, decisione M.6281, *Microsoft/Skype*, 2011, par. 81.

¹¹⁸⁸ Commissione europea, decisione M.8124, *Microsoft/LinkedIn*, 6 dicembre 2016.

¹¹⁸⁹ OECD, *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis: Key findings, summary and notes*, op. cit.; OECD, *Quality Considerations in Digital Zero-Price Markets*, op. cit.

¹¹⁹⁰ A. ACQUISTI, C. TAYLOR, L. WAGMAN, *The Economics of Privacy*, in *Journal of Economic Literature*, 2016, p. 483.

gli utenti manifestano una chiara preferenza per quelle imprese che investono in soluzioni tecnologiche più sicure e trasparenti, capaci di tutelare efficacemente la loro riservatezza¹¹⁹¹. La mancanza di controllo sulle informazioni personali degli utenti e la formulazione complessa ed opaca dei termini e condizioni d'uso, possono portare alcuni consumatori a scegliere di non condividere i loro dati, di limitare la condivisione tramite le impostazioni o addirittura di mentire quando forniscono informazioni¹¹⁹².

Il *Cisco* nel suo studio empirico *Consumer Privacy Survey* del 2022, condotto sulla base di interviste ai consumatori, mostra come la protezione dei dati personali sia ormai percepita dai consumatori quale elemento di fiducia nei confronti dei servizi digitali. Il 39% degli intervistati individua nella trasparenza sull'uso dei dati il fattore più importante per instaurare fiducia nelle imprese, mentre il 76% dichiara di non acquistare prodotti o servizi da aziende di cui non si fida nella gestione delle informazioni personali. Il rapporto segnala inoltre l'emergere di un gruppo di utenti che non solo esprime attenzione alla *privacy* ma adotta comportamenti concreti, come modificare le impostazioni, rifiutare *cookie* e cambiare fornitore per proteggere i propri dati. Altresì, lo studio mette in mostra come queste preoccupazioni si intensifichino nel settore dell'intelligenza artificiale (IA); il 65% degli intervistati afferma di aver perso fiducia nelle imprese che sfruttano l'IA senza garantire una sufficiente trasparenza.

Nel complesso, tale sondaggio mostra come la protezione della *privacy* costituisca un attributo dei servizi digitali, in grado di incidere sulle scelte di consumo e sulla reputazione delle imprese¹¹⁹³.

¹¹⁹¹ F. COSTA-CABRAL, O. LYNSKEY, *Family ties: the intersection between data protection and competition*, op. cit.; OECD, *Quality Considerations in Digital Zero-Price Markets*, op. cit.

¹¹⁹² *Ibidem*. Cfr. A. EZRACHI, M. E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, op. cit.

¹¹⁹³ Cisco, *Data Transparency's Essential Role in Building Customer Trust*, 2022 Consumer Privacy Survey, giugno 2022, reperibile al link: https://www.cisco.com/c/dam/en_us/about/doing_business/trust-center/docs/cisco-consumer-privacy-survey-2022.pdf

I consumatori, dunque, sono sempre più consapevoli dell'importanza della tutela delle proprie informazioni personali, e questa consapevolezza influenza significativamente le loro scelte di consumo¹¹⁹⁴.

Tale dinamica produce implicazioni di rilievo, poiché il corretto funzionamento delle economie di mercato si fonda, in larga misura, sulla fiducia. Nei mercati digitali, in particolare, la possibilità per le imprese di raccogliere e utilizzare i dati personali degli utenti dipende dal grado di fiducia che queste ultime riescono a suscitare circa l'uso corretto e sicuro di tali dati. Se le imprese riducessero gli *standard* di tutela della *privacy*, i consumatori potrebbero progressivamente rinunciare a servizi e offerte *online* che, in condizioni di adeguata protezione, avrebbero invece utilizzato.

Il risultato è un effetto che, in termini economici, si traduce in una perdita secca di benessere sociale: un calo complessivo dell'efficienza e del valore generato dai mercati digitali. In altri termini, il venir meno della fiducia mina la partecipazione degli utenti e, con essa, le dinamiche stesse di crescita e innovazione, con conseguenze negative per l'intero sistema economico¹¹⁹⁵. La ex Commissaria Vestager spiega: «*Se i consumatori non hanno la possibilità di fare le proprie scelte, di allontanarsi dalle aziende che non li servono bene, ciò mina la fiducia che fa funzionare la nostra società. Allo stesso tempo, la crescente consapevolezza tra i consumatori sul valore dei loro dati utente e delle informazioni personali renderà*

¹¹⁹⁴ Questo è stato anche dimostrato in uno studio precedente. Si veda CISCO, *Consumer Privacy Report: The growing imperative of getting of getting data privacy right*, 2019, reperibile al link: <https://www.cisco.com/c/dam/en/us/products/collateral/security/cybersecurity-series-2019-cps.pdf>; B. AUXIER, ET AL., *Americans and Privacy: Concerned, Confused and Feeling Lack of Control Over Their Personal Information*, 2019, reperibile al link: <https://www.pewresearch.org/internet/2019/11/15/americans-and-privacy-concerned-confused-and-feeling-lack-of-control-over-their-personal-information>; RSA, *Data Privacy & Security Survey 2019: The Growing Data Disconnect Between Consumers and Businesses*, 2019, reperibile al link: <https://www.rsa.com/content/dam/en/misc/rsa-data-privacy-and-security-survey-2019.pdf>. Si veda anche OECD, *Quality Considerations in Digital Zero-Price Markets*, op. cit., p. 11 «(i) consumatori potrebbero mostrare preferenze diverse in termini di quantità di informazioni personali che sono disposti a divulgare alle aziende e il valore che assegnano alle protezioni che impediscono l'accesso non autorizzato a questi dati rispetto ad altre dimensioni della qualità dei prodotti a prezzo zero».

¹¹⁹⁵ Si veda M. E. STUCKE, *Here Are All the Reasons It's a bad Idea to Let a Few Tech Companies Monopolize Our Data*, in *Harvard Business Review*, 2018.

*sempre più la privacy un vantaggio competitivo per le aziende tecnologiche»*¹¹⁹⁶.

Da ciò si può dedurre che, se i consumatori potessero scegliere tra due servizi gratuiti caratterizzati da differenti livelli di tutela della privacy, tenderebbero a preferire quello meno invasivo¹¹⁹⁷. In questo senso, la *privacy* acquisisce la valenza di un fattore di differenziazione orizzontale tra prodotti concorrenti che possono soddisfare il medesimo bisogno¹¹⁹⁸.

Di conseguenza, le aziende che adottano pratiche trasparenti e rispettose della *privacy* possono incontrare la domanda di un numero più ampio di consumatori, mentre quelle che trascurano tali aspetti rischierebbero di subire danni reputazionali e perdite di clientela.

Da questo, discende che nei mercati digitali, in assenza dell'elemento del prezzo, la protezione dei dati personali costituisce una considerazione centrale per i consumatori quando decidono se accedere ed utilizzare un servizio *online*. Nei mercati digitali con l'assenza dell'elemento del prezzo, le piattaforme digitali non competono più su questo aspetto bensì su dimensioni differenti, come l'innovazione e la qualità dei servizi¹¹⁹⁹.

Questa teorizzazione, iniziata nel mio progetto di ricerca nel 2022, appare essere oggi condivisa dalla stessa Commissione europea. Nel 2024, la Commissione ha rilasciato la nuova Comunicazione sulla definizione di mercato rilevante¹²⁰⁰, la quale necessitava di un aggiornamento per essere

¹¹⁹⁶ Tale citazione compare nel discorso di M. Vestager, in *Speech by Margrethe Vestager on competition in changing times by Practical Law Competition*, 2018, reperibile al link: <https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/I1be91013134511e89bf099c0ee06c731/Speech-by-Margrethe-Vestager-on-competition-in-changing-times>

¹¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁹⁸ Così anche «*Come per altre dimensioni della concorrenza non basata sui prezzi, la privacy può essere una fonte di differenziazione orizzontale*». OECD, *Quality Considerations in Digital Zero-Price Markets*, op. cit., p. 2.

¹¹⁹⁹ Mentre la qualità si pone come dimensione della concorrenza in molti mercati, la qualità nei mercati non di prezzo sarà l'unico parametro che influisce sul benessere dei consumatori e l'unica misura degli effetti del comportamento delle imprese o delle fusioni. Cfr. OCSE, *Quality considerations in digital zero-price markets*, op. cit.

¹²⁰⁰ Commissione europea, Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini del diritto della concorrenza dell'Unione, *Gazzetta ufficiale*, C 1645, 2024.

meglio aderenti a nuovi fenomeni di mercato, tra i quali figura «*la digitalizzazione e le nuove modalità di offerta di beni e servizi*»¹²⁰¹.

Al di là delle molte novità introdotte, la Commissione afferma che, la qualità del servizio può comprendere vari aspetti, tra i quali annovera espressamente «*la tutela della vita privata*»¹²⁰².

La svolta della Commissione europea è dunque evidente: la tutela della vita privata, interpretabile in senso ampio come protezione dei dati personali degli utenti e, dunque, della loro *privacy*, costituisce una dimensione della concorrenza, rientrando nella sottocategoria della qualità.

Ulteriormente, nel *Policy Brief* della Commissione europea nel 2024 che tratta della concorrenza non sui prezzi in materia di concentrazioni, la Commissione chiaramente indica: «*(i) parametri della concorrenza corrispondono tipicamente alle caratteristiche dei prodotti e dei servizi (finali) apprezzate dai consumatori, quali, ad esempio, il prezzo, la qualità, l'innovazione, l'impatto ambientale e la protezione dei dati personali e della privacy*»¹²⁰³. Questo riconoscimento diretto da parte della Commissione europea è applicabile alle pratiche unilaterali abusive senza alcun ostacolo.

Infine, la tutela della vita privata è stata riconosciuta dalla bozza sui nuovi orientamenti della Commissione europea rispetto agli abusi escludenti del 2025, che procede ad aggiornare gli orientamenti del 2009. La Commissione chiaramente afferma che «*(i) danni alla concorrenza causati dal comportamento abusivo di imprese dominanti possono assumere varie forme, quali prezzi più elevati, il deterioramento della*

¹²⁰¹ Ibidem, par. 3.

¹²⁰² Ibidem, par. 15. «*In terzo luogo, nel definire il mercato rilevante, la Commissione prende in considerazione i vari parametri della concorrenza che i clienti considerano pertinenti nel settore e nel periodo valutati. Tali parametri possono contemplare il prezzo del prodotto, ma anche il suo grado di innovazione, la sua qualità sotto vari aspetti (quali, ad esempio, la sostenibilità, l'efficienza delle risorse, la durata, il valore e la varietà di usi offerti dal prodotto, la possibilità di integrarlo con altri prodotti, l'immagine trasmessa o la sicurezza e la tutela della vita privata), nonché la sua disponibilità, anche in termini di tempi di consegna, resilienza delle catene di approvvigionamento, affidabilità della fornitura e costi di trasporto. L'importanza relativa che i clienti assegnano a tali parametri può cambiare nel corso del tempo.*»

¹²⁰³ European Commission, *Competition Policy Brief, Non-Price Competition: EU Merger Control Framework and Case Practice*, Issue 1, 2024, p. 1.

qualità di beni e servizi»¹²⁰⁴. Oltre a ribadire la qualità come parametro non di prezzo, la Commissione si premura di specificare cosa intenda per qualità in questo contesto. Afferma che nel contesto delle linee direttrici, «*nel termine "qualità" dovrebbero rientrare tutti i vari aspetti relativi alla qualità di un dato prodotto*», tra le quali procede ad annoverare una serie di parametri quali la sostenibilità, la durabilità, la possibilità che sia integrabile con altri prodotti, nonché «*la tutela della vita privata garantita*»¹²⁰⁵.

Con la bozza sulle linee direttrici del 2025, qualora approvate nella formulazione attuale, la tutela della vita privata e pertanto la *privacy* ed il trattamento dei dati personali, costituiscono un parametro di concorrenza rilevante, di natura non monetaria nella sottocategoria della qualità del prodotto, sancendo l'ulteriore collegamento tra diritto della concorrenza e protezione della vita privata, avvalorando quanto sostenuto nelle trame di questa ricerca.

Sebbene ci siano voluti dieci anni per formalizzare le assunzioni corrette, l'affermazione di tale principio è oramai pacifica.

Pertanto, come argomentato da Ohlhausen e Okuliar, «*privacy protection has emerged as a small, but rapidly expanding, dimension of competition among digital platforms. Examples include the numerous privacy and security protection add-ons available for all of the major Internet browsers*»¹²⁰⁶. Questo significa che, in linea generale, le imprese competono (o dovrebbero competere) tra loro per fornire livelli di protezione di dati personali sempre più garantisti; dall'altro, questo dovrebbe comportare che, i consumatori, di fronte ad una riduzione della *privacy*, sperimentano una riduzione della qualità del servizio offerto.

¹²⁰⁴ Commissione europea, Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione della concorrenza, *forthcoming* 2025.

¹²⁰⁵ *Ibidem* e nota 5.

¹²⁰⁶ M. K. OHLHAUSEN, A. P. OKULIAR, *Competition, Consumer Protection, and the Right [Approach] to Privacy*, in *Antitrust Law Journal*, vol. 80, 2015, p. 133.

6.7.1 Le difficoltà nell'inquadramento della privacy come parametro per la qualità dei servizi

La teorizzazione sopra presentata, unitamente al riconoscimento espresso da parte della Commissione europea della tutela della vita privata come parametro qualitativo di concorrenza, costituisce ormai un punto fermo nell'evoluzione del diritto *antitrust* applicato ai mercati *zero-price*. Tuttavia, tale riconoscimento rischia di rimanere meramente formale se non viene accompagnato dallo sviluppo di strumenti analitici adeguati a integrare la *privacy* nella valutazione concorrenziale. In particolare, la misurazione e la valutazione della protezione dei dati personali come parametro competitivo, sollevano diverse sfide di natura concettuale, metodologica e probatoria.

La questione si presenta nei seguenti termini: come misurare una degradazione della tutela della vita privata per misurare la qualità del servizio?

A differenza del prezzo, la qualità costituisce un concetto intrinsecamente soggettivo, la cui valutazione varia in funzione delle aspettative e delle preferenze dei consumatori¹²⁰⁷. Come illustrato nel capitolo quarto, anche la *privacy*, in quanto valore multidimensionale, si presta con difficoltà a essere misurata in termini oggettivi, dando luogo a confronti spesso complessi e potenzialmente imprecisi¹²⁰⁸. Di conseguenza, si sostiene che la misura della degradazione della *privacy* come componente della qualità del servizio rappresenti un'operazione particolarmente ardua, poiché richiede di tener conto non solo della natura articolata di tale concetto, ma anche delle percezioni soggettive e differenziate che i consumatori sviluppano in merito al grado di tutela della propria sfera privata¹²⁰⁹.

¹²⁰⁷ OECD, *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis: Key findings, summary and notes*, op. cit.. Si sottolinea la difficoltà di preisare cosa si intenda per qualità in modo univoco, posta la valutazione personale ed individuale di tale concetto.

¹²⁰⁸ Si veda sul punto A. MANNE, B. SPERRY, *The Problems and Perils of Bootstrapping Privacy and Data into an Antitrust Framework*, in *CPI Antitrust Chronicle*, 2015.

¹²⁰⁹ Similmente, OECD, *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis: Key findings, summary and notes*, in OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No. 141, OECD Publishing, Paris, 2013.

Questa assunzione è oggettivamente vera se consideriamo la valutazione della *privacy* come un elemento esclusivamente soggettivo, direttamente correlato al valore percepito dagli utenti-consumatori¹²¹⁰. Ad esempio, è lecito affermare che non tutte le degradazioni della *privacy* siano effettivamente lesive, che non ogni sensazione di perdita di controllo dei dati personali determini un danno ai consumatori e, che, determinati utenti non accordano attenzione alle *privacy policy*, poiché non di loro interesse; ricevere annunci di pubblicità personalizzate, ripetute e basate su ricerche recenti può essere utili per un determinato gruppi di consumatori.

Dall'altro, invece, un altro gruppo di utenti potrebbe ritenere che i medesimi profili (eccessiva personalizzazione dei servizi pubblicitari e mancanza di trasparenza delle *privacy policy*) costituiscano indebite intrusioni nella vita privata, con una generale sensazione di perdita di controllo dei propri dati personali ed anche sensibili. In questo caso, per tale secondo gruppo di utenti, si verifica una degradazione della *privacy*/qualità del servizio.

Come si dovrebbe considerare, inoltre, una situazione in cui, nonostante un degrado della *privacy*, un'azienda offra ancora ai consumatori un prodotto di qualità complessivamente superiore?¹²¹¹

Gli utenti possono avere opinioni molto diverse su quale sia il grado di invadenza o indesiderabilità in tali ambiti. Questo genera evidenti

¹²¹⁰ G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition?*, op. cit., p. 364.

¹²¹¹ Inoltre, l'analisi della *privacy* come dimensione della concorrenza di qualità potrebbe diventare più complicata quando la raccolta dei dati viene utilizzata per personalizzare gli annunci pubblicitari visualizzati per gli utenti. Ratliff e Rubinfeld, suggeriscono che la personalizzazione della pubblicità può migliorare la qualità della pubblicità dal punto di vista del consumatore. Cfr. J. RATLIFF, D. RUBINFELD, *Is There a Market for Organic Search Engine Results and Can Their Manipulation Give Rise to Antitrust Liability?*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2014. Tuttavia, in un sondaggio statunitense, la maggior parte degli intervistati ha indicato che non vorrebbe che i propri dati venissero utilizzati per personalizzare la pubblicità a cui sono esposti Cfr. J. TUROW, ET AL., *Americans Reject Tailored Advertising and Three Activities that Enable It*, in *University of Pennsylvania Annenberg School for Communications Departmental Papers*, 2009. Non è chiaro fino a che punto i consumatori traducano questa preferenza nelle loro decisioni di acquisto, poiché alcuni studi suggeriscono che la personalizzazione degli annunci pubblicitari per gli utenti ne aumenta sostanzialmente l'efficacia C. TUCKER, *The economics of advertising and privacy*, *International Journal of Industrial Organization*, 2012. Un aumento dell'efficacia equivale a un aumento della qualità nel mercato correlato della pubblicità, che finanzia i modelli di business che forniscono servizi a prezzo zero.

criticità. Se si considera la *privacy* come dimensione altamente soggettiva, è difficile rintracciare una misurazione oggettiva che permetta di stabilire quando vi sia una degradazione della *privacy* che mostri di conseguenza il danno ai parametri di concorrenza ed ai consumatori.

Questi dilemmi possono portare a una sorta di stallo sulla questione; tuttavia, l'incertezza e la difficoltà non sono motivi validi per non teorizzare soluzioni e per non condannare comportamenti abusivi e pratiche anticoncorrenziali¹²¹², soprattutto alla luce sia del *dictum* della CGUE sia delle nuove Linee guida e orientamenti della Commissione.

Dunque, è necessario fornire all'analisi *antitrust* il punto specifico in cui un degrado della qualità dovrebbe innescare l'intervento dell'autorità¹²¹³.

Sebbene questo verrà esposto con precisione successivamente nell'analisi delle teorie del danno, l'unica soluzione a tali questioni consiste nel valutare i livelli di *privacy* offerti ancorando la questione a parametri oggettivi, rendendo il calcolo razionale e controllabile.

In primo luogo, si riprende la sentenza *Meta Platforms* (C-252/21). Per valutare la degradazione della *privacy* e della vita privata nelle analisi competitive, al netto delle valutazioni soggettive e personali, si può utilizzare il Regolamento GDPR, quale primario parametro di riferimento. Le autorità di concorrenza possono tenere in considerazione come indizio importante per le ipotesi di abuso, la mancata conformità al GDPR come segnale concreto di un deterioramento delle condizioni di mercato e di un potenziale sfruttamento degli utenti¹²¹⁴. In questo caso, il quadro di

¹²¹² F. COSTA-CABRAL, O. LYNSKEY, *Family ties: the intersection between data protection and competition*, op. cit.

¹²¹³ Ad esempio, l'incapacità dei consumatori di valutare i dettagli dell'algoritmo di un motore di ricerca può creare un disallineamento negli incentivi tra le aziende che forniscono motori di ricerca, i loro utenti e gli inserzionisti. In altre parole, le aziende potrebbero essere incentivate a degradare la qualità dei risultati dei motori di ricerca a favore degli inserzionisti paganti, senza che i consumatori siano in grado di notare o rispondere al cambiamento. Cfr. A. EZRACHI, M. E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, op. cit.; Evans, ritiene che i modelli di business basati sulla pubblicità generino valore fintanto che gli inserzionisti sono disposti a pagare di più per servire una pubblicità ai consumatori di quanto questi ultimi siano disposti a pagare per evitare di ricevere questa pubblicità. Cfr. D. EVANS, *The Antitrust Economics of Free John M. Olin Law & Economics Working Paper, University of Chicago*, 2011.

¹²¹⁴ F. COSTA-CABRAL, O. LYNSKEY, *Family ties: the intersection between data protection and competition*, op. cit. p. 4 «Data protection law – a framework designed to identify and achieve an optimal level of personal data protection – can provide the normative guidance that competition law

coordinamento tra le autorità di concorrenza e quelle *privacy*, accorda la naturale primazia a quest'ultime rispetto all'esistenza di una violazione.

La possibilità di ancorare la riduzione della *privacy* e della protezione dei dati a un parametro oggettivo trova un solido fondamento nell'idea che le violazioni del Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR) possano costituire una sorta di "standard legale minimo" ai fini della valutazione *antitrust*, superando così le incertezze legate alla percezione soggettiva e alle diverse sensibilità dei consumatori rispetto alla tutela dei dati personali.

Il vantaggio di ancorare la valutazione a una base giuridica solida come il GDPR è duplice: da un lato, si evita di dipendere da parametri meramente soggettivi e difficili da quantificare, quali le preferenze individuali sulla *privacy*; dall'altro, si preserva la certezza del diritto, poiché il GDPR definisce standard minimi comuni a tutte le imprese, favorendo anche in tal modo uno stimolo per una concorrenza più efficace sulle *privacy policy*.

Questo vale a superare l'impasse generata da quelli che sono i confronti tra gruppi di consumatori che ritengono, sebbene rispettato il GDPR, che un servizio sia invasivo nella propria sfera personale e i consumatori che, dall'altro, ritengano favorevole l'uso commerciale dei propri dati personali poiché ne traggono un beneficio.

Ne deriva che la protezione dei dati personali può essere qualificata non soltanto come obbligo normativo imposto dal legislatore, in primis dal Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), ma altresì come caratteristica qualitativa del servizio, il cui rispetto è idoneo a distinguere i prodotti digitali tra loro e a costituire un parametro concorrenziale autonomo e alternativo al prezzo.

lacks in relation to non-price competitive parameters. For example, infringements of data protection law, or detrimental changes to important data protection conditions, can indicate consumer exploitation or prohibited methods of competition. Such use of data protection law as a normative benchmark would not expand the notion of consumer welfare to include public policy and non-economic concerns. Rather, data protection would fit within the internal logic of competition law and would, like other areas of law such as intellectual property, simply provide an insight into the normative backdrop for competitive activity».

Ulteriormente, si potrebbe anche ipotizzare un impianto teorico che permetta di valutare la degradazione della *privacy* anche nell'ipotesi di assenza di violazione del GDPR. Si potrebbe verificare il caso in cui, l'impresa dominante, sebbene in *compliance* con il GDPR, adotti in un primo momento degli *standard* interni più elevati per la tutela della protezione dei dati personali degli utenti. Ad esempio, questo può avvenire in occasione dell'ingresso nel mercato; è una misura che attrae nuovi consumatori posta la garanzia di una maggiore tutela per le proprie informazioni. Successivamente, l'impresa, pur rimanendo *compliance* al GDPR, decide di ridurre i propri livelli di *privacy* (in maniera opaca, possibilmente anche manipolatoria). Potrebbe avvenire con interventi unici o gradualmente, degradando tale parametro in un dato periodo temporale di riferimento.

In questo caso, la valutazione sembra essere particolarmente più complessa da dimostrare; le autorità *antitrust*, coadiuvate da indagini presso i consumatori, possono intervenire, posto il necessario collegamento con il potere di mercato e dimostrato il danno da sfruttamento ai consumatori.

6.7.2 I compromessi tra protezione della privacy, innovazione tecnologica e tutela del mercato

L'analisi non sarebbe completa se non si prendessero in considerazione alcune ulteriori questioni, concernenti i potenziali *trade-off* derivanti dall'integrazione della protezione dei dati personali nell'analisi *antitrust*. Da un lato, infatti, tale integrazione mira a garantire un livello più elevato di tutela dei diritti fondamentali degli utenti; dall'altro, può incidere sulle dinamiche di innovazione e sulla libertà concorrenziale delle imprese nei mercati digitali, rendendo necessario un delicato bilanciamento con obiettivi di efficienza economica e promozione dell'innovazione tecnologica.

L'approfondimento di tali tensioni permette di valutare in modo più equilibrato l'impatto delle scelte di *enforcement* e di delineare un quadro coerente tra obiettivi di tutela dei diritti fondamentali, promozione dell'innovazione e garanzia di mercati effettivamente competitivi.

Il primo punto da analizzare è il rapporto che intercorre tra tutela della *privacy* e l'innovazione tecnologica, che si potrebbe qualificare come ambivalente. La possibilità di raccolta, analisi e combinazione dei dati personali è ciò che consente alle piattaforme di innovare. I dati personali sono funzionali a migliorare i servizi esistenti¹²¹⁵ e correlati all'introduzione di nuovi servizi digitali tecnologicamente innovativi¹²¹⁶.

Pertanto, se da un lato i consumatori hanno un guadagno di benessere complessivo superiore rispetto all'innovazione, potrebbero avere una riduzione di benessere in termini di protezione dei dati personali e timori rispetto il modo in cui questi sono utilizzati¹²¹⁷.

Si può fare questo esempio. Il miglioramento della qualità dei suggerimenti video su YouTube dipende dalla capacità della piattaforma di raccogliere e combinare dati comportamentali. Una restrizione legata alla *privacy* (es. *opt-in* obbligatorio) può ridurre la quantità di dati disponibili, diminuendo la precisione degli algoritmi.

La questione, ad avviso di chi scrive, è un *trade-off* delicato da realizzare e la soluzione applicabile dipende dalle singole circostanze di riferimento.

Ulteriormente, si accennano qui questioni che verranno trattate successivamente nel capitolo relativo al Regolamento (UE) 1925/2022 *Digital Markets Act*¹²¹⁸. Nel momento in cui si prevedono misure più stringenti rispetto alla protezione della *privacy*, il minor sfruttamento dei dati commerciali degli utenti si riverbera sulle modalità di finanziamento delle piattaforme digitali. A fronte di un simile cambiamento nei sistemi di finanziamento, le piattaforme potrebbero agire e modificare i propri

¹²¹⁵ L'analisi di una quantità ampia di dati personali è correlata una maggiore precisione dei servizi digitali. Maggiori saranno i dati analizzati e migliori risultati di una ricerca sul motore di ricerca Google Search, o delle informazioni sul traffico in tempo reale su Google Maps. Si veda i risultati della ricerca in OECD, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, in *OECD Publishing*, Paris, 2015. Sul punto anche Autorité de la concurrence e Bundeskartellamt, *joint report, Competition Law and Data*, op. cit.

¹²¹⁶ *Ibidem*.

¹²¹⁷ Si veda, D. ACEMOGLU, S. JOHNSON, *Potere e Progresso, La nostra lotta millenaria per la tecnologia e la prosperità*, il Saggiatore, 2023. Gli autori discutono del rapporto tra progresso tecnologico, potere di mercato e la protezione dei consumatori.

¹²¹⁸ Si veda capitolo ottavo.

business model, prevedendo un corrispettivo in denaro per l'accesso ai servizi digitali¹²¹⁹.

Questa ipotesi andrebbe a determinare un aumento generale dei livelli di benessere per i consumatori (attenti alla *privacy*) ma un aumento del prezzo (anzi, l'imposizione di un prezzo per servizi in precedenza gratuiti). Si potrebbe discutere, anche in questo caso, se il benessere dei consumatori aumenti o si riduca e quale valore debba prevalere se la qualità del servizio (e la protezione dei dati) un aumento di prezzi (o meglio, l'introduzione di una somma di denaro per accesso a servizi prima gratuiti)¹²²⁰.

Infine, uno spunto interessante è offerto dalla decisione dell'autorità francese di concorrenza sul caso Apple ATT¹²²¹. La società Apple ha introdotto, come parte integrante delle nuove API di *privacy* implementata per tutti i dispositivi, il modello dell'*App Tracking Transparency* definito "ATT". L'obiettivo dichiarato di tale iniziativa è quello di rafforzare la tutela della vita privata degli utenti, imponendo agli sviluppatori di applicazioni di richiedere un consenso esplicito prima di poter raccogliere e trattare i dati personali relativi alle attività svolte dagli utenti sulle *app* e sui siti *web*. Il *framework* ATT opera mediante un meccanismo semplice: quando un utente scarica un'applicazione dall'App Store, viene presentata una finestra *pop-up*, attraverso la quale viene richiesto il consenso all'attività di tracciamento. Tale richiesta di consenso si applica a tutte le *app* di terze parti che operano all'interno dell'ecosistema iOS e iPadOS, gestito da Apple e costituisce una condizione preventiva per la raccolta di dati a fini di pubblicità mirata.

Qualora l'utente fornisca il consenso, l'applicazione è autorizzata ad accedere all'*Identifier for Advertisers* (IDFA), ossia l'identificatore unico associato al dispositivo, che consente di tracciarne le attività digitali

¹²¹⁹ Questo *trade-off* tra aumenti di *welfare* per la migliore protezione dei dati e la contestuale riduzione del *welfare* mediante l'introduzione del pagamento di una somma di denaro per l'accesso ai servizi gratuiti è attenzionata dallo studio di C. CHOE, N. MATSUSHIMA, S. SHEKHAR, *The Bright Side of the GDPR: Welfare-Improving Privacy Management*, in *TILEC Discussion Paper*, 2023.

¹²²⁰ *Ibidem*.

¹²²¹ Autorité de la concurrence, *Decision 25-D-02 of 31 March 2025 regarding practices implemented in the sector for mobile application advertising on iOS devices*, 2025.

attraverso l'utilizzo di applicazioni e siti web di terzi. In assenza di tale consenso, l'IDFA rimane inaccessibile, limitando così le possibilità di tracciamento *cross-app* e, di fatto, riducendo l'efficacia delle strategie di pubblicità personalizzata.

Con l'introduzione dell'ATT, dunque, si è andati oltre il rispetto formale del GDPR prevedendo una tutela rafforzata per i consumatori, al fine dichiarato di permettere agli utenti di esercitare un controllo diretto sul modo in cui i propri dati personali vengono condivisi tra diverse applicazioni e impiegati per finalità pubblicitarie, rafforzando l'istituto del consenso previsto ai sensi dell'art. 6 del GDPR¹²²².

Tuttavia, l'autorità garante della concorrenza ha ritenuto che l'implementazione del modello ATT costituisca un abuso di posizione dominante da parte di Apple, irrogando un'ammenda pari a 150 milioni di euro. Seguendo il ragionamento dell'autorità, questa ha affermato che l'obiettivo perseguito dal *framework* ATT non fosse di per sé criticabile, non essendo problematico in termini di benefici per la protezione della privacy degli utenti. Ad esserlo sono le sue modalità di attuazione che «non sono né necessarie né proporzionate all'obiettivo esposto da Apple di protezione dei dati personali»¹²²³.

In quanto impresa dominante nel mercato di riferimento, Apple, attraverso l'introduzione del *framework* ATT, ha di fatto imposto le regole del gioco che disciplinano il modello economico degli operatori presenti sulla propria piattaforma. Tale condotta si è rivelata idonea a limitare la libertà commerciale degli sviluppatori di *app* e, al contempo, a condizionare la qualità e la diversità dell'offerta disponibile per gli utenti¹²²⁴.

Un simile comportamento risulta in contrasto con la “speciale responsabilità” che grava sulle imprese in posizione dominante, come già

¹²²² *Ibidem*. Il principio sotteso a tale innovazione è che il consenso al trattamento dei dati personali debba essere manifestato dall'utente in modo consapevole ed esplicito, e non più ricavato attraverso pratiche opache e invisibili operate dalla piattaforma. In tal modo, l'ATT ha spostato l'asse della legittimazione del tracciamento dall'iniziativa silente degli operatori economici alla volontà informata del consumatore.

¹²²³ *Ibidem*, p. 28 e ss.

¹²²⁴ *Ibidem*.

illustrato nel capitolo terzo, di non pregiudicare, attraverso il proprio potere di mercato, la struttura concorrenziale del mercato stesso.

Il framework ATT ha penalizzato i piccoli editori, nella misura in cui, a differenza delle principali piattaforme verticalmente integrate, questi operatori dipendono in gran parte dalla raccolta di dati di terzi per finanziare la loro attività. Il modello ATT è stato qualificato come «*un ostacolo alla pubblicità mirata agli utenti di dispositivi Apple, una delle principali fonti di finanziamento per gli editori di applicazioni e altri attori pubblicitari online*»¹²²⁵. Da una tale richiesta di consensi ulteriori, si prospetta la probabile preferenza per la non condivisione dei dati nonché una moltiplicazione delle finestre di raccolta del consenso, che richiama il tanto discusso *consent fatigue*¹²²⁶. Dal momento in cui gli editori non possono far affidamento sul modello ATT per il trattamento dei dati, agli utenti è richiesto un doppio consenso: il primo è relativo alla richiesta di consenso standardizzato previsto dal modello ATT, ed il secondo è richiesto dagli operatori digitali per adempiere ai loro obblighi legali. Questo, complica eccessivamente il percorso degli utenti di applicazioni di terze parti all'interno dell'ambiente iOS¹²²⁷.

In secondo luogo, l'Autorità sottolinea che le regole che disciplinano l'interazione tra le diverse finestre così visualizzate ledono la

¹²²⁵ Si veda il Press Release dell'autorità francese di concorrenza, reperibile al link: <https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/press-release/targeted-advertising-autorite-de-la-concurrence-imposes-fine-eu150000000-apple>

¹²²⁶ Per *consent fatigue* si intende l'esposizione negativa del consumatore a plurime interfacce digitali che richiedono il consenso al trattamento dei dati personali. La visione sul punto è ambivalente; da un lato, permette all'utente di essere consapevole dei dati che sta cedendo alla piattaforma, dall'altro rende complesso il processo di consenso, lungo ed articolato, facendo sì che gli utenti accettino o rifiutino senza comprendere le reali implicazioni. Cfr. l'iniziativa dell'EDPB, *EDPB: cookie pledge initiative should help protect fundamental rights and freedoms of users*, 2023, reperibile al link: https://www.edpb.europa.eu/news/news/2023/edpb-cookie-pledge-initiative-should-help-protect-fundamental-rights-and-freedoms_en.

¹²²⁷ In pratica, il fatto che gli editori che lo desiderano non possano fare affidamento sul quadro ATT per adempiere ai loro obblighi legali significa che devono continuare a utilizzare le proprie soluzioni di raccolta del consenso, note come piattaforme di gestione del consenso ("CMP"). Il risultato è che vengono visualizzati più pop-up di consenso, rendendo eccessivamente complesso l'uso di applicazioni di terze parti nell'ambiente iOS, come osservato dall'autorità francese per la protezione dei dati (*Commission nationale de l'informatique et des libertés – CNIL*) in un parere del 2022 emesso su richiesta dell'Autorità. *Autorité de la concurrence, Decision 25-D-02 of 31 March 2025 regarding practices implemented in the sector for mobile application advertising on iOS devices*, 2025.

neutralità del dispositivo¹²²⁸, causando un certo danno economico agli editori di applicazioni e ai fornitori di servizi pubblicitari.

Infine, l'Autorità ha trovato un'asimmetria nel modo in cui *Apple* si è trattata e nel modo in cui gli editori sono stati trattati. Mentre gli editori erano tenuti a ottenere il doppio consenso dagli utenti per il monitoraggio su siti e applicazioni di terze parti, *Apple* non ha chiesto il consenso degli utenti delle proprie applicazioni (fino all'implementazione di iOS 15)¹²²⁹.

Per tali ragioni, l'autorità ha ritenuto che, sebbene vi siano margini di indiscussi di tutela per i consumatori rispetto alla loro *privacy*, ritiene che tale modello sia sproporzionato e non necessario, ritenendo prevalente le istanze di accesso al mercato e finanziamento delle piccole piattaforme digitali, tutelando una concorrenza effettiva e la sopravvivenza dei piccoli operatori nei mercati digitali.

Questo è un chiaro esempio di bilanciamento degli interessi coinvolti in gioco da parte dell'autorità di concorrenza: da un lato, le misure implementate da Apple ATT sono protettive per i consumatori. Dall'altro, rendono difficile la concorrenza nel mercato per le piccole piattaforme che a differenza dei *gatekeeper* digitali, basano interamente il loro modello di *business* sulla pubblicità *online* e non hanno possibilità di economie di scala o prodotti differenti tramite i quali reperire i dati. Infine, rende complessa la raccolta dei consensi, obiettivo principale dello stesso modello ATT.

Pertanto, da un lato, la *privacy* è oggi un elemento rilevante nelle valutazioni di concorrenza e, la cooperazione tra le autorità stabilita dalla

¹²²⁸ *Ibidem*. Le regole che regolano l'interazione tra le diverse finestre *pop-up* visualizzate minano la neutralità del framework. Mentre il monitoraggio pubblicitario deve essere rifiutato solo una volta, l'utente deve sempre confermare il proprio consenso una seconda volta. L'asimmetria risultante impedisce il consenso informato che ATT dovrebbe facilitare. In questo modo è stato causato un danno definito agli editori di applicazioni e ai fornitori di servizi pubblicitari, che potrebbe essere evitato da modifiche marginali al framework ATT, come raccomandato dalla CNIL, e quindi sembra tanto più ingiustificato.

¹²²⁹ *Ibidem*. L'asimmetria rimane oggi nella misura in cui *Apple* ha introdotto un singolo *pop-up* "Pubblicità personalizzata" per raccogliere il consenso dell'utente per la propria raccolta di dati, pur continuando a richiedere il doppio consenso per la raccolta di dati di terze parti da parte degli editori. A causa di questa asimmetria, la CNIL ha multato Apple per aver violato l'articolo 82 della legge francese sulla protezione dei dati, che recepisce la direttiva sulla *privacy* elettronica.

CGUE ha avuto le sue prime applicazioni¹²³⁰. Dall'altro, non sempre la tutela di tale valore sia la via preferibile, dovendo essere bilanciata anche con altre istanze a seconda del caso di specie.

6.8 La privacy come elemento della scelta del consumatore: la genesi Ordoliberal

Una strada ulteriore per incorporare la *privacy* nell'analisi del diritto della concorrenza consiste nell'inquadrare la *privacy* dell'ambito del concetto di scelta del consumatore (la cd. *consumer choice*¹²³¹).

Nel corso degli ultimi anni, molte decisioni in materia di concorrenza hanno posto l'enfasi sulla "scelta del consumatore" e, questo, anche nei mercati digitali¹²³². La scelta del consumatore, a prima vista, è uno degli elementi che compongono il benessere del consumatore¹²³³. Va da sé che il concetto di libertà di scelta, evoca la predisposizione di una pluralità di opzioni disponibili per il consumatore, nel momento della decisione di acquisto di un bene o servizio. La scelta, per essere effettivamente libera, richiede necessariamente che il consumatore sia messo nelle condizioni di poter svolgere scelte di mercato autenticamente libere in condizioni di trasparenza informativa, priva di inganni o di

¹²³⁰ *Ibidem*. Nel comunicato stampa dell'autorità si legge: «L'Autorità e la CNIL lavorano a beneficio dei consumatori di prodotti e servizi digitali, che hanno anche il diritto di proteggere i propri dati. Da un lato, la politica di protezione dei dati personali mira a proteggere gli utenti da qualsiasi raccolta e uso dannoso dei loro dati. D'altra parte, la politica della concorrenza mira a garantire le condizioni per una concorrenza gratuita e non distorta tra le aziende sul mercato, nell'interesse dei consumatori, promuovendo l'innovazione, la diversità dell'offerta e i prezzi interessanti. Nonostante i distinti obiettivi di politica pubblica, esiste una certa convergenza di obiettivi, nel senso più ampio, tra i due quadri normativi, in quanto entrambi sono in definitiva attuati a beneficio degli utenti». Inoltre, «Il caso mostra che il diritto della concorrenza e il diritto alla privacy non si escludono a vicenda, ma entrambi mirano a garantire un mercato equo e trasparente che salvaguardia gli interessi e il benessere dei consumatori» (traduzione dell'autrice).

¹²³¹ Si veda l'importante opera di N. W. AVERITT, R. H. LANDE, *Consumer choice: the practical reason for both antitrust and consumer protection law*, op. cit.

¹²³² Cfr. Commissione Europea, decisione Caso AT.40437, *Apple App Store Practices (Music Streaming)*, 4 marzo 2024. Su tale punto, si tornerà successivamente nell'elaborazione delle teorie del danno e l'abuso di posizione dominante da sfruttamento.

¹²³³ Il paradigma classico del benessere del consumatore ricomprende: prezzi, quantità, qualità, scelta (o varietà dell'offerta) e innovazione. Cfr. D. BAILEY, DAVID, L. E. JOHN, (eds), *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, 8th Edition, 2018, cap. 10. Si rimanda tuttavia alla letteratura e alle indicazioni del capitolo terzo della presente ricerca.

squilibri di potere che possano minare la sua determinazione nella scelta tra prodotti e servizi differenti¹²³⁴.

La teoria della scelta del consumatore, come sostenuto da Behrens, nasce storicamente dalle idee di Adam Smith, in *The Wealth of Nation*¹²³⁵. Come già indicato nel capitolo terzo, Smith ha concepito la concorrenza come un sistema di libertà naturale, che permette agli individui (consumatori ed imprese) di agire liberamente nelle transazioni di mercato.

Elaborando il concetto della mano invisibile, Smith ritiene che:

*«dirigendo l'industria in modo tale che i suoi prodotti possano essere del massimo valore, egli [cioè, l'individuo] intende solo il proprio guadagno, e in questo, come in molti altri casi, è guidato da una mano invisibile a promuovere un fine che non faceva parte della sua intenzione»*¹²³⁶.

In questo senso, la scelta dei consumatori tra servizi e prodotti differenti dei produttori costituisce la forza trainante della concorrenza, che in ultima analisi, porta alla promozione del benessere generale. In altri termini, la concorrenza è concepita come rivalità tra produttori (fornitori) che, nelle loro decisioni di produzione e fornitura sono dunque guidati dalle scelte dei consumatori¹²³⁷. In altre parole, i produttori offrono al mercato ciò che i consumatori scelgono.

Il ruolo del consumatore nelle dinamiche competitive, è stato successivamente ripreso da altri autori. Ad esempio, Ludwig von Mises, nella sua monumentale opera *Human Action*¹²³⁸, ne sostiene centralità nelle dinamiche concorrenziali:

«La direzione di tutte le attività economiche è, nella società di mercato, compito degli imprenditori. A loro spetta il controllo della produzione. Essi sono al timone e governano la nave. Un osservatore

¹²³⁴ P. BEHRENS, *The consumer choice paradigm in German ordoliberalism and its impact on EU competition law*, in NIHOUL e CHARBIT, *Choice. A New Standard for Competition Law Analysis?*, Concurrences, 2016, p. 1.

¹²³⁵ Cfr. A. SMITH, *The Wealth of Nations*, ed. Everyman's Library, 1977.

¹²³⁶ *Ibidem*, libro IV, cap. II, p. 400. Smith affermò espressamente che,

¹²³⁷ P. BEHRENS, *The consumer choice paradigm in German ordoliberalism and its impact on EU competition law*, op. cit., pp. 126-128.

¹²³⁸ L. VON MISES, *Human Action: A Treatise on Economics*, New York, 4a Ed., 1996 (la versione originale tedesca è stata pubblicata nel 1940).

superficiale potrebbe credere che essi siano sovrani. Ma non è così. Essi sono vincolati a obbedire incondizionatamente agli ordini del capitano. Il capitano è il consumatore. Né gli imprenditori, né gli agricoltori, né i capitalisti determinano ciò che deve essere prodotto. Sono i consumatori a farlo. Se un uomo d'affari non obbedisce scrupolosamente agli ordini del pubblico, quali gli vengono trasmessi dalla struttura dei prezzi di mercato, egli subisce perdite, fallisce e viene così rimosso dalla sua posizione eminente al timone. Altri uomini, più capaci di soddisfare la domanda dei consumatori, prendono il suo posto»¹²³⁹.

In altre parole, il consumatore è il sovrano dei mercati, guidando la produzione ed il mercato sulla base delle rispettive preferenze.

La scuola di pensiero ordoliberal, ampiamente trattata nel capitolo terzo, ha ripreso l'intuizione di Smith, secondo la quale la libertà economica individuale funge da base per un mercato correttamente funzionante e che la rivalità tra i partecipanti al mercato si traduce in un miglioramento del benessere generale¹²⁴⁰.

Come sostenuto da Geber¹²⁴¹, l'ordoliberalismo, analogamente al liberalismo classico, considera la concorrenza un elemento indispensabile per il benessere economico e ritiene che la libertà economica costituisca un presupposto imprescindibile della libertà politica, proteggendo i mercati da indebite ingerenze. Di conseguenza, il flusso delle risorse economiche dovrebbe essere determinato prevalentemente dalle scelte dei privati, piuttosto che dall'intervento diretto del potere pubblico. Tuttavia, l'ordoliberalismo si distingue dal liberalismo classico poiché riconosce che non solo un eccessivo potere statale, ma anche la concentrazione di potere economico in mani private può minacciare la libertà individuale, sia sul piano economico che su quello politico, consentendo a grandi attori economici di esercitare un'influenza tale da comprimere le libertà dei singoli¹²⁴². Secondo la visione ordoliberal, lo Stato europeo dovrebbe

¹²³⁹ *Ibidem*, p. 269, traduzione dell'autrice.

¹²⁴⁰ P. BEHRENS, *The consumer choice paradigm in German ordoliberalism and its impact on EU competition law*, op. cit., p. 268, sez. III.

¹²⁴¹ Sul punto D. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe*, op. cit. pp. 36-50.

¹²⁴² Si veda J. T. ROSCH, *Can consumer choice promote trans-Atlantic convergence of competition law and policy?*, op. cit., p. 268. Anche l'A. riporta questa visione e sostiene la configurazione di

configurarsi in modo tale che la struttura e le caratteristiche del sistema economico siano strettamente intrecciate, a livello costituzionale, con i suoi assetti politici e giuridici¹²⁴³.

In altri termini, l'ordoliberalismo concepisce il diritto della concorrenza come strumento volto a limitare il potere economico privato, considerato di per sé una minaccia per il corretto funzionamento del processo competitivo¹²⁴⁴. Dunque, i consumatori devono essere liberi di scegliere tra prodotti e servizi differenti senza indebite restrizioni e, l'assetto della politica di concorrenza deve porre le basi per far sì che tale libertà si realizzi.

Fra i rappresentanti più autorevoli della Scuola si distingue Böhm il quale, nella sua opera *Wettbewerb und Monopolkampf* (La concorrenza e la lotta per il monopolio) del 1933, afferma che gli attori del mercato devono operare entro un quadro di norme giuridiche volto a garantire a tutti – produttori e consumatori – un'eguale libertà. Tale ordine giuridico presuppone il riconoscimento di diritti di proprietà privata sulle risorse economiche, la libertà contrattuale, l'effettiva applicazione degli accordi e la piena responsabilità per gli obblighi che ne derivano, nonché la responsabilità per i danni arrecati ad altri. Ne consegue che la concorrenza non è un processo spontaneo o anarchico, bensì il risultato dell'esercizio, da parte dei singoli, dei loro diritti di compiere liberamente transazioni di mercato¹²⁴⁵.

In modo particolarmente interessante ai fini di questo discorso e del ruolo del consumatore, Von Hayek concepisce la concorrenza come un effettivo processo dinamico di scoperta¹²⁴⁶. Questo significa che è la stessa concorrenza tra imprese che produce tutte le informazioni necessarie per

un approccio al paradigma della scelta del consumatore tra UE e USA, sottolineando le differenze e possibili convergenze.

¹²⁴³ D. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe*, op. cit., pp. 36-50.

¹²⁴⁴ J. T. ROSCH, *Can consumer choice promote trans-Atlantic convergence of competition law and policy?*, op. cit., pp. 268-289. L'A. sostiene che proprio questo profilo differenzi l'approccio europeo da quello statunitense, il quale tende a valutare i rischi derivanti dal potere economico in chiave più ristretta e di tipo microeconomico, concentrandosi sugli effetti statici e di breve periodo su prezzi e quantità prodotte.

¹²⁴⁵ P. BEHRENS, *The consumer choice paradigm in German ordoliberalism and its impact on EU competition law*, op. cit. sez. III, par. 2.

¹²⁴⁶ Si veda F. VON HAYEK, *Individualism and Economic Order*, Chicago, 1963, p. 92 e s..

determinare i desideri dei consumatori, la loro domanda di beni e servizi specifici e la loro disponibilità a pagare, nonché tutte le informazioni necessarie ai produttori per determinare cosa produrre a quale costo. Precisamente afferma: «*La conoscenza [dei consumatori] delle alternative che hanno di fronte è il risultato di ciò che accade sul mercato, di attività come la pubblicità, ecc.; e l'intera organizzazione del mercato serve principalmente alla necessità di diffondere l'informazione in base alla quale l'acquirente deve agire*»¹²⁴⁷.

In definitiva, il ruolo del diritto della concorrenza è quello di tutelare la concorrenza come ordine all'interno del quale gli individui sono liberi di operare le proprie scelte sul mercato¹²⁴⁸. I consumatori (sovrani o capitani del mercato) devono poter effettuare delle scelte di mercato e per far sì che ciò avvenga, è necessario che la struttura di mercato contempli una pluralità di imprese che offrano servizi alternativi¹²⁴⁹. Più è elevato il grado di concentrazione di mercato e minore è la libertà di scelta.

Si può procedere dunque a traslare tali indicazioni all'interno dei mercati digitali.

Si può parlare di libertà di scelta nei servizi digitali offerti ai consumatori? Hanno effettivamente la libertà di scelta di quali e quanti dati fornire per l'accesso al servizio gratuito? Vi sono conseguenze nel caso in cui i consumatori/utenti decidano di non procedere a divulgare tali dati alla piattaforma o vi sono conseguenze che possono rendere tale scelta non effettivamente libera?

Procedo pertanto a teorizzare due dimensioni della scelta. Una “esterna” (*ex ante market choice*), che corrisponde in larga parte a quella fin qui trattata e una “interna” (*ex post data governance choice*), che rimanda proprio a tali questioni.

¹²⁴⁷ *Ibidem*, p. 94.

¹²⁴⁸ P. BEHRENS, *The consumer choice paradigm in German ordoliberalism and its impact on EU competition law*, op. cit. sez. IV, par. 5.

¹²⁴⁹ *Ibidem*.

6.8.1 La dimensione “esterna” della scelta del consumatore: concentrazione di mercato e assenza di concorrenza in materia di privacy

La dimensione “esterna” di scelta del consumatore (che potremmo definire *ex-ante market choice*), si riferisce alla possibilità che l’utente effettui scelte di consumo all’interno di mercati in cui operino più fornitori di beni o servizi differenti, in condizioni di concorrenza effettiva, potendo liberamente scegliere tra gli stessi.

La scelta nella dimensione esterna è in linea con gli orientamenti sulla politica delle concentrazioni e degli abusi di posizione dominante da esclusione, i quali riconoscono che la riduzione della varietà dei prodotti e servizi (o di operatori) causata dalla riduzione della concorrenza (e, dunque, dall’esclusione di operatori per effetto dell’abuso o da concentrazione), produca danni per i consumatori. Nello specifico, nella bozza del 2025 sugli abusi di posizione dominante da sfruttamento, la Commissione è chiara nel sostenere che *«(u)na concorrenza effettiva spinge gli operatori del mercato a fornire i prodotti migliori in termini di scelta, qualità e innovazione, ai prezzi più bassi per i consumatori»*¹²⁵⁰. Similmente, al paragrafo 5 della bozza, si legge *«(i) danni alla concorrenza causati dal comportamento abusivo di imprese dominanti possono assumere varie forme, quali prezzi più elevati, il deterioramento della qualità di beni e servizi, la riduzione degli incentivi ad innovare o la limitazione della scelta dei consumatori»*¹²⁵¹.

Anzi, questo rientrerebbe nella più ampia nozione di concorrenza basata sui meriti, propria del diritto della concorrenza¹²⁵². Al netto di una

¹²⁵⁰ Commissione europea, Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione della concorrenza, *forthcoming* 2025, par. 1.

¹²⁵¹ *Ibidem*, par. 5.

¹²⁵² Si veda Tribunale dell’Unione, sentenza 17 luglio 1998, T-111/96, *ITT Promedia/Commissione*, ECLI:EU:T:1998:183, par. 138; C. giust. UE, sentenza 12 maggio 2022, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e a.*, ECLI:EU:C:2022:379, par. 75; C. giust. UE, sentenza 27 marzo 2012, C-209/10, *Post Danmark*, ECLI:EU:C:2012:172, par. 24 e giurisprudenza ivi citata; C. giust. UE, sentenza 12 gennaio 2023, C-42/21 P, *Lietuvos geležinkeliai/Commissione*, ECLI:EU:C:2023:12, par. 107. Cfr. anche sentenza della C. giust. UE, sentenza 3 luglio 1991, C-62/86, *AKZO/Commissione*, ECLI:EU:C:1991:286, par. 70; C. giust. UE, sentenza 2 aprile 2009, C-202/07 P, *France Télécom/Commissione*, ECLI:EU:T:2009:214, par. 106, che fanno riferimento al concetto di «concorrenza fondata sui meriti».

valutazione univoca sul concetto di “concorrenza sui meriti”, che dovrebbe essere intesa come quell’insieme di pratiche che appartengono all'ambito di una normale concorrenza basata sui risultati degli operatori economici, si ritiene che da questa i consumatori traggano un beneficio in termini non solo di prezzi più bassi ma anche di un aumento della qualità e, della scelta e varietà dell’offerta.

Tuttavia, come analizzato nel capitolo terzo, i mercati digitali sono strutturalmente concentrati, presentando pochi operatori dominanti ciascuno in un singolo mercato (ad eccezione forse dei sistemi operativi per *smartphone* come Apple e Android).

Questo determina, naturalmente, una restrizione alla scelta tra servizi concorrenti che soddisfano il medesimo bisogno. Tuttavia, determina anche il venir meno della concorrenza tra questi servizi rispetto ad un elemento ulteriore: i livelli di *privacy* offerti.

La scelta dei consumatori oltre che ad essere tra servizi differenti, potrebbe avvenire tra servizi analoghi (quali servizi sostituibili) che offrono livelli di protezione dei dati personali differenti e potenzialmente più protettivi verso i consumatori. Come indicato nel capitolo quarto, l’assenza di concorrenza sui livelli di *privacy* è tipica nei mercati digitali.

Questo approccio alla scelta dei consumatori è simile a quanto affermato dalla Commissione europea nella fusione *Microsoft/LinkedIn*. Per la prima volta, la Commissione ha preso in considerazione l’interrelazione tra protezione dei dati e concorrenza, riconoscendo espressamente che *«to the extent that these foreclosure effects would lead to the marginalisation of an existing competitor which offers a greater degree of privacy protection to users than LinkedIn (or make the entry of any such competitor more difficult), the Transaction would also restrict consumer choice in relation to this important parameter of competition»*¹²⁵³. La concentrazione *Microsoft/LinkedIn* costituisce un punto di svolta nella valutazione della Commissione delle concentrazioni basate sui dati in quanto essa ha ritenuto la concentrazione avrebbe potuto causare un danno alla vita privata dei consumatori, poiché idonea ad eliminare i concorrenti esistenti che offrono ai loro utenti un

¹²⁵³ Commissione europea, *Microsoft/LinkedIn*, cit., par. 350.

livello di protezione della vita privata più elevato di quello di *LinkedIn*. La concentrazione avrebbe quindi limitato la scelta dei consumatori in materia di vita privata, la quale, secondo la Commissione, costituisce un importante parametro di concorrenza.

La Commissione, dunque, inquadra i danni alla *privacy* come una riduzione della scelta dei consumatori al seguito dell'operazione di fusione.

A giudizio di chi scrive, anche in presenza di una concorrenza effettiva tra servizi digitali, non è affatto garantito che ciò produca una dinamica competitiva “al rialzo” sui livelli di protezione dei dati personali.

La ragione è presto detta. L'assenza di concorrenza sui livelli di *privacy* non avviene, non perché le imprese non ritengano che tale elemento possa influenzare la scelta dei consumatori tra servizi differenti.

Le evidenze empiriche sopra riportate lo dimostrano; i consumatori, tra due servizi sostituibili con differenti livelli di protezione dei dati, sceglierebbero quello con maggiori garanzie.

Dal lato dell'offerta, nelle piattaforme basate sulla pubblicità personalizzata, l'assenza di concorrenza su tale elemento è ascrivibile all'assenza di incentivi per le piattaforme digitali ad aumentare i livelli di protezione dei dati personali, posto che, da un aumento di protezione, deriva una riduzione dei dati raccolti, da cui si genera una riduzione di fatturati in termini di pubblicità personalizzata.

Dal lato della domanda, asimmetrie informative, assenza di libertà nel consenso e *dark patterns* limitano l'effettiva capacità dell'utente di selezionare servizi in base alle condizioni di trattamento dei dati.

Si ravvisa un fallimento del mercato “multilivello”: i consumatori esprimono preferenze per livelli più elevati di protezione dei dati, ma il mercato, da solo, non è in grado di tradurre queste preferenze in un meccanismo concorrenziale funzionale.

6.8.2 Dimensione “interna” della scelta: diritto della concorrenza e protezione dei dati personali

La riflessione sulle caratteristiche della concorrenza nei mercati digitali svolta questa ricerca, permette di avanzare la concettualizzazione

di un'ulteriore dimensione di scelta del consumatore: la sua dimensione "interna" rispetto alle condizioni di *privacy policy* del servizio a cui accedono (che potremmo definire *ex post data governance choice*)¹²⁵⁴.

L'idea di fondo è la seguente. La garanzia di una effettiva e libera scelta del consumatore nel mercato avviene in presenza di due condizioni fondamentali: (1) deve esistere una gamma di opzioni per i consumatori rese possibili dalla competizione (dimensione esterna); e (2) i consumatori devono essere in grado di scegliere le condizioni di servizio imposte e queste non devono essere inique, predeterminate e a svantaggio dei consumatori¹²⁵⁵.

Mentre la prima è un noto problema di concorrenza, la seconda merita di essere esplorata.

In primo luogo, affinché i consumatori assumano una decisione di consumo consapevole, nei mercati di servizi in cui la via d'accesso è la cessione di una parte delle informazioni personali che li riguardano, è necessario un quadro chiaro riguardo all'uso che verrà fatto dei loro dati personali e delle sicurezze rispetto alle modalità di trattamento.

Queste sono tutte informazioni che i consumatori sono tenuti ad avere in anticipo al compimento della scelta di mercato, al pari si quanto avviene per i prezzi. È pacifico ritenere che l'indicazione e l'esibizione del prezzo di un prodotto nel momento dell'acquisto, come la sua composizione e le sue caratteristiche, siano questioni oltremodo fondamentali per permettere al consumatore di compiere una scelta informata.

¹²⁵⁴ R. H. LANDE, *Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law*, in DREXL ET AL, *More Common Ground for International Competition Law*, 2011, p. 8. L'A. similmente sostiene che «(a) second broad category of cases when a consumer choice approach will work better involves conduct that increase consumers' search costs or otherwise impairs their decisionmaking ability. This conduct tends to cause consumers to obtain products or services less suited to their needs, at a cost higher in terms of the value of consumers' time, in addition to adversely impacting price».

¹²⁵⁵ Similmente l'A. formula tali indicazioni rispetto al rapporto tra diritto della concorrenza statunitense e la legge a tutela dei consumatori. Cfr. N. W. AVERITT, R. H. LANDE, *Consumer choice: the practical reason for both antitrust and consumer protection law*, in *Loyola Consumer Law Review*, Volume 10, No. 1, 1998, p. 241.

In secondo luogo, una volta avuta contezza delle finalità del trattamento e dei dati personali raccolti, il consumatore deve essere in grado di autodeterminarsi liberamente rispetto all'accettazione di tali condizioni. Questo significa che il consumatore, qualora il consumatore decida di non divulgare i dati personali che siano eccedenti rispetto a quelli necessari per l'accesso ad un servizio gratuito (informazioni di base, ad esempio, necessarie per la creazione dell'account o la registrazione), limitando la raccolta di dati esclusivamente utilizzati per finalità di pubblicità personalizzata, non dovrebbero essere costretti a subire pregiudizi, come la limitazione dell'accesso alla piattaforma.

Tantomeno, le modalità con cui i dati personali vengono raccolti ed utilizzati, devono essere non opache e ingannevoli, o tali da indurre l'utente a non comprendere quanto appena realizzato ed accettare condizioni che non avrebbero accettato qualora in possesso delle informazioni pertinenti¹²⁵⁶.

Queste indicazioni non fanno altro che richiamare i principi, le disposizioni e le ragioni che hanno spinto il regolatore europeo ad adottare il regolamento GDPR (ampiamente illustrate nel capitolo secondo, quarto e quinto) il quale ha fornito ai consumatori gli strumenti per la tutela contro le potenziali asimmetrie informative e squilibri di potere.

In questo senso, la dimensione interna della scelta del consumatore è un mosaico composito delle finalità protettive di due regimi giuridici differenti che hanno legittimità di intrecciarsi nelle dinamiche dei mercati digitali¹²⁵⁷.

Lande, suggerisce che «*that antitrust and consumer protection laws perform different but complementary tasks*»¹²⁵⁸. In questo senso, garantiscono che i consumatori dispongano dei due ingredienti necessari

¹²⁵⁶ Si veda quanto detto nel capitolo secondo e quarto rispetto alle pratiche che restringono l'autodeterminazione informativa e la scelta dei consumatori, ad esempio i *nudging* del consenso e i *dark pattern*.

¹²⁵⁷ Questa affermazione è fatta sulla base dell'analisi della sentenza Meta della CGUE, illustrata nel capitolo quinto.

¹²⁵⁸ Si veda, sul punto, R. LANDE R., N. W. AVERITT, *Using The 'Consumer Choice' Approach To Antitrust Law*, in *Antitrust Law Journal*, op. cit., p. 181.

per esercitare un'efficace scelta di consumo, in relazione alle opzioni ed alla capacità di scegliere effettivamente tra le stesse¹²⁵⁹.

Da un lato, il diritto della concorrenza tutela i consumatori contro squilibri di potere e asimmetrie informative¹²⁶⁰; il potere di mercato non può essere utilizzato ottenere dai consumatori un *surplus* di qualunque tipo (ed in questo caso, qualificato, di estrazione di dati personali) limitando o guidando in modo artificioso la scelta dell'utente. In questo caso, soccorre la categoria dell'abuso di posizione dominante da sfruttamento illustrata nel capitolo terzo.

Dall'altro, vi è la protezione dei dati personali come prevista dal GDPR e dall'articolo 8 della Carta, nonché il diritto fondamentale alla protezione della vita privata previsto dall'articolo 7 della Carta medesima.

La protezione dei dati personali fornisce strumenti che permettono ai consumatori di essere in grado di compiere una selezione libera e razionale tra le opzioni, non compromessa da ostacoli quali l'inganno, la coercizione (psicologica) e la mancata divulgazione di informazioni rilevanti.

In questi termini interconnessi, si sostiene che l'*antitrust* dovrebbe tutelare qualsiasi tipo di scelta che sia di importanza pratica per i consumatori e che contenga profili di diritto della concorrenza.

Una condotta anticompetitiva può essere dunque intesa come un'attività che limita irragionevolmente le scelte disponibili, ad esempio tra un servizio altamente personalizzato (tramite l'analisi dei dati personali) ed un servizio meno personalizzato (caratterizzato dall'assenza del trattamento dei dati personali per la personalizzazione pubblicitaria).

Anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea nel caso *Meta Platforms* (C-252/21) analizzato nel capitolo precedente, ha rimarcato l'esigenza di considerare la protezione dei dati personali quale elemento rilevante nello scrutinio *antitrust*, quando gli utenti non sono consapevoli del trattamento dei dati, quando l'asimmetria informativa e gli squilibri di potere alternano la libertà del consenso, quando si esercita una eccessiva sorveglianza sui consumatori. Quando, in altri termini, si verifica una

¹²⁵⁹ *Ibidem.*

¹²⁶⁰ *Ibidem.*

violazione delle precipe disposizioni del GDPR e da questa si altera il processo concorrenziale e si causa un nocumento ai consumatori¹²⁶¹.

In tal senso, si vuole qui teorizzare la garanzia delle informazioni necessarie e del corretto processo decisionale come un aspetto connesso alla libertà di scelta del consumatore, implicando che l'ordinamento *antitrust* possa intervenire per evitare che il potere di mercato di alcune piattaforme digitali si traduca in una compressione della sovranità individuale, in linea con la tradizione europea ordoliberal¹²⁶².

A fronte di simili situazioni, la tutela *antitrust* è chiamata a sanzionare condotte lesive dei consumatori e riequilibrare situazioni di potere inique ai sensi dell'articolo 102 del TFUE.

In fondo, la stessa politica di concorrenza è finalizzata a tutelare il benessere dei consumatori, le loro preferenze e le loro scelte. Non si vede ragione per la quale non si possa sostenere anche la tutela della dimensione "interna" della libertà di scelta quando rilevante ai fini competitivi. L'operatività pratica verrà approfondita successivamente nelle teorie del danno.

La dimensione interna, come elaborata nel paragrafo precedente, ha trovato un interessante avallo normativo nell'ordinamento *antitrust* tedesco. Data la forte tradizionale ordoliberal, una simile impostazione non risulta di certo nuova; a maggior ragione, se si considera che proprio nell'ordinamento tedesco è stata elaborata la teoria del danno della decisione di *Facebook/Bundeskartellamt*.

Nel 2021 è entrato in vigore il decimo emendamento alla legge tedesca sulla concorrenza (*GWB Digitalization act*), modernizzando ed estendendo il controllo delle pratiche abusive. La nuova sezione 19° prevede l'introduzione di un nuovo *status* giuridico: "*Undertakings of Paramount Significance for Competition Across Markets*" al rispetto di determinati requisiti, tra i quali figura la dominanza, l'accesso ai dati e la posizione di intermediazione per l'accesso al mercato¹²⁶³.

¹²⁶¹ cfr. C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 56.

¹²⁶² Cfr. P. BEHRENS, *The Consumer Choice Paradigm in German Ordoliberalism and its Impact Upon EU Competition Law*, in *Europa-Kolleg Hamburg, Discussion Paper*, No. 1/14, 2014.

¹²⁶³ Sez. 19a GWB, cit., «Nel determinare l'importanza fondamentale di un impegno per la concorrenza tra i mercati, si tiene conto in particolare di: 1. la sua posizione dominante su uno o più mercati, 2. la sua forza finanziaria o il suo accesso ad altre risorse, 3. la sua integrazione

La disposizione attribuisce alle autorità di concorrenza il potere di vietare determinate condotte alle imprese così designate, ritenute lesive per la concorrenza. L'obiettivo è quello di intervenire anche in una fase iniziale al fine di «*mantenere i mercati aperti, promuovere l'innovazione e proteggere la scelta dei consumatori*»¹²⁶⁴.

Proteggere la scelta dei consumatori diviene un obiettivo primario del diritto della concorrenza (nazionale tedesco) la cui importanza è stata sottolineata da tale nuovo strumento.

Nello specifico, ai sensi dell'articolo 19°, sez. 4a del GWB, l'autorità di concorrenza può vietare all'impresa designata, di «*a) subordinare l'utilizzo dei servizi al fatto che l'utente accetti il trattamento dei dati provenienti da altri servizi dell'impresa o da un fornitore terzo senza dare all'utente una scelta sufficiente se, come e a quale scopo tali dati siano trattati*»¹²⁶⁵. In altri termini, vieta l'abuso di posizione dominante da sfruttamento che si sostanzia nell'imposizione di termini e condizioni che concernono direttamente la *privacy* (le *privacy policy* o i *T&C* sulla *privacy*). In questo caso, è vietato all'impresa così designata, subordinare l'utilizzo e l'accesso al servizio all'accettazione da parte dell'utente della combinazione dei dati che provengono da servizi offerti dalla stessa piattaforma (in questi casi, le piattaforme sono sempre ecosistemi), senza dare all'utente «*la scelta sufficiente*» sulle modalità e lo scopo del trattamento.

verticale e le sue attività su mercati altrimenti correlati, 4. il suo accesso ai dati rilevanti per la concorrenza, 5. la rilevanza delle sue attività per l'accesso di terzi ai mercati dell'offerta e della vendita e la sua relativa influenza sulle attività commerciali di terzi» (traduzione dell'autrice).

¹²⁶⁴ Bundeskartellamt, *Rules for the digital economy*, 2021, https://www.bundeskartellamt.de/EN/Digital_economy/RulesDigital_economy/rulesdigitaleconomy_node.html#frage1.

¹²⁶⁵ Il trattamento dei dati rilevante ai sensi di questa disposizione comprende gli scenari in cui possono essere trattati non solo i dati raccolti nell'ambito dell'utilizzo di un determinato servizio, ma anche i dati ottenuti dall'azienda nell'ambito o dall'utilizzo di uno o più dei suoi servizi o da servizi di un fornitore terzo, indipendentemente dal fatto che ciò avvenga apertamente in primo piano o, non facilmente riconoscibile dagli utenti finali, in secondo piano. È quindi possibile che i dati di servizi diversi vengano elaborati tra servizi (elaborazione dati *cross-service*). Tra le altre possibilità, ciò include anche la possibilità di combinare i dati provenienti da diversi servizi. Ciò include non solo il trattamento incrociato dei dati tra i servizi offerti agli utenti finali, ma anche il Trattamento incrociato dei dati provenienti dai servizi offerti agli utenti finali con i dati ottenuti da servizi o sistemi interni o da servizi rivolti a utenti commerciali.

Questo richiama quanto detto in merito alla dimensione interna della scelta; all'utente deve essere garantita la possibilità di scegliere in maniera effettiva se accettare o meno i trattamenti proposti dalla piattaforma. Sarebbe contrario ad una scelta effettiva e genuina subordinare l'accesso al servizio all'accettazione di tutte le condizioni imposte (vedi la combinazione dei dati).

Questo sull'assunto che una scelta effettiva è una componente essenziale del corretto funzionamento dei mercati a garanzia delle tutele sulla libertà di autodeterminazione e dell'autonomia dei consumatori.

In questo senso, il diritto dell'UE può fare propria tale teoria del danno. Si vedrà successivamente come la stessa autorità di concorrenza tedesca ha proceduto ad applicare tale disposizione ai termini e condizioni di Google, con la medesima linea di pensiero elaborata nel caso Meta.

6.9 Il mercato rilevante: il test SSNIP e i mercati *zero-price*

Come illustrato nel capitolo terzo, il mercato rilevante rappresenta uno strumento essenziale utilizzato dalla Commissione per delimitare l'ambito entro cui le imprese si sono concorrenza tra loro¹²⁶⁶. La capacità di un'impresa di influenzare in modo significativo le condizioni di mercato, tradizionalmente il livello dei prezzi, senza essere vincolata da pressioni concorrenziali effettive, è ciò (e, uno degli elementi che) contraddistingue una posizione dominante da una non dominante.

Nei mercati digitali *zero-price*, tuttavia, l'impostazione classica della nozione di potere di mercato, come capacità di aumentare unilateralmente i prezzi, perde la propria capacità descrittiva¹²⁶⁷.

¹²⁶⁶ Commissione europea, Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini del diritto della concorrenza dell'Unione 2024, op. cit. Lo scopo principale della definizione del mercato è individuare in modo sistematico le pressioni concorrenziali effettive e immediate cui le imprese interessate sono soggette quando offrono determinati prodotti in una determinata zona. La definizione del mercato porta all'individuazione dei concorrenti rilevanti dell'impresa o delle imprese interessate quando offrono tali prodotti e dei loro clienti. Solo i prodotti che esercitano pressioni concorrenziali effettive e immediate nel periodo rilevante fanno parte dello stesso mercato rilevante dei prodotti dell'impresa o delle imprese interessate, mentre altre pressioni meno efficaci, o solo potenziali, sono considerate nell'ambito della valutazione sotto il profilo della concorrenza.

¹²⁶⁷ Si rimanda al capitolo terzo, sulle varie nozioni di potere di mercato e dominante.

In tali contesti, caratterizzati da modelli di *business* fondati sulla raccolta e monetizzazione dei dati personali degli utenti, l'equivalente funzionale del potere di aumentare il prezzo non può che essere rappresentato dalla capacità di peggiorare unilateralmente la qualità del servizio, in particolare sotto il profilo della protezione dei dati personali e della vita privata. Ciò implica che la *privacy* può essere considerata non solo un diritto fondamentale, ma anche un parametro concorrenziale suscettibile di essere deteriorato da un'impresa dominante in modo analogo a un aumento di prezzo.

L'inclusione della tutela della vita privata nella definizione del mercato rilevante incontra tuttavia due difficoltà principali. In primo luogo, le metodologie tradizionalmente impiegate dalle autorità di concorrenza per individuare il mercato rilevante sono incentrate sul prezzo, e si fondano su strumenti calibrati su criteri economici classici. In secondo luogo, la concettualizzazione dell'impatto dei parametri non di prezzo ai fini della definizione del mercato e della valutazione del potere di mercato presenta le medesime sfide soggettive in precedenza enunciate¹²⁶⁸.

Quanto alla prima difficoltà, lo strumento tradizionale utilizzato per il calcolo del mercato rilevante (nell'ambito della sostituibilità della domanda) è il cosiddetto SSNIP test (*small but significant non-transitory increase in price*), che mira a individuare l'insieme dei prodotti o servizi tra i quali i consumatori sostituirebbero le proprie scelte a fronte di un piccolo ma significativo e non transitorio aumento di prezzo da parte di un ipotetico monopolista (compreso tra il 5 % e il 10 %).

Tale test, noto anche come test dell'ipotetico monopolista, presuppone l'esistenza di un prezzo positivo e dunque non è applicabile ai mercati in cui i prodotti o servizi sono offerti gratuitamente agli utenti finali¹²⁶⁹.

Questa limitazione è emersa chiaramente in occasione della concentrazione *Facebook/WhatsApp*, nella quale i funzionari della Commissione hanno osservato che lo SSNIP test non fosse idoneo a

¹²⁶⁸ Anche gli A. sostengono tale tesi, M. E. STUCKE, A. GRUNES *Big Data and Competition Policy*, 1st edn, Oxford University Press, 2016.

¹²⁶⁹ *Ibidem*, pg. 108-113.

cogliere le dinamiche concorrenziali del mercato dei servizi gratuiti. Infatti, un aumento del 5 % rispetto a un prezzo pari a zero rimane pari a zero e non modifica il comportamento dei consumatori¹²⁷⁰; di conseguenza, l'ipotetico monopolista continuerebbe a massimizzare i profitti anche mantenendo il prezzo a zero, mentre la concorrenza si gioca su altri parametri come le modalità di reperimento dei finanziamenti.

L'utilizzo esclusivo di strumenti basati sul prezzo conduce, pertanto, a una definizione del mercato rilevante parziale, centrata soltanto sul lato pagante delle piattaforme multilaterali (ad esempio, quello pubblicitario), trascurando il lato gratuito in cui operano i consumatori e dove possono manifestarsi effetti di deterioramento della qualità. Ciò rischia di impedire l'individuazione dei potenziali danni concorrenziali per gli utenti derivanti da condotte abusive o da concentrazioni che incidono sulla protezione della *privacy*.

Ne consegue che le autorità *antitrust* dovrebbero adottare un approccio olistico e multidimensionale alla definizione del mercato, capace di tenere conto delle interdipendenze e delle dinamiche concorrenziali tra i diversi lati delle piattaforme digitali, integrando nel processo analitico non solo variabili di prezzo ma anche parametri di qualità, tra cui in primo piano la protezione dei dati personali e della vita privata. Solo in tal modo è possibile valutare correttamente il potere di mercato delle grandi piattaforme digitali e individuare con precisione le condotte che comportano un deterioramento della qualità del servizio a danno dei consumatori.

6.7.1 Le novità introdotte dalla Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante del 2024: la qualità e il test SSNDQ

Possiamo, a questo punto, analizzare le novità introdotte dalla Commissione europea e prospettare alcune soluzioni alle criticità applicative che emergono in tema di valutazione della tutela della vita privata come parametro concorrenziale.

¹²⁷⁰ Questo profilo è ampiamente analizzato nell'opera di M. E. STUCKE, A. GRUNES, *No Mistake About It: The Important Role Of Antitrust In The Era Of Big Data*, op. cit..

La nuova Comunicazione sul mercato rilevante del 2024 prevede un aggiornamento delle modalità di individuazione del mercato rilevante e del potere di mercato, tenendo conto del mutato contesto dei mercati a cui devono applicarsi. Tra gli elementi che si considerano, *«figura la digitalizzazione e le nuove modalità di offerta di beni e servizi, nonché la natura sempre più interconnessa e globalizzata degli scambi commerciali»*¹²⁷¹.

La Comunicazione chiarisce:

*«Nel definire il mercato rilevante, la Commissione prende in considerazione i vari parametri della concorrenza che i clienti considerano pertinenti nel settore e nel periodo valutati. Tali parametri possono contemplare il prezzo del prodotto, ma anche il suo grado di innovazione, la sua qualità sotto vari aspetti (quali, ad esempio, la sostenibilità, l'efficienza delle risorse, la durata, il valore e la varietà di usi offerti dal prodotto, la possibilità di integrarlo con altri prodotti, l'immagine trasmessa o la sicurezza e la tutela della vita privata) (...) L'importanza relativa che i clienti assegnano a tali parametri può cambiare nel corso del tempo»*¹²⁷².

Pertanto, se la qualità del servizio è un parametro della concorrenza non di prezzo, anch'esso può essere utilizzato per valutare il mercato rilevante e valutare il potere di mercato dell'impresa, sull'assunto che tale potere può essere esercitato al fine di modificare in *peius* le condizioni qualitative del servizio offerto (che considera anche la tutela della vita privata).

A tale riguardo, nella Comunicazione del 2024 quando l'analisi riguarda parametri non legati al prezzo, suggerisce la possibilità di adottare un criterio alternativo allo SSNIP, ossia il SSNDQ test, (*small but significant non-transitory decline in quality*), cioè *«una valutazione del comportamento dei clienti del prodotto a prezzo zero per quanto riguarda il passaggio a un altro prodotto, in risposta a una diminuzione della*

¹²⁷¹ Commissione europea, Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini del diritto della concorrenza dell'Unione 2024, op. cit., par. 3.

¹²⁷² *Ibidem*, par. 15.

qualità di modesta entità ma significativa e non transitoria («SSNDQ»»¹²⁷³.

Il SSNDQ test, quindi, offre un quadro concettuale per analizzare la sostituibilità sul versante della domanda in mercati in cui i prodotti o servizi sono offerti gratuitamente agli utenti. Esso consente di valutare se, a fronte di un peggioramento non transitorio, modesto ma significativo, della qualità di un servizio, i consumatori sceglierebbero di passare a soluzioni concorrenti. In questo modo, il test consente di individuare un mercato rilevante definito anche in funzione della qualità e, di conseguenza, di apprezzare l'eventuale potere di mercato di un'impresa in grado di ridurre tale qualità senza subire una perdita significativa di clientela.

È opportuno evidenziare che il SSNDQ test non era codificato nella precedente Comunicazione del 1997¹²⁷⁴, la quale faceva esclusivo riferimento al test SSNIP. Ciononostante, il test SSNDQ è stato impiegato in via implicita in vari procedimenti relativi a piattaforme digitali.

Così, nel caso *Facebook/WhatsApp*, la Commissione ha riconosciuto che gli utenti scelgono le applicazioni di messaggistica anche sulla base della protezione della privacy e dell'esperienza d'uso; pur senza menzionare espressamente il SSNDQ, ha valutato se un eventuale peggioramento della *privacy policy* conseguente alla fusione potesse indurre una perdita significativa di utenti.

Analogamente, nella decisione *Microsoft/LinkedIn*, la Commissione ha esaminato la rilevanza della qualità dei servizi offerti, inclusa la protezione dei dati, confrontandola con quella di concorrenti come Xing, e ha considerato se la fusione potesse determinare una riduzione della qualità senza che ciò comportasse una fuga significativa di utenti¹²⁷⁵.

¹²⁷³ *Ibidem*, par. 98.

¹²⁷⁴ *Ibidem*, par. 15-19.

¹²⁷⁵ Commissione europea, decisione M.8124, *Microsoft/LinkedIn*, 6 dicembre 2016, par. 350 «(b)y way of example, the results of the Commission's investigation revealed that, today, in Germany and Austria, Xing seems to offer a greater degree of privacy protection than LinkedIn.³³¹ For instance, during the registration process, XING asks users to actively accept XING's privacy policy and Terms & Conditions by ticking a box, whereas LinkedIn users accept LinkedIn's privacy policy automatically when they press the button "join now". Moreover, when XING introduces new services which have an implication on how it collects and/or uses its members' data, it explicitly seeks active consent from the members. In addition, regardless of whether members give their consent in such

Nel caso *Google Android*, relativo a un abuso di posizione dominante, si riscontra la prima applicazione esplicita di un approccio incentrato sulla qualità: la Commissione ha valutato se produttori, utenti e sviluppatori di applicazioni avrebbero abbandonato l'ecosistema Android a fronte di un peggioramento non transitorio e significativo della qualità¹²⁷⁶.

Il Tribunale dell'Unione europea, nella sentenza *Google e Alphabet/Commissione*, ha confermato la legittimità di tale approccio, affermando che «*il test SSNDQ [...] costituiva effettivamente un indizio pertinente per definire un mercato rilevante*», dichiarando allo stesso tempo che «*la definizione di uno standard quantitativo preciso di peggioramento della qualità del prodotto considerato non può essere un prerequisito dell'applicazione del test SSNDQ. [...] Rileva soltanto l'idea secondo cui il peggioramento della qualità rimane lieve, pur essendo significativo e non provvisorio*»¹²⁷⁷.

Queste esperienze mostrano due elementi essenziali: (1) il SSNDQ è uno strumento necessario nei casi in cui la concorrenza si svolge prevalentemente su parametri non di prezzo, come la qualità; (2) esso è già stato utilizzato in pratica, benché non fosse ancora codificato, a riprova della sua funzionalità nei mercati digitali.

Nondimeno, il test presenta criticità strutturali. La stessa Commissione, nella Comunicazione del 2024, riconosce che «*l'applicazione quantitativa del test SSNDQ inoltre è soggetta a diverse difficoltà, anche in relazione alla quantificazione della qualità*»¹²⁷⁸. A differenza del prezzo, infatti, la qualità non è un parametro oggettivo e unidimensionale, ma implica valutazioni spesso soggettive, legate alle percezioni e preferenze dei consumatori.

specific cases or not, they will be able to continue to use XING as such without losing any of the functions to which they previously had access. In contrast, when LinkedIn makes changes to its collection, storing, processing or usage of personal data, LinkedIn only informs the members of those changes and considers that LinkedIn members agree with those changes, if they continue to use LinkedIn's services after they have been notified of the changes».

¹²⁷⁶ Commissione europea, decisione AT.40099, *Google/Andorid*, par. 284-305.

¹²⁷⁷ C. giust. UE, sentenza 14 settembre 2022, *Google e Alphabet/Commissione*, T-604/18, ECLI:EU:T:2022:541, punti 177 e 180.

¹²⁷⁸ Commissione europea, Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini del diritto della concorrenza dell'Unione 2024, op. cit., nota 54.

La complessità aumenta ulteriormente quando si include, fra gli aspetti della qualità, la tutela della vita privata, che è un concetto multidimensionale e difficilmente traducibile in misure standardizzate. L'integrazione della *privacy* nell'analisi concorrenziale richiede la disponibilità di strumenti di calcolo affidabili e oggettivi, in grado di individuare e misurare un «peggioramento significativo e non transitorio» della protezione dei dati personali (ad esempio, un aumento dei costi d'uso indotto da pratiche invasive o da politiche di trattamento meno protettive).

Queste difficoltà rendono più complessa, ma non impossibile. La conduzione di un'analisi concorrenziale fondata sulla qualità. Ciò richiede, tuttavia, un'evoluzione metodologica che consenta di considerare la riduzione della tutela della vita privata come un deterioramento misurabile della qualità, idoneo a costituire un indice del potere di mercato dell'impresa dominante e un potenziale danno per i consumatori.

6.7.2 Valutazione delle alternative: SSNDP test

Al fine di affrontare le criticità emerse nell'applicazione del SSNDQ test, si propone qui la teorizzazione di uno strumento alternativo (o, una variante di tale test), capace di cogliere in modo più diretto il ruolo della *privacy* come parametro concorrenziale.

Posto che, la stessa Commissione nella Comunicazione del mercato rilevante afferma che la qualità del servizio può comprendere vari aspetti, tra i quali «*la tutela della vita privata*»¹²⁷⁹.

¹²⁷⁹ Commissione europea, Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini del diritto della concorrenza dell'Unione 2024, op. cit., par. 15. «*In terzo luogo, nel definire il mercato rilevante, la Commissione prende in considerazione i vari parametri della concorrenza che i clienti considerano pertinenti nel settore e nel periodo valutati. Tali parametri possono contemplare il prezzo del prodotto, ma anche il suo grado di innovazione, la sua qualità sotto vari aspetti (quali, ad esempio, la sostenibilità, l'efficienza delle risorse, la durata, il valore e la varietà di usi offerti dal prodotto, la possibilità di integrarlo con altri prodotti, l'immagine trasmessa o la sicurezza e la tutela della vita privata), nonché la sua disponibilità, anche in termini di tempi di consegna, resilienza delle catene di approvvigionamento, affidabilità della fornitura e costi di trasporto. L'importanza relativa che i clienti assegnano a tali parametri può cambiare nel corso del tempo*».

Lo strumento teorizzato, analogamente al SSNDQ nella fase in cui fu applicato in via di prassi senza essere codificato, non trova ancora espressa menzione nelle Linee guida della Commissione europea; ciò nonostante, la mancata codificazione non costituisce un ostacolo alla sua elaborazione e sperimentazione.

In luogo del consueto SSNIP test (*small but significant non-transitory increase in price*), fondato sulla reazione dei consumatori a un aumento seppur modesto del prezzo imposto da un ipotetico monopolista e, del SSNDQ test, che misura la risposta a un peggioramento della qualità, si propone di teorizzare il SSNDP test (*Small but Significant and Non-transitory Decrease in Privacy*)¹²⁸⁰.

Questo approccio, già discusso da vari autori ma non ancora sistematizzato¹²⁸¹, è concepito per valutare la sensibilità degli utenti a una riduzione, piccola ma significativa e non transitoria, del livello di protezione della *privacy*, muovendo dal presupposto che la protezione dei dati personali costituisca per gli utenti un parametro rilevante di scelta tra servizi concorrenti.

Il test SSNDP si propone di colmare il vuoto analitico e valutare se, in presenza di una riduzione significativa e non transitoria delle garanzie di protezione dei dati personali, un gruppo di consumatori passerebbe a un operatore concorrente al fine di delineare il mercato rilevante.

Tale test potrebbe essere formulato come segue.

¹²⁸⁰ Tale acronimo è stato rintracciato per la prima volta nella letteratura nell'opera di E. DEUTSCHER, *How to Measure Privacy-Related Consumer Harm in Merger Analysis? A Critical Reassessment of the EU Commission's Merger Control in Data-Driven Markets*, in *Faculty of Law, Stockholm University Research Paper*, No. 40. La teorizzazione è stata rintracciata nel documento redatto dall'OECD. Cfr. OECD, *Summary of Discussion on the Roundtable on Quality Considerations in Zero Price Markets, Annex to the Summary Record of the 130th, Meeting of the Competition Committee*, 2018, p. 3. Tuttavia, tale documento non lo configura come strumento autonomo ma come articolazione del test SSNDQ. Difatti, si legge «*Alternatively, one could consider the transfer of large amount of data by the consumers to online platforms as a decrease of privacy for consumers and therefore a decrease of the product quality (also called the SSNDQ test)*».

¹²⁸¹ Si veda, M. NEWMAN, *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundation*, in *University of Pennsylvania Law Review*, pp. 181–182. M. S. GAL, D. L. RUBINFELD, *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*, op. cit., pp. 551–552. M. E. STUCKE, A. P. GRUNES, *Big data and competition policy*, op. cit. pp. 118–122. Si veda *IBA Working Group*, nella risposta alla consultazione pubblica alla bozza della Comunicazione sul mercato rilevante, 2023, reperibile al link <https://www.ibanet.org/document?id=Public-consultation-regarding-the-revised-draft-for-the-Market-Definition-Notice>.

Poiché i termini di protezione dei dati personali sono contenuti nelle *privacy policy*, sarebbe necessario procedere all'individuazione e comparazione delle *privacy policy* dei principali operatori in un determinato mercato. In questo caso, si ipotizzerebbero riduzioni dei livelli di protezione dei dati offerti e valutare l'effetto di queste riduzioni sul comportamento dei consumatori.

Occorre però definire il concetto di “degradazione della privacy” e la sua significatività¹²⁸². Mentre nel SSNIP test la soglia di riferimento è costituita da un aumento di prezzo compreso fra il 5 e il 10 %, nel caso della *privacy*, ritengo che si possa assumere come punto di partenza la violazione delle garanzie previste dal regolamento GDPR e delle tutele minime da esso garantite. Una violazione di norme concepite per fissare uno standard legale di protezione, la cui inosservanza è soggetta a sanzione, deve infatti essere considerata, di per sé, un peggioramento “significativo” della protezione dei dati.

Pur ipotizzando l'adozione di tale test, resta da riconoscere che, nella pratica, l'abbandono del servizio da parte degli utenti in risposta a una riduzione delle garanzie di *privacy* non è un esito scontato (quantomeno nella realtà dei fatti). Gli effetti di rete e l'inesistenza di operatori alternativi sostituibili riducono la capacità di reazione degli utenti, a differenza di quanto avviene di fronte a un aumento dei prezzi, in un mercato concorrenziale e pluralistico.

Ciononostante, l'adozione di un test SSNDP per la definizione del mercato rilevante consente di catturare la dimensione concorrenziale del lato gratuito del mercato. Il test mette in luce il meccanismo di retroazione positiva secondo cui un peggioramento delle garanzie di *privacy* nei confronti degli utenti può aumentare l'attrattiva della piattaforma per gli inserzionisti, accrescendo il valore dei dati raccolti e, di riflesso, la redditività del servizio pubblicitario.

Difatti, sebbene la riduzione della *privacy* possa costituire un elemento si per sé non profittevole per la reputazione dell'impresa, può essere di per sé profittevole, rafforzando la posizione dell'impresa nel

¹²⁸² Anche Deutscher, sottolinea tale aspetto in E. DEUTSCHER, *How to Measure Privacy-Related Consumer Harm in Merger Analysis? A Critical Reassessment of the EU Commission's Merger Control in Data-Driven Markets*, op. cit.

mercato pubblicitario e quindi incidendo sulla concorrenza. Le strategie di deterioramento delle garanzie in materia di dati non sono necessariamente controproducenti per la piattaforma dominante, ma possono costituire una leva strategica per accrescere i profitti.

Sebbene l'applicazione del SSNDP presenti difficoltà nei mercati digitali, caratterizzati da forti effetti di rete, barriere all'ingresso, costi di *switching* e ostacoli all'interoperabilità, tali elementi possono essere incorporati nel modello analitico, ad esempio introducendo concorrenti ipotetici con livelli di protezione più elevati e valutando la reattività della domanda.

In tale quadro, il test SSNDP non deve essere inteso come uno strumento astratto o irrealizzabile, ma come una proposta metodologica evolutiva, suscettibile di essere perfezionata e adattata alla realtà dei mercati digitali.

6.10 Le teorie del danno: la tutela della vita privata e l'abuso di posizione dominante da sfruttamento

La successiva parte del capitolo è dedicata all'elaborazione delle teorie del danno che consentono di cogliere l'intersezione tra il diritto della concorrenza e la tutela dei dati personali e della vita privata nei mercati digitali.

Tale lavoro si pone come particolarmente interessante in quanto si propone adattare al contesto dei mercati digitali *zero-price*, la categoria complessa e frammentata degli abusi di posizione dominante da sfruttamento ai sensi dell'articolo 102 TFUE. Tale categoria non è mai stata oggetto di atti di *soft law*, dunque di orientamenti specifici su tali abusi, che fornissero chiarezza tanto alle autorità di concorrenza, tanto alle imprese rispetto al suo contenuto e ai suoi confini¹²⁸³. La ragione di

¹²⁸³ P. AKMAN, *Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC*, op. cit.. L'A. sostiene che «nel caso dell'articolo 82 CE, l'intento del legislatore è molto importante, in quanto sussistono ancora incertezze circa lo scopo o la portata di tale disposizione dopo anni di attuazione e non esistono ancora orientamenti sulla sua applicazione. Gli obiettivi precisi dell'articolo 82 CE non sono mai stati articolati in alcun documento o decisione formale della Comunità». Questo è da contestualizzare in un momento storico in cui la Commissione non aveva ancora pubblicato le Linee guida sugli abusi da posizione escludenti, che è avvenuta nel 2009. Tuttavia, si può sostenere oggi

questa assenza non è da imputare ad una mancata lesività di tali pratiche, essendo invece imputabile alla ridotta casistica giurisprudenziale che non ha permesso alla Commissione di avere materiale sufficiente all'elaborazione di apposite comunicazioni¹²⁸⁴.

Inoltre, qualora si intenda svolgere un'analisi comparativa di questa categoria con il corrispettivo in altri sistemi giuridici, emerge come essa rappresenti una costruzione concettuale tipicamente europea, priva di un corrispondente diretto nella maggior parte degli ordinamenti *antitrust* di altre giurisdizioni. Negli Stati Uniti, ad esempio, la condotta posta in essere da un'impresa dominante che si traduca nello sfruttamento dei consumatori non è annoverata tra i comportamenti vietati dalla sezione 2° dello *Sherman Act*¹²⁸⁵. Si ricorda come, nel caso *Trinko*, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha chiarito che l'applicazione di prezzi di monopolio non sono in contrasto con la sezione 2° dello *Sherman Act*, poiché costituiscono un elemento importante del sistema di libero mercato¹²⁸⁶.

I redattori del Trattato di Roma hanno operato una precisa scelta, codificando questa categoria all'interno dell'articolo 102, secondo comma, lettera a), TFUE il quale prevede, come tipologia vietata di abuso di posizione dominante, la condotta che consiste «nell'imporre

che la mancanza di Linee guida sugli abusi da sfruttamento, contribuisca alla mancanza di indicazioni univoche su tale categoria di abuso.

¹²⁸⁴ È oggettivamente vero che alcune delle condotte che possono configurare un abuso di posizione dominante da esclusione, possono altresì rilevare per gli abusi da sfruttamento. Nelle citate bozze della Commissione europea del 2025 sugli abusi escludenti, si legge al paragrafo 11 «*Sebbene le presenti linee direttrici riguardino solo gli abusi volti ad escludere la concorrenza, i principi pertinenti per la valutazione della posizione dominante (sezione 2) e le giustificazioni basate sulle oggettive necessità e sulle efficienze (sezione 5) sono pertinenti anche ai fini della valutazione di altre forme di comportamento abusivo, quali gli sfruttamenti abusivi*». Dunque, la mancata adozione di Linee guida al riguardo, è spiegata per l'assenza di una casistica giurisprudenziale solida che permetta di elaborare astrarre principi generalmente applicabili, come è avvenuto per gli abusi escludenti.

¹²⁸⁵ *Sherman Act, Section 2. Monopolizing trade a felony; penalty*, «*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court*». H. SCHWEITZER, *The History, Interpretation and Underlying Principles of Section 2 Sherman Act and Article 82 EC*, EHLERMANN e MARQUIS, *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Hart Publishing, 2008.

¹²⁸⁶ Si veda U.S. Supreme Court, *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398 (2004).

direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque» alle controparti commerciali, tra cui figurano i consumatori. Si tratta due di due ipotesi: l'applicazione di prezzi e di condizioni contrattuali iniqui. Tale impostazione è anche "sopravvissuta" alla modernizzazione del diritto europeo della concorrenza (cd. *more economic approach*); come argomentato da Witt, «*Given its focus on fairness, it seemed like a poster child of the former 'legalistic' approach and a prime candidate for the cull. Maybe the Commission simply wished to keep its options open*»¹²⁸⁷.⁴

Data la sinteticità di tale inciso, la giurisprudenza della Corte ha contribuito a delineare la categoria. La formulazione dell'articolo 102 ha chiaramente lo scopo di intervenire contro il comportamento di sfruttamento. Una condotta di sfruttamento ricorre quando l'impresa in posizione dominante impiega il proprio potere di mercato per arrecare un pregiudizio diretto ai consumatori o ai propri clienti, imponendo prezzi non equi ovvero condizioni commerciali ingiustificate o eccessivamente gravose, che essi sono costretti ad accettare in quanto privi di alternative effettive nel mercato¹²⁸⁸.

In applicazione di quanto detto nel capitolo terzo, l'articolo 102 del Trattato non vieta la posizione dominante ma il suo abuso; dunque, la dominanza fa scattare una responsabilità speciale, richiedendo loro di non abusare di tale posizione¹²⁸⁹. La portata effettiva della responsabilità che grava sull'impresa dominante deve essere valutata alla luce delle circostanze specifiche di ciascun caso. In linea generale:

«la responsabilità speciale delle imprese in posizione dominante non si limita ai soli comportamenti idonei a rafforzare la posizione dominante dell'impresa interessata o a ridurre il livello di concorrenza

¹²⁸⁷ A. C WITT, *Unfair Trading Conditions—the Revival of a Dormant Concept of EU Competition Law*, op. cit., p. 7.

¹²⁸⁸ C. giust. UE, causa 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal v Commission*, cit., par. 249, «*abbia sfruttato le possibilità che essa offre [la posizione di dominio] per trarne vantaggi commerciali che non sarebbe riuscita a procurarsi in caso di concorrenza normale e sufficientemente attiva*». P. AKMAN, *Searching for the Long-Lost Soul of Article 82EC*, in op. cit.; A. C WITT, *Unfair Trading Conditions—the Revival of a Dormant Concept of EU Competition Law*, op. cit., p. 1.

¹²⁸⁹ Si ricordano le rilevanti pronunce in materia causa C. giust. UE, C-52/09 *TeliaSonera Sverige*, cit. par. 84; causa T-162/17 *Google and Alphabet v Commission (Google Shopping)*, cit., par. 165.

nel mercato, poiché l'articolo 102 del Trattato riguarda non solo le pratiche che ostacolano la concorrenza effettiva, ma anche quelle che possono arrecare danno direttamente ai consumatori o alle imprese. In considerazione di tale responsabilità speciale, spetta alle imprese dominanti comportarsi in modo proporzionato rispetto agli obiettivi legittimi che intendono perseguire»¹²⁹⁰.

In linea generale, la sopra accennata ritrosia ad applicare tale comma è spiegata sulla base di alcune ragioni. Come argomentato dall'AG Wahl nelle sue conclusioni in *Latvian Copyright Society*, «non è necessario applicare tale disposizione in un mercato libero e concorrenziale: senza barriere all'ingresso, i prezzi elevati dovrebbero normalmente attrarre nuovi operatori. Il mercato dovrebbe di conseguenza auto-correggersi»¹²⁹¹.

In altri termini, se una condotta della dominante comporta l'aumento dei prezzi o l'imposizione di condizioni contrattuali inique a danno dei consumatori, questi ultimi avranno la possibilità di scegliere altri prodotti e servizi. In questo modo, non scegliendo un dato operatore economico per le condizioni imposte, questo sarà costretto a modificare le sue tariffe o condizioni per restare competitivo o uscire dal mercato.

Il mercato si autocorregge e l'intervento delle autorità di concorrenza non risulta necessario.

Tuttavia, nei mercati digitali si verifica esattamente lo scenario “controfattuale” che legittimerebbe l'applicazione degli abusi da sfruttamento. I mercati digitali hanno elevate barriere all'ingresso e all'espansione poste dal possesso dei dati personali in capo a poche grandi imprese, agli effetti *lock-in* e agli effetti di rete (come spiegato nel capitolo terzo). Le situazioni di dominanza nei mercati digitali sono ampie e radicate, scoraggiando nuovi entranti nel mercato. Questo determina l'impossibilità del mercato di auto-correggersi, fornendo livelli di

¹²⁹⁰ Commissione Europea, decisione AT.40437, *Apple App Store Practices (Music Streaming)*, 4 marzo 2024, par. 525.

¹²⁹¹ Conclusioni dell'AG Wahl nel caso C-177/16 *Biedrība 'Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra—Latvijas Autoru apvienība' v Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2017:286, di seguito *Latvian Copyright Society*, par. 4 e ss.

protezione dei dati personali e di scelta dei consumatori che siano equi per i consumatori, legittimando l'intervento di concorrenza.

Di recente si è manifestata una rinnovata attenzione agli abusi da sfruttamento, a partire dal settore farmaceutico¹²⁹², fino a coinvolgere direttamente i mercati digitali. Si possono citare i casi *Google Ads Rules*¹²⁹³ e *Google News*¹²⁹⁴ aperti dall'Autorità di concorrenza francese, l'indagine sulle pratiche di Apple e i fornitori di app di incontri online¹²⁹⁵ dell'Autorità di concorrenza olandese, il caso *Apple/Spotify*¹²⁹⁶ della Commissione europea nel 2024, nonché il procedimento nei confronti di Google da parte del *Bundeskartellamt*, rispetto ai termini di *privacy policy*¹²⁹⁷ (che segue la teoria del danno del caso *Meta*).

Poiché questa ricerca vuole indagare l'interconnessione tra concorrenza e *privacy*, le sezioni successive sono dedicate alle specifiche teorie del danno ai consumatori suscettibili di integrare gli estremi dell'articolo 102 lett. a) del TFUE. L'intenzione è quella di adattare gli approcci esistenti alle nuove pratiche nei mercati *zero-price*.

In tale prospettiva, assumono rilievo pratiche quali lo sfruttamento dei dati personali attraverso strumenti di tracciamento di terze parti e la strutturale opacità delle informative sulla *privacy*, al fine di valutare se tali condotte possano qualificarsi come legittime o, viceversa, come

¹²⁹² F. M ABBOTT, *Excessive Pharmaceutical Prices and Competition Law: Doctrinal Development to Protect Public Health*, UC Irvine Law Review, 2016; M. COLANGELO, C. DESOGUS, *Antitrust Scrutiny of Excessive Prices in the Pharmaceutical Sector: A Comparative Study of the Italian and UK Experiences*, in *World Competition*, 2018; OECD, *Excessive Prices in Pharmaceutical Markets*, DAF/COMP(2018)12, 2018.

¹²⁹³ Autorité de la Concurrence, decisione 19-D-26, 19 dicembre 2019, sulle pratiche utilizzate nel settore della pubblicità online, *Google Ads Rules*, reperibile al link <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/decision/regarding-practices-implemented-sector-online-search-advertising-sector>>.

¹²⁹⁴ Autorité de la Concurrence, decisione 21-D-17, 12 luglio 2021, sulla compliance della sanzione applicata a Google con decisione 20-MC-01, 9 aprile 2020 <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-au-respect-des-injonctions-prononcees-lencontre-de-google-dans-la-decision-ndeg>> .

¹²⁹⁵ Commissione Europea, *Press Release, Commission closes investigation into Apple's user choice obligations and issues preliminary findings on rules for alternative apps under the Digital Markets Act*, 23 aprile 2025, reperibile al link https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1086.

¹²⁹⁶ Commissione Europea, decisione AT.40437, *Apple App Store Practices (Music Streaming)*, 4 marzo 2024.

¹²⁹⁷ *Bundeskartellamt*, B7-70/21, *Decision pursuant to Section 19a(2) sentence 4 in conjunction with Section 32b(1) GWB*.

abusive alla luce del diritto *antitrust* europeo e della particolare responsabilità che incombe sulle piattaforme digitali in posizione dominante. L'urgenza di tale analisi, inoltre, è destinata ad accentuarsi con l'evoluzione delle tecnologie basate sull'intelligenza artificiale, le quali si fondano su un utilizzo sempre più pervasivo dei dati personali, quale risorsa strategica essenziale per l'innovazione tecnologica.

Nelle sezioni che seguono si utilizzerà la (ridotta) casistica giurisprudenziale in materia di abuso di posizione dominante da sfruttamento per prezzi e condizioni inique e dai contributi dottrinali¹²⁹⁸, nonché la giurisprudenza successiva specifica dei mercati digitali (come il caso *Meta Platforms*, (C-252/21), tenendo in considerazione la disciplina sulla protezione dei dati personali prevista dal GDPR, nonché dei diritti fondamentali.

6.11 Raccolta di dati personali come prezzo eccessivo

6.11.1 Criteri United Brands nei mercati zero-price

In questa prima parte, si procederà ad esplorare come l'articolo 102 lettera a) del TFUE, riguardo il divieto di prezzi iniqui e la sua giurisprudenza possano essere applicati al contesto digitale. Segnatamente, si procede ad ipotizzare una comparazione tra prezzi eccessivi ed una "eccessiva" raccolta di dati personali, al fine di catturare gli effetti da sfruttamento verso i consumatori.

Sebbene i prezzi eccessivi siano la forma più comune di sfruttamento che si è ravvisata nella casistica giurisprudenziale¹²⁹⁹, sono

¹²⁹⁸ La più recente dottrina si è espressa su tali questioni, prendendo in considerazione l'abuso di posizione dominante e i dati personali da vari punti di vista. Per la dottrina dei prezzi eccessivi, si veda D.S EVANS, A. J. PADILLA, *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2005; Per la teorizzazione di tali abusi nei mercati digitali, si veda V. H. S. E. ROBERTSON, *Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data*, in *Common Market Law Review*, 2020; G. MONTI, A. DE STREEL, *Exploitative Abuses: The Scope and the Limits of Article 102 TFEU*, in *RSC Working Paper 2023/62*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2023.

¹²⁹⁹ A. EZRACHI, D. GILO, *The Darker Side of the Moon: Assessment of Excessive Pricing and Proposal for a Post-Entry Price-Cut Benchmark*, in EZRACHI, *Article 82 EC: Reflections on its Recent Evolution*, Hart Publishing, 2009.

anche quelli maggiormente controversi. Si per sé, non risulta agevole determinare quando un prezzo possa dirsi “eccessivo” (si rimanda al capitolo terzo); difficoltà che si acuisce se si considera la complessità di stabilire quando i dati personali raccolti possono essere considerati eccessivi.

In linea generale, possono delinearsi due differenti impostazioni teoriche circa l’individuazione del parametro del prezzo nei mercati digitali caratterizzati. Da un lato, si può prospettare la possibilità di determinare il valore economico dei dati personali, così da individuare un parametro di prezzo vero e proprio¹³⁰⁰. Tale impostazione implica una complessa operazione di quantificazione del valore economico dei dati forniti dagli utenti¹³⁰¹. Sebbene l’operazione presenti indubbi profili di difficoltà tecnica, non è considerata impraticabile: la letteratura economica ha elaborato diversi approcci metodologici, che spaziano da modelli di valutazione di mercato (*market-based valuation*), a modelli fondati sulla valutazione individuale (*willingness to pay / willingness to accept*), sino a soluzioni ibride che combinano entrambi i criteri¹³⁰². Tuttavia, il calcolo diventa maggiormente delicato (o forse sconsigliato) se si valorizza la componente non monetaria dei dati personali, poiché la loro tutela attiene ad un diritto costituzionalmente garantito (articoli 7 ed 8 della Carta) non suscettibile di quantificazione né mercificazione¹³⁰³.

Dall’altro lato, si colloca la prospettiva che qui si intende sviluppare, la quale non mira a quantificare il valore economico dei dati al fine di ricavarne un prezzo in senso stretto, bensì propone un’interpretazione estensiva del concetto di “prezzo” ai sensi del diritto della concorrenza. Posto quanto affermato nel paragrafo 6.5, i mercati *zero-price* prevedono una forma impropria di corrispettivo, rappresentata

¹³⁰⁰ Si vedano gli studi avanzati in OECD, *Exploring the Economic of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*, in *OECD Digital Economy Paper*, n. 220, 2013.

¹³⁰¹ Si veda anche C. M. BUTIEN, *Exploitative Abuses in Digital Markets: Between Competition Law and Data Protection Law*, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2020, p. 276.

¹³⁰² Si veda OECD, *Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*, op. cit.; G. MALGIERI, B. CUSTERS, *Pricing Privacy – the Right to Know the Value of Your Personal Data*, in *Computer Law & Security Review*, 2018.

¹³⁰³ Si veda su tale punto W. KERBER, *Digital markets, data, and privacy: competition law, consumer law and data protection*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 11, 2016, pp. 856–866.

dalla cessione di dati personali alla piattaforma. Si procede dunque ad una analogia tra prezzi e dati personali intesi come “prezzi non monetari”, applicando i criteri ed i test legali per i prezzi eccessivi stabiliti dalla giurisprudenza dell’Unione.

È utile qui riportare le coordinate di tale giurisprudenza per procedere all’applicazione analogica al contesto digitale¹³⁰⁴. La teoria è stata elaborata nella causa *United Brands*, mira ad individuare il carattere eccessivo del prezzo rispetto al valore economico del prodotto e la sua iniquità¹³⁰⁵. Ulteriori criteri sono stati in *Latvian Copyright society*¹³⁰⁶.

Riprendendo le mosse dalla causa *United Brands*, la Corte di giustizia ha sviluppato un *test* in due fasi per determinare l’eccessività dei prezzi. Il prezzo è eccessivo quando è privo di ogni ragionevole rapporto con il valore economico della prestazione fornita¹³⁰⁷.

Nella prima fase si determina, in modo obiettivo, la sproporzione sulla base di un raffronto tra il prezzo di vendita e il costo di produzione¹³⁰⁸. Nella seconda fase, si determina se questa sproporzione sia eccessiva e, una volta accertata tale sproporzione eccessiva, è necessario accertare se il prezzo sia equo in sé (in termini assoluti) o, rispetto ai prodotti dei concorrenti (in termini relativi)¹³⁰⁹. Il test non è immutabile, posto che la stessa sentenza ammette la possibilità di adottare altri metodi facendo riferimento alla dottrina economica per la valutazione dell’iniquità¹³¹⁰.

¹³⁰⁴ Per una trattazione dettagliata si veda R. WHISH, D. BAILEY, *Competition Law*, op. cit., p.756 e ss.; L. F. PACE, *Diritto Europeo della Concorrenza, Divieti antitrust, controllo delle concentrazioni e procedimenti applicativi*, CEDAM, 2007, p. 159 e ss.; P. MANZINI, *Diritto Antitrust dell’Unione europea*, op. cit., p. 203 e ss.

¹³⁰⁵ C. giust. UE, sentenza 14 febbraio 1978, in causa C-27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV contro Commissione delle Comunità Europee*, ECLI:EU:C:1978:22, par. 252.

¹³⁰⁶ C. giust. UE, sentenza 14 settembre 2017, in causa C-177/16, *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra / Latvijas Autoru apvienība (Latvian Copyright Society)*, ECLI:EU:C:2017:689.

¹³⁰⁷ C. giust. UE, sentenza 14 febbraio 1978, in causa C-27/76, *United Brands*, cit., par. 250.

¹³⁰⁸ *Ibidem*, par. 251.

¹³⁰⁹ *Ibidem*, par. 252. Per ulteriori casi sui prezzi eccessivi, si veda C. giust. UE, sentenza 19 dicembre 1974, in causa 26/75, *General Motors Continental NV contro Commissione delle Comunità Europee*, ECLI:EU:C:1975:150.

¹³¹⁰ *Ibidem*, par. 53.

Mutuando al contesto dei mercati digitali, nella prima fase occorre individuare il “prezzo” effettivamente sostenuto dall’utente, ossia la quantità e qualità dei dati personali ceduti alla piattaforma, anche per il tramite di strumenti di tracciamento di terze parti. A questo si deve affiancare una stima del “costo” sostenuto dal fornitore del servizio o, si aggiunge, il valore del servizio reso¹³¹¹.

Rispettivamente all’individuazione del prezzo, riprendendo quanto stabilito dalla Direttiva UE 770/2019, i dati che possono costituire (sebbene impropriamente) la controprestazione per l’accesso al servizio e, dunque il prezzo, sono i dati non necessari all’esecuzione del contratto (in questo caso, della fornitura del servizio digitale, come quelli per la creazione dell’account o della registrazione al servizio), finalizzati alla monetizzazione secondaria tramite la pubblicità personalizzata, miglioramento del servizio e personalizzazione dei contenuti¹³¹².

Ciò posto, la sola analisi quantitativa dei dati non necessari all’esecuzione del servizio, non è sufficiente a rivelare il reale valore dei dati per la piattaforma. Si devono tenere in considerazione la diversità delle fonti da cui i dati personali vengono raccolti (ad esempio, se sono

¹³¹¹ W. KERBER, *Digital Markets, Data, and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection*, op. cit.

¹³¹² Direttiva UE 770/2019, art. 3. Questo si applica «fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall’operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l’assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l’operatore economico e quest’ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti». Si veda anche considerando 25, il quale recita «Se il contenuto digitale e i servizi digitali non sono forniti contro il pagamento di un prezzo, la presente direttiva non dovrebbe applicarsi alle situazioni in cui l’operatore economico raccoglie dati personali esclusivamente per fornire contenuto digitale o servizi digitali o al solo scopo di soddisfare obblighi di legge. Tali situazioni possono includere, ad esempio, casi in cui la registrazione del consumatore è obbligatoria a norma delle leggi applicabili ai fini di sicurezza e di identificazione. La presente direttiva non dovrebbe nemmeno applicarsi a situazioni in cui l’operatore economico raccoglie solo metadati, come informazioni sul dispositivo del consumatore o la cronologia di navigazione, tranne nel caso in cui tale situazione sia considerata come un contratto dal diritto nazionale. Analogamente, la presente direttiva non dovrebbe applicarsi alle situazioni in cui il consumatore, senza avere concluso un contratto con l’operatore economico, è esposto a messaggi pubblicitari esclusivamente al fine di ottenere l’accesso ai contenuti digitali o a un servizio digitale. Tuttavia, gli Stati membri dovrebbero mantenere la facoltà di estendere l’applicazione della presente direttiva a tali situazioni o di disciplinare in altro modo le situazioni escluse dall’ambito di applicazione della presente direttiva».

raccolti sia nella piattaforma che al di fuori, tramite strumenti di tracciamento di terze parti), della loro aggregazione e combinazione¹³¹³.

La fase si completa individuando, dall'altro, il costo per il servizio digitale erogato nonché, in una prospettiva complementare, una stima del valore di tale servizio come percepito dagli utenti.

Rispetto alla determinazione dei costi di fornitura del servizio, si devono considerare i costi fissi (infrastrutture tecnologiche, sviluppo e manutenzione della piattaforma, costi di sicurezza e compliance, costi di governance), costi variabili ed irrecuperabili per il servizio e la sua erogazione, gli investimenti iniziali e la remunerazione ragionevole dei costi e investimenti sostenuti dall'impresa in relazione al servizio in questione¹³¹⁴. Inoltre, si devono aggiungere anche i costi sostenuti in relazione all'acquisizione, elaborazione, conservazione dei dati quando utilizzati per fornire pubblicità personalizzata. Nel calcolo di tali costi, è necessario anche considerare la presenza delle forti economie di scala di cui godono le imprese digitali dominanti¹³¹⁵.

Il raffronto tra dati e costi sostenuti potrebbe essere complesso, implicando la necessità di stimare successivamente la sproporzione tra il valore generato dalla piattaforma per quei dati personali (ad esempio il fatturato in *advertisement*) ed i costi sostenuti.

Pertanto, nei mercati digitali, si può suggerire l'adozione di un aggiustamento teorico, potenzialmente alternativo. Le autorità potrebbero concentrarsi sulla stima del valore percepito dagli utenti (quella che

¹³¹³ N. ECONOMIDES, I. LIANOS, *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Competition Law Perspective*, op. cit.. Si legge: «il carattere "eccessivo" dell'estrazione non riguarderà il volume dei dati, ma la combinazione di più fonti di dati che possono fornire all'impresa dominante la capacità di prevedere la mappa delle preferenze degli utenti, al di là di quanto necessario per il completamento della specifica operazione o di operazioni analoghe in futuro, e i dati raccolti che non sono utilizzati per migliorare la qualità del servizio all'utente nello specifico» (traduzione dell'autrice).

¹³¹⁴ N. ECONOMIDES, I. LIANOS, *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Competition Law Perspective*, op. cit.. D. S. EVANS, A. J. PADILLA, *Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules*, op. cit.

¹³¹⁵ Sebbene l'individuazione di tali fattori potrebbe non risultare agevole in ogni caso, non si può escludere l'applicabilità del test; tali basi, unitamente al progresso del calcolo del valore dei dati e la presenza di dati certi che permettano le stime (che possono essere agevolmente reperiti tramite la collaborazione con le imprese sotto indagine), potrebbero rendere tale prima parte del test pienamente operativa e percorribile nei mercati digitali, valutando un divario consistente tra i dati raccolti ed i costi (e dunque il valore) del servizio fornito.

potremmo definire *perceived user value*) del servizio digitale. Questa dimensione è di natura soggettiva e qualitativa, ad esempio considerando le funzionalità del servizio, interoperabilità, garanzie di sicurezza, personalizzazione pubblicitaria e dei contenuti (desiderata o indesiderata). Questo valore può essere reperibile tramite indagine settoriali presso i consumatori di riferimento, chiedendo agli utenti quanti e quali dati personali sarebbero ragionevolmente disposti a conferire alla piattaforma per un tale servizio e rispettivamente la disponibilità a conferire più dati per la personalizzazione pubblicitaria¹³¹⁶.

L'autorità non deve solo accertare che la quantità di dati raccolta ecceda quella necessaria a fornire il servizio (fase 1), ma anche determinare se tale eccedenza sia giustificata «*in base a criteri oggettivi, appropriati e verificabili*»¹³¹⁷.

In primo luogo, si potrebbero utilizzare un *benchmark* normativo, in questo caso valutando la quantità di dati raccolta alla luce delle disposizioni previste dal diritto applicabile, in particolare dal GDPR (principio di minimizzazione dei dati, art. 5, par. 1, lett. c) e nozione di necessità per l'esecuzione del contratto, art. 6, par. 1, lett. b)). Se una piattaforma raccoglie dati ulteriori rispetto a quelli necessari per la fornitura del servizio (ad es. dati di geolocalizzazione raccolti per un servizio di messaggistica), ciò può costituire indice di eccessività se non debitamente giustificati. L'applicazione di un *benchmark* normativo, tra l'altro avvalorato dalla CGUE nella sentenza Meta (C-252/21), rappresenta un criterio oggettivo e verificabile, riducendo la

¹³¹⁶ Una simile impostazione non è estranea alle logiche dell'enforcement di concorrenza. Si ricorda difatti, l'Autorità Olandese di concorrenza, nella decisione ACM, DM/2014/206028, 2014, *Analysis of the sustainability arrangements concerning the Chicken of Tomorrow*. In tale decisione, l'autorità di concorrenza ha ravvisato una ipotesi di prezzi eccessivi imposti al seguito di un accordo tra più imprese, dove l'aumento del prezzo (1,46 euro rispetto a quanto precedentemente praticato) era giustificato dalle stesse per i benefici ambientali che avevano apportato. In questo caso, l'autorità è giunta alla conclusione dell'esistenza di un prezzo eccessivo, tramite indagini presso i consumatori interessati, nelle quali è emerso che il prezzo che i consumatori sarebbero disposti a pagare per l'aumento di benessere degli animali è di 0,68 euro in più e 0,14 euro per i vantaggi ambientali positivi. Il vantaggio totale percepito dai consumatori per tali benefici è di 0,82 centesimi, ovvero circa la metà del prezzo maggiorato applicato. Si può dunque mutuare tale approccio, richiedendo ai consumatori quanti dati personali (dunque i tipi di dati e le fonti da cui sono raccolti) al fine di valutare l'eccessività dei dati sulla base di quanto riferito dai consumatori.

¹³¹⁷ C. giust. UE, sentenza 14 settembre 2017, in causa C-177/16, *Latvian Copyright Society*, par. 41.

discrezionalità dell'autorità *antitrust*, utilizzando il meccanismo di cooperazione tra le autorità competenti.

In secondo luogo, si potrebbe ulteriormente valutare se, il trattamento dei dati personali a fini della personalizzazione dei servizi, crei un effettivo vantaggio e beneficio all'esperienza utente del consumatore. L'ingiustizia potrebbe essere valutata confrontando il volume e la qualità dei dati richiesti con il valore del servizio offerto (ad es. in termini di funzionalità, sicurezza, personalizzazione). A tal fine, rileva un passaggio della sentenza *Meta Platform C-252/21*:

*«la personalizzazione dei contenuti non appare necessaria per offrire a tale utente i servizi del social network online. Tali servizi possono, eventualmente, essergli forniti sotto forma di un'alternativa equivalente che non implichi tale personalizzazione, che non è dunque oggettivamente indispensabile per una finalità che faccia parte integrante di detti servizi»*¹³¹⁸.

La capacità delle imprese digitali di aggregare dati provenienti da contesti distinti consente loro di costruire vere e proprie mappe predittive delle preferenze individuali, eccedendo di gran lunga le esigenze funzionali del servizio specifico. Si tratta di un vero giudizio di proporzionalità, basato sull'idea che l'utente "paga" in dati personali e, che, una divulgazione eccessiva, sproporzionata al beneficio (valore ottenuto), può costituire una forma di sfruttamento abusivo. Se si riscontra che un'ampia porzione dei dati raccolti risulti essere a detrimento della qualità del servizio erogato, poiché destinata esclusivamente a finalità pubblicitarie non utili ai consumatori, può prospettarsi una sproporzione tra prezzo pagato e valore del servizio reso¹³¹⁹. In aggiunta, la stessa Corte afferma che tale pratica *«può suscitare in quest'ultimo la sensazione di una continua sorveglianza della sua vita privata»*¹³²⁰.

In terzo luogo, si potrebbe considerare l'assenza di trasparenza delle *privacy policy* e la mancanza di scelta effettiva¹³²¹. La determinata pratica può essere ritenuta ingiusta quando l'utente non dispone di una

¹³¹⁸ C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 102.

¹³¹⁹ Si rimanda a quanto detto sopra in materia di qualità e livello di protezione dei dati personali.

¹³²⁰ C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 118.

¹³²¹ Si rimanda in questo caso alla dimensione interna della scelta.

scelta realmente libera e informata riguardo al conferimento dei dati, per via di informative oscure, interfacce ingannevoli (*dark patterns*), assenza di opzioni di *opt-out*, complessità di modifica delle impostazioni di default, nonché pratiche di raggruppamento del consenso¹³²². Si rimanda dunque a quanto detto in materia di dimensione “interna” della scelta.

Anche in questo caso, rileva la giurisprudenza della CGUE in *Meta Platforms* (C-252/21), che è applicabile al caso di specie per le considerazioni sulla libertà del consenso¹³²³ e sulle ragionevoli aspettative dell’utente a tracciamenti invasivi imposti¹³²⁴, non negoziati e non trasparenti¹³²⁵.

Infine, si potrebbe prospettare una teoria ibrida che leghi gli effetti da sfruttamento dei consumatori a finalità escludenti e all’innalzamento di barriere all’ingresso. Si può considerare “ingiusta” la raccolta di dati che, eccedendo quanto necessario per l’erogazione del servizio, viene utilizzata per rafforzare barriere all’ingresso, cristallizzare il potere di mercato ed ostacolare l’espansione dei concorrenti (es. accumulando *dataset* esclusivi). L’acquisizione sistematica di dati *cross-service* (il tracciamento dei dati *Off-Facebook* avvenuto nel caso *Meta/Bundeskartellamt*) può costituire non solo un prelievo eccessivo ai danni degli utenti ma anche una strategia anticoncorrenziale¹³²⁶. Questa interrelazione tra sfruttamento

¹³²² C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 117.

¹³²³ La C. giust. UE ritiene che gli squilibri di potere e le asimmetrie informative rendono il consenso non valido e non liberamente prestato, cfr. C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 150.

¹³²⁴ *Ibidem*. La stessa C. giust. UE ha affermato (sebbene in relazione alla base giuridica dell’interesse legittimo e non del consenso) che gli utenti «*malgrado la gratuità dei servizi di un social network online quale Facebook, l’utente di quest’ultimo non può ragionevolmente attendersi che, senza il suo consenso, l’operatore di tale social network tratti i suoi dati personali a fini di personalizzazione della pubblicità*». Inoltre, i dati degli utenti vengono raccolti nel corso del tempo e da siti esterni non previamente individuati, dunque, potrebbero non avere contezza nella futura raccolta di dati personali che li riguardano e da quali fonti sono raccolte.

¹³²⁵ Gli utenti, difatti, spesso sopravvalutano il valore dei servizi offerti dalle piattaforme digitali, mentre sottovalutano il valore dei dati personali che divulgano in cambio. In molti casi, come evidenziato, gli utenti possono anche non essere consapevoli della misura in cui gli strumenti di tracciamento siano in grado di raccogliere dati personali che li riguardano, e quindi non essere informati sulla portata della controprestazione che una determinata politica sulla *privacy* richiede da parte loro. Cfr. N. NEWMAN, *The Costs of Lost Privacy: Consumer Harm and Rising Economic Inequality in the Age of Google*, 2014.

¹³²⁶ Si rimanda a quanto detto nel capitolo quinto in merito alla teoria del danno elaborata dall’autorità di concorrenza tedesca sul caso *Meta*.

dei consumatori e la finalità escludente, collega le due categorie di abuso da posizione dominante e, si allinea al test *United Brands*, poiché una tale raccolta di dati non si può in nessun caso considerare (per tali finalità) proporzionata¹³²⁷.

Una volta ravvisata l'esistenza di una sproporzione significativa tra il "corrispettivo" richiesto e il costo o valore individuato, si deve valutare la sproporzione tra il valore economico derivante dalla raccolta dei dati e quello del servizio effettivamente erogato, valutando se il prezzo, nelle parole di *United Brands*, sia «ingiusto in sé o rispetto ai prodotti concorrenti»¹³²⁸ (seconda fase).

Al fine di valutare se un prezzo possa essere considerato di per sé iniquo (in termini assoluti), la giurisprudenza europea fornisce rarefatte indicazioni¹³²⁹.

In questo caso, si suggerisce di analizzare le pratiche di trattamento dei dati personali offerte dalla piattaforma nel corso del tempo¹³³⁰, al fine di valutare l'introduzione di modificazioni (uniche o plurime) rispetto alla protezione dei dati personali, prevedendo la raccolta di maggiori dati. Parimenti, si potrebbe fare riferimento ai vari mercati nazionali, confrontando le operazioni di trattamento imposte ai consumatori dalla

¹³²⁷ Sebbene qui si condivida tale teoria, poiché l'intento dello sfruttamento dei consumatori è oggettivamente volto a creare un effetto escludente, condividendo quanto argomentato dal Bundeskartellamt, si deve altresì riportare gli studi di Akman. L'A. sostiene che nella tradizione europea, gli abusi di posizione dominante erano finalizzati a reprimere gli abusi da sfruttamento nei confronti dei consumatori e, non, invece, gli abusi escludenti. Si legge «*gli estensori intendevano vietare gli abusi meramente "di sfruttamento" da parte delle imprese dominanti e non gli abusi "esclusivi". La loro principale preoccupazione non riguardava gli effetti sui concorrenti delle imprese in posizione dominante, bensì gli effetti sui loro clienti*» (traduzione dell'autrice). In P. AKMAN, *Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC*, op. cit., p. 6. Non sarebbe dunque necessario provare l'esclusione dei concorrenti per gli abusi da sfruttamento, piuttosto, nei mercati personali queste due forme di abuso di rafforzano mutualmente.

¹³²⁸ C. giust. UE, sentenza 14 febbraio 1978, in causa C-27/76, *United Brands*, cit., 252.

¹³²⁹ Commissione europea, *Scandlines Sverige v Port of Helsingborg* (caso COMP/36.568) Commission Letter, 23.07.2004. Si legge, «*The case law of the Court of First Instance and the European Court of Justice as well as the decisional practice of the Commission provide little guidance on how to determine whether a price must be considered unfair in itself*», par. 216. Inoltre, «*While the ECJ in United Brands stated that "charging a price which is excessive because it has no reasonable relation to the economic value of the product supplied would be such an abuse"125, it provided no further details on how to determine this "economic value" of the product/service provided*», par. 2017.

¹³³⁰ Si veda F. SCOTT MORTON, D. DINIELLI, *Roadmap for an Antitrust Case Against Facebook*, in *Omidyar Network*, 2020, la quale analizza le modifiche alle *privacy policy* di Facebook nel corso del tempo.

medesima piattaforma nei diversi Stati membri dell'Unione¹³³¹. Generalmente, questo è possibile poiché le piattaforme digitali operano su scala globale.

Da questo punto di vista, si potrebbe fare un ulteriore passo avanti. Robertson, suggerisce di valutare se, l'ingresso di un nuovo ipotetico concorrente nel mercato, porti la piattaforma ad introdurre politiche più rispettose della *privacy* e dei dati personali, effettuando una valutazione retrospettiva dell'influenza di tale variabile esterna¹³³².

Il test *United Brands* prevede anche la possibilità di valutare l'iniquità tramite il confronto con i concorrenti o operatori alternativi. Questo presuppone l'esistenza di un mercato contendibile o, almeno, uno standard di settore non fissato unilateralmente dalla dominante. In questo caso, quando la dominante è *price-setter* (o *standard-setter*), si rimanda alla valutazione dell'iniquità in senso assoluto¹³³³.

Posta l'esistenza di operatori alternativi, si deve procedere ad un confronto con le piattaforme digitali che offrono servizi comparabili. Al fine di integrare l'iniquità si deve valutare se questi richiedono una minore raccolta di dati, mantenendo al contempo sia la qualità del servizio, sia sostenibilità finanziaria. Per essere meglio precisi, il conferimento di dati

¹³³¹ Come stabilito in C. giust. UE, sentenza 14 settembre 2017, in causa C-177/16, *Latvian Copyright Society*, par. 55. Per determinare se la raccolta di dati personali è ingiusta in relazione ad altri servizi, la CGUE nella sua pronuncia pregiudiziale sulla *Latvian Copyright Society*, ha riconosciuto la possibilità di comparare i prezzi dell'impresa di riferimento anche con servizi identici in altri Stati membri dell'Unione. Dunque, si possono anche tenere in considerazione le *privacy policy* offerte in altri Stati membri dell'Unione.

¹³³² V. H. S. E. ROBERTSON, *Algorithmic Pricing: A Competition Law Perspective on Personalised Prices*, in *Graz Law Working Paper*, 2023; N. ECONOMIDES, I LIANOS, *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Competition Law Perspective*, op. cit.

¹³³³ In certi casi, tuttavia, le analisi condotte hanno dimostrato l'inesistenza di concorrenti e prodotti alternativi, proprio a causa delle pratiche di raccolta di dati che alimentano il ciclo di *feedback* tra effetti di rete e potere di mercato, che innalzano barriere all'ingresso nei mercati digitali. Ad esempio, nella vicenda Facebook del Bundeskartellamt, non sono stati ravvisati servizi alternativi. Inoltre, come osserva Robertson, può essere difficile trovare un servizio comparabile a causa del carattere multilaterale delle piattaforme *online*. Quello che può essere un prodotto concorrente su un lato della piattaforma potrebbe non essere un prodotto concorrente sull'altro lato della piattaforma. Un confronto tra i servizi può anche essere aggravato dal fatto che le piattaforme possono avere termini di raccolta dati simili, e, ulteriormente, non adeguatamente elevate in termini di protezione dei dati. V. H. S. E. ROBERTSON, *Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data*, p. 176; P. AKMAN, L. GARROD, *When Are Excessive Prices Unfair?*, op. cit. pp. 403-426.

può essere oggettivamente sproporzionato (es. raccolta di dati senza alcuna utilità per il servizio), se confrontato con la condotta di operatori altrettanto efficienti che praticano condizioni meno invasive. Ad esempio, si può immaginare una piattaforma dominante di servizi di messaggistica che richieda dati biometrici per utilizzare le funzionalità di base, mentre altre piattaforme offrono il medesimo servizio in assenza della raccolta di tali dati (che costituiscono categorie particolari di dati personali soggetti al regime protettivo dell'articolo 9 del GDPR). Ancora, si potrebbe ipotizzare la raccolta di dati di navigazione su siti terzi non necessaria per l'esperienza dell'utente, ma usata per consolidare potere di mercato nel mercato pubblicitario; questo collega l'abuso di posizione dominante da sfruttamento agli effetti escludenti.

L'analisi sopra condotta dimostra che i criteri elaborati dalla sentenza *United Brands*, sebbene concepiti per prezzi monetari, possono, con opportuni aggiustamenti concettuali, essere traslati all'ipotesi in cui il "prezzo" è rappresentato dai dati personali. Da tale elaborazione, emerge un aggiornamento della teoria del danno idonea a valutare pratiche da sfruttamento dei consumatori nei mercati *zero-price*, garantendo coerenza sia con i principi del diritto della concorrenza sia con la tutela della *privacy*.

6.11.2 Latvian Copyright Society nei mercati digitali

I criteri di *United Brands* non sono di per sé facili da individuare né ravvisabili in ogni caso specifico, anche con gli aggiustamenti sopra proposti; si pensi ad esempio al caso in cui manchino concorrenti nel mercato di riferimento o, quando la dominante sia la *price-setter* del mercato e le imprese concorrenti si adeguano ai suoi standard.

Lo stesso Avvocato Generale Wahl, nelle sue conclusioni in *Latvian Copyright Society* ha suggerito la formulazione di alcuni principi per l'individuazione dei prezzi eccessivi ai sensi dell'articolo 102 TFUE¹³³⁴

¹³³⁴Conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl, 6 aprile 2017, causa C-177/16, *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra / Latvijas Autoru apvienība (Latvian Copyright Society)*, par. 46, «possono esservi casi in cui solo uno di questi metodi di determinazione del prezzo di riferimento può essere disponibile oppure idoneo. In questi casi, ritengo di estrema importanza che l'autorità

che verranno di seguito rielaborati per l'applicazione ai mercati digitali. I criteri elaborati, possono essere così formalizzati:

1. Presenza di barriere all'ingresso o all'espansione¹³³⁵. Si ritiene più probabile la fissazione di prezzi eccessivi in mercati strutturalmente caratterizzati da barriere all'ingresso (come barriere strutturali, normative o giuridiche) e, tipicamente, in mercati regolamentati. Le barriere all'ingresso, inoltre, potrebbero anche essere causate dalla dominante, con ostacoli all'interoperabilità, gli effetti *lock-in* e *switching costs* elevati. Di contro, si ritiene meno plausibile ravvisare la fissazione di un "prezzo" significativamente sproporzionato in mercati caratterizzati dall'assenza di barriere all'ingresso o all'espansione. In linea teorica, difatti, in mercati contendibili, i prezzi elevati tendono ad attrarre l'ingresso di nuovi concorrenti o l'espansione di quelli già presenti, innescando meccanismi di autocorrezione nel breve-medio periodo. Valutando la struttura dei mercati *zero-price*, questi sono caratterizzati da elevate barriere all'ingresso e all'espansione (capitolo terzo¹³³⁶), determinando l'impossibilità per il mercato di auto-correggersi nel breve-medio termine¹³³⁷. In assenza di una concorrenza effettiva sui livelli di tutela della *privacy*, e mancando altresì gli incentivi economici perché tale dimensione divenga un parametro competitivo tra le piattaforme¹³³⁸, il

prenda in considerazione altri indicatori, che siano in grado di avvalorare o, per converso, di mettere in dubbio il risultato di tale metodo».

¹³³⁵ *Ibidem*, par. 48, «In primo luogo, un prezzo non può essere facilmente fissato in modo significativo al di sopra del livello concorrenziale quando il mercato non è protetto da rilevanti barriere all'ingresso o all'espansione. In caso contrario, come già detto, il mercato dovrebbe in linea di principio essere in grado di auto-correggersi nel breve-medio termine: i prezzi elevati normalmente dovrebbero attirare nuovi concorrenti o incoraggiare i concorrenti esistenti ad espandersi. Ecco perché – come dichiarato all'inizio delle presenti conclusioni – sono convinto che i prezzi non equi ai sensi dell'articolo 102 TFUE possano esistere solo in mercati regolamentati, in cui le autorità pubbliche esercitano qualche forma di controllo sull'intensità della domanda e, di conseguenza, lo spazio per una concorrenza libera e aperta è ridotto. Ovviamente più sono elevate e durature le barriere create dal legislatore, più un'impresa dominante dovrebbe essere in grado di esercitare il proprio potere di mercato».

¹³³⁶ Si ricorda: il possesso di dati personali, gli effetti *lock-in*, mancanza di interoperabilità e *multi-homing*, gli effetti di rete diretti ed indiretti e i costi di *switching*.

¹³³⁷ Su questo punto, anche B. BALASINGHAM, A. S. D'AMICO, *Beyond exclusion: revisiting exploitative abuses in digital platform markets*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 13, Numero 2, luglio 2025, p. 269.

¹³³⁸ Si rimanda a quanto detto sull'assenza di concorrenza per i livelli di *privacy policy* e al capitolo quarto, posto che le piattaforme digitali non hanno un incentivo economico e, dunque, un vantaggio, dalla riduzione dei dati personali raccolti poiché finalizzati al finanziamento della piattaforma.

mercato non è in grado di autoregolarsi fino al punto da ridurre l'ammontare di dati personali raccolti. Ne consegue che non si realizza un processo concorrenziale capace di selezionare ed escludere gli operatori che offrono condizioni meno garantistiche e di premiare le imprese che richiedono un quantitativo proporzionato di dati, lasciando così irrisolto il problema dello sfruttamento eccessivo dei dati personali.

2. Assenza di una autorità e di regolamentazione di settore¹³³⁹. Le autorità di regolamentazione di settore (in caso di specie, quelle di fissazione dei prezzi nei mercati non liberalizzati) sono meglio attrezzate rispetto alle autorità *antitrust* per monitorare le dinamiche di prezzo e intervenire in caso di violazioni. In questi casi, le condotte abusive rilevanti per il diritto *antitrust* sembrerebbero concentrarsi solo nei casi di fallimento della regolazione, laddove l'autorità non è intervenuta, o è intervenuta in modo inadeguato. Tale criterio, tuttavia, deve essere letto alla luce della giurisprudenza della CGUE *Meta Platforms* (C-252/21). Il settore dei dati personali è chiaramente presidiato dall'autorità di protezione dei dati personali nazionale, la quale sorveglia e garantisce la corretta applicazione del regolamento GDPR, procedendo ad applicare le relative sanzioni. Tuttavia, nel momento in cui si verifica una violazione del GDPR, come stabilito dalla CGUE, la stessa autorità di concorrenza può valutare incidentalmente tale violazione e ritenerla un indizio rilevante per l'abuso di posizione dominante, da cui discendono effetti (che devono essere provati) sui consumatori. Questo dimostra che una raccolta eccessiva di dati personali, sebbene avvenga in un mercato regolamentato, rileva ai fini *antitrust* posta e provata l'interrelazione tra i due settori del diritto nel caso specifico e, alla luce delle lacune del GDPR¹³⁴⁰ nei mercati *zero-price*, le autorità garanti della concorrenza possono intervenire ai sensi della disciplina del 102 TFUE. Pertanto, tale

¹³³⁹ Conclusioni dell'AG N. Wahl, C-177/16, *Latvian Copyright Society*, par. 49 «è più improbabile che si raggiunga un prezzo notevolmente superiore a un prezzo concorrenziale nei mercati in cui vi è un regolatore di settore che ha il compito, tra l'altro, di fissare o vigilare sui prezzi praticati dalle imprese attive in tale settore. Le autorità di settore sono chiaramente meglio attrezzate rispetto alle autorità garanti della concorrenza per vigilare sui prezzi e, se necessario, agiscono per porre rimedio ad eventuali abusi».

¹³⁴⁰ Si veda capitolo quarto.

condizione può ritenersi ampliata o superata nel contesto dei mercati digitali proprio dalla successiva sentenza *Meta*.

3. Presenza di controparti contrattuali dell'impresa dominante con ridotto potere di acquisto o negoziazione¹³⁴¹. La possibilità per un'impresa dominante di fissare prezzi eccessivi si riduce quando si confronta con acquirenti dotati di un significativo potere negoziale (cd. *countervailing buyer power*) e aumenta quando si interfaccia con controparti contrattualmente deboli. In questo ultimo caso, possono essere considerati alcuni fattori. In primo luogo, i consumatori singoli sono in una posizione di debolezza rispetto alla piattaforma dominante. La dominante è in grado di determinare unilateralmente le condizioni del servizio (e la raccolta di dati), senza una negoziazione singola con i consumatori; inoltre, il divario di potere di accentua se si considera il grado di indispensabilità del bene o del servizio oggetto del contratto per l'acquirente/consumatore¹³⁴², e l'ipotesi in cui l'impresa sia l'unica ad offrire un tale tipo di servizio. Questa dinamica si manifesta in modo particolarmente evidente nel contesto dei mercati *zero-price*, come ha riconosciuto la giurisprudenza della Corte di giustizia nel caso *Meta Platforms* (C-252/21). Nei confronti degli utenti/consumatori, la piattaforma dominante può trovarsi in una condizione di squilibrio di potere contrattuale, in quanto gli utenti non sono effettivamente in grado di decidere in modo autonomo quanti e quali dati personali conferire per poter accedere al servizio. Essi si trovano, di fatto, di fronte a un'alternativa binaria cd. *take it or leave it*: accettare integralmente le condizioni imposte dalla piattaforma o essere esclusi

¹³⁴¹Conclusioni dell'AG N. Wahl, C-177/16, *Latvian Copyright Society*, par. 50, «In terzo luogo, un'impresa con potere di mercato è chiaramente meno in grado di sfruttare la sua posizione quando negozia con acquirenti di spessore. Per fare un esempio, per quanto riguarda le licenze per l'utilizzo delle opere musicali protette da diritti d'autore, la posizione negoziale dei piccoli negozi è verosimile che sia diversa da quella delle piattaforme internazionali (come Spotify) o dei gruppi di imprese grandi e sofisticate (come le «major» di Hollywood). La dimensione e la forza finanziaria di un'impresa (o di un gruppo di imprese) potrebbero effettivamente avere un peso significativo nelle trattative. Tuttavia, può anche essere di grande importanza in questo contesto la misura in cui i prodotti oggetto di licenza costituiscono un contributo importante (o addirittura indispensabile) per l'attività dei clienti».

¹³⁴² *Ibidem*, par. 50 «Per fare un esempio, per quanto riguarda le licenze per l'utilizzo delle opere musicali protette da diritti d'autore, la posizione negoziale dei piccoli negozi è verosimile che sia diversa da quella delle piattaforme internazionali (come Spotify) o dei gruppi di imprese grandi e sofisticate (come le «major» di Hollywood). La dimensione e la forza finanziaria di un'impresa (o di un gruppo di imprese) potrebbero effettivamente avere un peso significativo nelle trattative».

dall'accesso al servizio, spesso percepito come essenziale o comunque difficilmente sostituibile¹³⁴³.

4) Ulteriori criteri in base al contesto. L'AG, nelle conclusioni, chiude il novero di indicazioni con una clausola di apertura, indicando che possono rilevare altri fattori sulla base delle circostanze specifiche del caso di specie¹³⁴⁴.

In conclusione, sebbene tali criteri siano indicati nelle conclusioni dell'Avvocato generale e non implementate, possono fornire un quadro concettuale utile ed utilizzabile per ravvisare l'esistenza di un abuso di posizione dominante da sfruttamento per raccolta eccessiva di dati personali.

6.12 Raccolta di dati personali come condizione iniqua

6.12.1 I criteri SABAM, DSD, Michelin nei mercati digitali

La decisione adottata dal *Bundeskartellamt* nel caso *Meta*, esaminata nel capitolo quinto, ha rappresentato un punto di svolta nell'elaborazione della nozione di abuso di posizione dominante da sfruttamento nei mercati digitali, individuando per la prima volta le condizioni previste per il trattamento dei dati personali (*privacy policy*) come forma di abuso da sfruttamento. Tuttavia, l'autorità tedesca ha basato l'abuso di posizione dominante sulla disposizione nazionale corrispondente, ossia la Sezione 19° del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB), che disciplina l'abuso di posizione dominante nel diritto tedesco della concorrenza e non sull'articolo 102 TFUE¹³⁴⁵.

Alla luce di ciò, la presente sezione è dedicata alla formulazione della teoria del danno nell'ipotesi di abuso di posizione dominante da sfruttamento per condizioni contrattuali inique nei mercati digitali, sulla base dell'articolo 102 TFUE, riconducendo l'analisi al quadro giuridico dell'Unione.

¹³⁴³ Si veda capitolo quinto.

¹³⁴⁴ Conclusioni dell'AG N. Wahl, C-177/16, *Latvian Copyright Society*, par. 50.

¹³⁴⁵ Questo ha comportato che la costruzione della teoria del danno si è basata su precedenti nazionali e non su precedenti comunitari. Si veda capitolo quinto.

L'articolo 102, lettera a), del TFUE non si limita a vietare l'imposizione diretta o indiretta di prezzi di acquisto o di vendita iniqui, ma menziona espressamente anche le «*altre condizioni di transazione non eque*»¹³⁴⁶.

La giurisprudenza, pur limitata, insieme alla dottrina¹³⁴⁷ ha individuato alcuni criteri utili per qualificare come inique determinate condizioni commerciali¹³⁴⁸. Sebbene tali condizioni si collochino sullo stesso piano sistematico dei prezzi iniqui, le fattispecie presentano presupposti distinti e, di conseguenza, richiedono un'analisi autonoma¹³⁴⁹.

Nella causa *SABAM*, la Corte ha stabilito che una condizione è iniqua quando l'impresa impone «*obblighi che non sono assolutamente necessari al conseguimento del suo obiettivo e che, di conseguenza, ledono in modo ingiustificato la libertà di un membro di esercitare i propri diritti d'autore*»¹³⁵⁰.

La Commissione europea ha interpretato il criterio *SABAM* nel senso che esso richiede di valutare se la condizione di riferimento «*ecceda i limiti assolutamente necessari per una protezione effettiva (criterio dell'indispensabilità) e se esso limiti la libertà del singolo titolare del*

¹³⁴⁶ Art. 102 TFUE lett. A).

¹³⁴⁷ Per i mercati digitali, una analisi esaustiva è fornita da M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il Diritto Antitrust*, op. cit., p. 200; G. SCHNEIDER, *Testing Art. 102 TFEU In The Digital Marketplace: Insights From The Bundeskartellamt's Investigation Against Facebook*, 9 JECLAP 213, 2018.

¹³⁴⁸ Si veda similmente M. MAGGIOLINO, *I Big Data e il Diritto Antitrust*, op. cit.

¹³⁴⁹ Come sostenuto dalla Commissione europea, «*La Commissione respinge l'affermazione di Apple secondo cui il danno economico arrecato ai consumatori sarebbe irrilevante. Apple sostiene "che qualsiasi danno economico di tal genere dovrebbe equivalere a un prezzo eccessivo secondo il test stabilito nella sentenza United Brands". Tale premessa è errata. Come ricordato al considerando (680), la sentenza United Brands riguarda specificamente i prezzi eccessivi e non stabilisce un criterio giuridico generale applicabile all'imposizione di condizioni commerciali abusive ai sensi dell'articolo 102, lettera a), del Trattato. Ne consegue che Apple non può sostenere che qualsiasi danno economico derivante da condizioni commerciali abusive ai sensi dell'articolo 102, lettera a), del Trattato debba necessariamente configurarsi come prezzo eccessivo per essere rilevante*». Commissione europea, decisione AT.40437, *Apple, App Store Practices (music streaming)*, cit. par. 644. Tuttavia, i criteri dei prezzi eccessivi possono essere richiamati a fini integrativi si veda decisione COMP/34.493, *Duales System Deutschland (DSD)*, cit., par. 112, il quale rimanda al criterio di proporzionalità i in C. giust. UE, sentenza 14 febbraio 1978, in causa 27/76, *United Brands/Commissione*, cit., par. 190.

¹³⁵⁰ C. giust. UE, sentenza 27 marzo 1974, in causa C-127/73, *BRT v SABAM* EU:C:1974:25, par. 15.

*diritto d'autore di disporre della sua opera non più del necessario (equità)»*¹³⁵¹.

Nella decisione sul caso *DSD*, la Commissione ha dichiarato che si configurano «condizioni contrattuali non adeguate quando l'impresa dominante non rispetta il principio della proporzionalità»¹³⁵². La Corte ritiene dunque necessario svolgere una «necessaria valutazione dell'equilibrio degli interessi» tra le parti al fine di valutare la proporzionalità della pratica¹³⁵³.

Ulteriormente, potrebbe soccorrere il principio della decisione della Corte in *Michelin*. In questo caso, il carattere iniquo delle condizioni applicate dall'impresa, è l'effetto di una «notevole differenza fra la quota di mercato dell'impresa dominante e quelle dei suoi principali concorrenti», per la «mancanza di trasparenza», facendo sì che la controparte si trovi «in una situazione d'incertezza e non possano generalmente prevedere con sicurezza le conseguenze del conseguimento o meno dei loro obiettivi»¹³⁵⁴. La situazione di squilibrio di potere tra le parti contrattuali, nonché la mancanza di trasparenza, «può impedire ai rivenditori di scegliere, in qualsiasi momento, liberamente ed in relazione alla situazione del mercato, la più favorevole tra le offerte provenienti dai

¹³⁵¹ Commissione europea, decisione IV/29.971, *GEMA statutes*, 4 dicembre 1981, OJ L94/12, par. 36.

¹³⁵² Commissione europea, decisione COMP/34.493, *Duales System Deutschland (DSD)* cit. par. 112. Per il criterio di proporzionalità rimanda a C. giust. UE, sentenza 14 febbraio 1978, in causa 27/76, *United Brands/Commissione*, pag. 207, par. 190; C. giust. UE, T-151/01 *Duales System Deutschland* EU:T:2007:154; C. giust. UE, sentenza 16 luglio 2009, in causa C-385/07 P *Duales System Deutschland* EU:C:2009:456.

¹³⁵³ *Ibidem*, par. 112.

¹³⁵⁴ C. giust. UE, sentenza 9 novembre 1983, in causa 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-industrie-Michelin*, par. 14, «sfrutta la propria posizione dominante in modo abusivo ai sensi dell'art. 86 del trattato l'impresa che vincoli a se i rivenditori mediante un sistema di sconti concessi in ragione delle quantità vendute in un determinato periodo di riferimento relativamente lungo, in modo che alla fine del periodo stesso aumenti per l'acquirente l'incentivo ad effettuare gli acquisti necessari per ottenere il vantaggio o non subire la perdita prevista per l'intero periodo, tanto più se l'effetto sia accentuato dalla notevole differenza fra la quota di mercato dell'impresa dominante e quelle dei suoi principali concorrenti, i quali devono tener conto del valore assoluto dello sconto annuale per obiettivo dell'impresa dominante e fissare il proprio sconto, in termini relativi rispetto al volume più ridotto degli acquisti del rivenditore presso di essi, in una percentuale molto elevata e se la mancanza di trasparenza dell'intero sistema di sconti dell'impresa dominante fa sì che i rivenditori si trovino in una situazione d'incertezza e non possano generalmente prevedere con sicurezza le conseguenze del conseguimento o meno dei loro obiettivi».

*vari concorrenti e di cambiare fornitore senza subire un rilevante svantaggio economico»*¹³⁵⁵.

In altre parole, le condizioni contrattuali possono essere considerate inique ai sensi dell'articolo 102, lettera a), del TFUE quando non sono necessarie o proporzionate rispetto al loro oggetto, limitano i diritti dei *partner* commerciali o dei consumatori più di quanto sia necessario, limitano la scelta tra opzioni più favorevoli (dimensione interna) e si caratterizzano per assenza di trasparenza.

Nel teorizzare la raccolta e l'utilizzo di dati come condizione commerciale iniqua, il punto di partenza è l'individuazione delle *privacy policy* predisposte dalla piattaforma, che contengono i termini e le condizioni del trattamento dei dati unilateralmente imposte¹³⁵⁶. È quindi necessario riflettere su ciò che caratterizza una *privacy policy* equa rispetto a una iniqua. Come indicato per i prezzi iniqui, può essere accertato di per sé o rispetto ai prodotti concorrenti.

Il criterio di indispensabilità, come elaborato in *SABAM* e successivamente sviluppato nella prassi e nella giurisprudenza, si traduce nei mercati digitali nella verifica della necessità e proporzionalità della raccolta e dell'uso dei dati personali rispetto al servizio offerto. Qualora la piattaforma subordini l'accesso al servizio al conferimento di categorie di dati non essenziali al suo funzionamento (ad esempio il tracciamento di attività su siti terzi o l'autorizzazione a profilazioni avanzate non indispensabili), occorre valutare di volta in volta se costituisce un onere

¹³⁵⁵ *Ibidem*, «Una situazione del genere può impedire ai rivenditori di scegliere, in qualsiasi momento, liberamente ed in relazione alla situazione del mercato, la più favorevole tra le offerte provenienti dai vari concorrenti e di cambiare fornitore senza subire un rilevante svantaggio economico. Essa limita quindi la possibilità, per i rivenditori, di scegliere le fonti di approvvigionamento e rende più difficile per i concorrenti l'accesso al mercato. Né il desiderio di vendere di più, né il desiderio di programmare meglio la produzione possono giustificare una siffatta restrizione della libertà di scelta e dell'indipendenza del cliente. La situazione di dipendenza dei rivenditori, creata dal sistema di sconti in esame, non si basa quindi su alcun corrispettivo economicamente giustificato».

¹³⁵⁶ Questa è una soluzione ampiamente diffusa e condivisa in dottrina, soprattutto al seguito della sentenza Meta. Cfr. M. BOTTA, K. WIEDEMANN, *EU Competition Law Enforcement vis-à-vis Exploitative Conducts in the Data Economy*, in *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper*, 2018; G. SCHNEIDER, *Testing Art. 102 TFEU in the Digital Marketplace: Insights from the Bundeskartellamt's investigation against Facebook*, op. cit.

sproporzionato e potenzialmente iniquo¹³⁵⁷. A maggior ragione, l'iniquità di può prospettare se la raccolta dei dati deriva da un tracciamento da parte di terzi che vada oltre le ragionevoli aspettative degli utenti nel momento in cui acconsentono a tale pratica, anche tenendo conto del contesto in cui i dati vengono raccolti¹³⁵⁸.

In secondo luogo, l'asimmetria informativa tipica dei rapporti tra piattaforme e utenti accresce il rischio di iniquità. La mancanza di trasparenza sulle modalità di trattamento dei dati, l'uso di interfacce che inducono l'utente ad accettare clausole senza un consenso realmente libero e informato (i cosiddetti *dark patterns*), e l'assenza di alternative realistiche a condizioni meno invasive, limitano di fatto la libertà contrattuale degli utenti e possono integrare un'alterazione ingiustificata delle condizioni di scambio. Difatti tali condizioni inducono il consumatore/utente ad assumere una decisione che, in circostanze differenti, non avrebbe assunto, integrando l'assenza di trasparenza indicata come criterio nel caso *Michelin*.

In terzo luogo, le piattaforme digitali spesso beneficiano di rilevanti economie di rete e di scala, che rafforzano la loro posizione di mercato e rendono più debole il potere contrattuale degli utenti e dei partner commerciali. Tale squilibrio, unito alla difficoltà o all'impossibilità di migrare verso servizi concorrenti senza sostenere costi significativi, può determinare condizioni analoghe a quelle riscontrate dalla Corte e dalla Commissione nei casi tradizionali di abuso di sfruttamento, come *Michelin*, in cui lo squilibrio di potere e la mancanza di trasparenza impedivano scelte contrattuali libere per la controparte (sebbene in quel caso si trattasse di *partner* commerciali, è parimenti applicabile ai consumatori).

¹³⁵⁷ Se si tratta di *social network*, ad esempio, i dati necessari e proporzionati alla fornitura del servizio sono quelli necessari per la creazione dell'account. Invero, i dati raccolti esternamente, sono dati che non sono funzionali al servizio di piattaforma di rete sociale bensì funzionali a fornire pubblicità personalizzata, della quale a trarre profitto (economico) è la piattaforma.

¹³⁵⁸ *Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 03/2013 on purpose limitation*, 2013. Occorre sottolineare che il tracciamento da parte di terzi non riguarda i dati che un fornitore di servizi online raccoglie dal comportamento di un utente sulla propria piattaforma, ma si riferisce al monitoraggio del comportamento degli utenti su un'ampia gamma di altri siti Internet o piattaforme, ampliando la portata quantitativa e qualitativa del trattamento imposto.

In questa prospettiva, la valutazione dell'iniquità di condizioni contrattuali nei mercati digitali deve tener conto non solo della proporzionalità tra i dati richiesti e il servizio reso, ma anche della libertà effettiva di scelta dei consumatori, della trasparenza delle clausole contrattuali, della presenza di vincoli che ostacolano il passaggio a fornitori alternativi, nonché dell'assenza degli stessi, facendo sì che la dominante sia l'unica impresa a fornire un servizio. Si può tenere anche in considerazione il caso in cui il servizio della dominante, sia considerato essenziale¹³⁵⁹.

Si pone un caso ulteriore. Sebbene non sia necessaria la violazione di un altro *corpus* normativo per integrare gli estremi di condizioni contrattuali inique¹³⁶⁰, si può distinguere il caso in cui la condotta dell'impresa dominante comporti una violazione delle disposizioni del regolamento GDPR, ricalcando i principi già affermati nel caso *Meta Platforms* (C-252/21). In tale ipotesi, l'analisi *antitrust* non introduce elementi nuovi rispetto a quanto già osservato: un trattamento dei dati personali previsto nelle *privacy policy*, qualora risulti contrario al GDPR, è idoneo a integrare non solo la sproporzione rispetto allo scopo perseguito, ma anche la mancanza di necessità e l'iniquità della condotta, aggravata dal fatto che essa incide su diritti fondamentali. A ciò si aggiunge l'elemento della opacità contrattuale e della vulnerabilità psicologica dei consumatori, derivante dal marcato squilibrio di potere tra le piattaforme e gli utenti.

Come ribadito dalla Corte di giustizia, «la conformità o non conformità (...) alle disposizioni del RGPD può costituire, se del caso, un importante indizio fra le circostanze rilevanti del caso di specie per stabilire se siffatto comportamento costituisca un ricorso a mezzi su cui s'impernia la concorrenza normale nonché per valutare le conseguenze di una determinata pratica sul mercato o per i consumatori»¹³⁶¹. Ne discende

¹³⁵⁹ Molte piattaforme digitali possono essere qualificate come essenziali per lo svolgimento delle odierne attività quotidiane e di impresa. Si pensi ai sistemi operativi per la gestione delle aziende e di infrastrutture pubbliche, i *social network* per la connessione sociale, i motori di ricerca per informazioni e per il commercio elettronico.

¹³⁶⁰ Così come stabilito in C. giust. UE, sentenza 6 dicembre 2012, in causa C-457/10 P, *AstraZeneca AB e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2012:770.

¹³⁶¹ C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/51, *Meta Platforms*, par.47.

che la violazione del GDPR può essere considerata come espressione di una concorrenza non “normale”, fornendo così un parametro utile per valutare le conseguenze della pratica sui consumatori e assumendo rilievo nell’ambito dell’accertamento di abusi di sfruttamento ai sensi dell’articolo 102 TFUE.

Le norme in materia di protezione dei dati rappresentano pertanto un naturale punto di riferimento per valutare la legittimità delle condotte delle imprese dominanti nei mercati digitali, in particolare con riguardo alle politiche di *privacy* imposte unilateralmente ai consumatori, che possono incidere in modo sproporzionato sui loro diritti fondamentali e sul processo competitivo.

Si potrebbe aggiungere che questo sia ancor più vero in quanto sia il diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati sia il diritto dell'Unione in materia di concorrenza si fondano su nozioni di equità e l'articolo 102, lettera a), TFUE fa espressamente riferimento alle condizioni commerciali “inique”. La normativa dell'UE in materia di protezione dei dati si basa su un'ampia comprensione dell'equità, che include la capacità degli individui di controllare i propri dati personali¹³⁶². In base ai principi di protezione dei dati, i dati personali possono essere «raccolti solo per finalità specifiche e legittime e non ulteriormente trattati in modo incompatibile con tali finalità» e devono essere «adeguati, pertinenti e non eccedenti rispetto a tali finalità»¹³⁶³; il consenso prestato, quale unica base giuridica utilizzabile, deve essere libero senza che tale libertà venga minata da squilibri di potere o asimmetrie informative¹³⁶⁴.

Nell'ambito del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, l'equità è spesso menzionata come uno degli obiettivi delle regole di concorrenza¹³⁶⁵. Si può quindi essere in grado di interpretare l'equità ai fini del diritto della concorrenza nel contesto delle norme in materia di

¹³⁶² H. KALIMO, K. MEJCHER, *The Concept of Fairness: Linking EU Competition and Data Protection Law in the Digital Marketplace*, in *European Law Review*, 2017.

¹³⁶³ Questo principio di minimizzazione dei dati sancito dal GDPR, all’articolo 5 paragrafo 1 lettera c); inoltre cfr. European Commission, *Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices*, SWD(2016) 163 final, 2016, p. 23.

¹³⁶⁴ C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/51, *Meta Platforms*, par. 144 e 149.

¹³⁶⁵ Cfr. I. LIANOS, *Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law*, op. cit.; A. EZRACHI, *EU Competition Law Goals*, op. cit., par. II.4; S. MARCO COLINO, *The Antitrust F Word: Fairness Considerations in Competition Law*, in *Journal of Business Law*, 2019.

protezione dei dati. Inoltre, ai sensi dell'articolo 102 del TFUE, le imprese che si trovano in una posizione dominante sul mercato hanno una responsabilità particolare nei confronti di un mercato concorrenziale¹³⁶⁶. Quando una piattaforma *online* induce in errore o inganna gli utenti in merito alla portata del tracciamento da parte di terzi prevista dalla sua politica sulla *privacy*, non può integrare gli estremi di una concorrenza normale né di concorrenza sui meriti.

Rispetto alla violazione del GDPR e delle condizioni contrattuali inique, si potrebbero prospettare alcune ipotesi future a cui applicare i criteri sopra elaborati.

Un primo esempio può essere rappresentato dalla modifica unilaterale delle condizioni di *privacy* da parte del titolare del trattamento, effettuata senza preventiva comunicazione agli utenti e senza l'acquisizione di un nuovo consenso. Tale prassi, risulterebbe problematica in quanto altera retroattivamente il quadro informativo su cui l'utente aveva fondato la propria decisione di aderire al servizio, violando i principi di correttezza e trasparenza di cui all'art. 5, paragrafo 1, lettera a) GDPR¹³⁶⁷, nonché i requisiti del consenso ai sensi degli articoli 4, paragrafo 1¹³⁶⁸ e 7, paragrafo 4 del GDPR¹³⁶⁹.

Un'ulteriore ipotesi riguarda la modifica retroattiva delle condizioni di trattamento, con la quale il titolare preveda la condivisibilità dei dati personali precedentemente raccolti con soggetti terzi o il loro utilizzo per finalità nuove e ulteriori, come, ad esempio, l'addestramento di modelli di intelligenza artificiale (IA) o l'elaborazione di sistemi predittivi. In tali casi, la modifica viene comunicata solo in un momento successivo, quando i dati sono già stati riutilizzati o condivisi. Questa condotta risulterebbe lesiva dei principi di limitazione della finalità (art. 5, paragrafo 1, lettera b) del GDPR¹³⁷⁰) e di minimizzazione

¹³⁶⁶ Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, cit. par. 1.

¹³⁶⁷ Regolamento (UE) 679/2016, GDPR, articolo 5, paragrafo 1, lettera a), che prevede i principi di «liceità, correttezza e trasparenza».

¹³⁶⁸ *Ibidem*, art. 4, par. 11.

¹³⁶⁹ *Ibidem*, art. 7, par. 4.

¹³⁷⁰ *Ibidem*, art. 5, par. 1, lett. b) che prevede il principio di «limitazione della finalità»

del trattamento (art. 5, paragrafo 1, lettera c) GDPR¹³⁷¹), poiché consente un uso dei dati eccedente e non proporzionato rispetto agli scopi originari per i quali erano stati conferiti. Questo determinerebbe, inoltre, un serio rischio di asimmetria informativa e di riduzione della concorrenza tra servizi, poiché gli utenti, non essendo tempestivamente informati, non possono valutare alternative più rispettose della propria *privacy* (posta la loro esistenza).

Ancora, un profilo di particolare rilievo è quello dell'ottenimento del consenso mediante meccanismi manipolativi o ingannevoli, riconducibili ai cosiddetti *dark pattern*¹³⁷². Tali tecniche, consistenti in interfacce progettate per indurre l'utente a compiere scelte favorevoli al titolare, violano il principio di consenso informato e inequivocabile di cui all'art. 4, paragrafo 11 del GDPR, nonché la *ratio* complessiva del regolamento, che fonda la legittimità del trattamento sulla libertà sostanziale del soggetto interessato. Si pensi, ad esempio, alla presentazione di *banner* per la raccolta del consenso in cui il pulsante "Accetta tutto" è evidenziato graficamente, mentre l'opzione "Rifiuta" è nascosta o collocata in sezioni meno accessibili. Oppure, si pensi alle informative strutturate in modo volutamente complesso o ambivalente, che rendono difficile la comprensione delle effettive conseguenze della scelta. Similmente, anche la modifica successiva della *privacy policy* accompagnata da un'interfaccia disegnata per favorire l'accettazione automatica delle nuove condizioni costituisce una forma di manipolazione cognitiva, idonea a neutralizzare la volontà consapevole dell'utente.

Tali prassi, benché formalmente presentate come aggiornamenti contrattuali o scelte "tecniche", incidono in realtà sulla struttura concorrenziale del mercato digitale, poiché restringono la possibilità per il consumatore di orientarsi verso soluzioni alternative e più rispettose della propria sfera informativa. Esse, pertanto, non solo si pongono in contrasto con i principi fondamentali del diritto alla protezione dei dati, ma possono anche configurare un profilo di abuso di posizione

¹³⁷¹ *Ibidem*, lett. c), che prevede il principio di «minimizzazione dei dati».

¹³⁷² Si veda European Data Protection Board (EDPB), *Guidelines 3/2022 on Dark patterns in social media platform interfaces: How to recognise and avoid them*, op. cit.

dominante ove poste in essere da imprese che godano di un significativo potere di mercato, determinando un effetto di *lock-in* informativo e di erosione della libertà contrattuale dell'utente-consumatore.

6.12.2 La raccolta di dati personali e la restrizione della scelta del consumatore

Sebbene tale punto sia stato già esplorato nel capitolo quinto, vale qui la pena analizzare un'ulteriore teoria del danno sussumibile negli abusi di posizione dominante da sfruttamento, prendendo spunto dalla teoria del danno elaborata dal BGH nella vicenda Facebook¹³⁷³.

Nella sua rielaborazione della teoria del *Bundeskartellamt*, la Corte Federale ha posto l'accento dell'abuso di posizione dominante sulla mancanza di scelta per l'utente determinata dall'estensione imposta del servizio, superando le questioni circa la violazione di altre disposizioni normative come il GDPR e sul controverso nesso di causalità, fondandosi sulla tutela dell'autodeterminazione informativa ed i precedenti nazionali *Pechstein*¹³⁷⁴ e *Gegenvert*¹³⁷⁵ proprio della Corte.

Per quanto riguarda la questione se una simile teoria del danno possa essere applicata ai sensi dell'articolo 102, lettera a), TFUE, si può argomentare l'ambito di applicazione di tale disposizione sia piuttosto ampio e, che, la ridotta casistica giurisprudenziale non debba limitare teorizzazioni, essendo suscettibile di ricomprendere varie tipologie di comportamenti. La condizione di iniquità, inoltre, è in sé ampia.

Anzi, la mancanza di scelta è elemento ravvisato nella sentenza *Michelin*. Una teoria del danno basata sulla restrizione della scelta del consumatore può già ottenere sostegno dalla giurisprudenza in condizioni commerciali sleali. Oltre a ritenere che una condizione commerciale debba essere proporzionata, la Commissione rileva che la parte contraente aveva

¹³⁷³ R. PODSZUN, *The Consumer As A Market Player: Competition Law, Consumer Choice And Data Protection In The German Facebook Decision*, op. cit.; M. BOTTA, K. WIEDEMANN, *EU Competition Law Enforcement Vis-À-Vis Exploitative Conducts in the Data Economy Exploring the Terra Incognita*, op. cit.

¹³⁷⁴ Bundesgerichtshof (BGH), sentenza del 7 Luglio 2016, causa KZR 6/15, *Pechstein*.

¹³⁷⁵ Bundesgerichtshof, sentenza del 5 marzo 2013, causa, KZR 61/11, *VBL Gegenwert*; Bundesgerichtshof (BGH), sentenza del 24 Gennaio 2017, causa KZR 47/14, *VBL Gegenwert II*.

solamente la possibilità di scegliere tra l'accettazione di condizioni commerciali irragionevoli o l'istituzione di un proprio sistema di imballaggio e di canali di distribuzione¹³⁷⁶. Occorre valutare il potere contrattuale tra le parti nonché le condizioni specifiche che la parte più forte impone alla parte più debole.

Una condizione contrattuale come restrizione della scelta del consumatore potrebbe, in linea di principio, essere considerata una teoria del danno ai sensi dell'articolo 102, lettera a), TFUE. Come osservato da Weidmann e Podszun, il BGH enfatizza il ruolo degli utenti come partecipanti al mercato, piuttosto che il loro ruolo come soggetti interessati dei dati¹³⁷⁷.

In questi termini, una raccolta eccessiva di dati potrebbe essere considerata una condizione commerciale sleale quando all'utente non è fornita una reale possibilità di scelta: questo avviene quando è posto avanti alla condizione di scegliere tra l'impossibilità di accedere al servizio o l'accettazione di una raccolta eccessiva di dati. Inoltre, ciò avviene quando l'utente non è posto nella condizione di scegliere tra un servizio che comporta una raccolta di dati più intensa (che consente a una piattaforma di generare dati da fonti terze) e un servizio che comporta una raccolta di dati inferiore (il minimo necessario per l'uso e il finanziamento del *social network*).

La teoria del danno del BGH ha somiglianze con questo concetto, poiché entrambi sottolineano la mancanza di scelta tra due servizi, imposta alla parte contraente "debole".

Questa teoria del danno può essere applicata quando si rinviene che, la piattaforma dominante, a causa del suo potere contrattuale superiore, abbia avuto la possibilità di costringere i consumatori ad accettare le condizioni (di *privacy policy*) da esso unilateralmente determinate, limitando la scelta dei consumatori in un modo che non avrebbe potuto,

¹³⁷⁶ Commissione europea, decisione COMP/34.493, *Duales System Deutschland (DSD)*, 20 Aprile 2001, par. 112.

¹³⁷⁷ Cfr. R. PODSZUN, *The Consumer As A Market Player: Competition Law, Consumer Choice And Data Protection In The German Facebook Decision*, op. cit.; M. BOTTA, K. WIEDEMANN, *EU Competition Law Enforcement Vis-À-Vis Exploitative Conducts in the Data Economy Exploring the Terra Incognita*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition* op. cit.

qualora la concorrenza del mercato fosse stata effettiva, traendone un indebito vantaggio.

6.12.3 La teoria del danno Meta in Google: una nuova violazione del GDPR come abuso di posizione dominante

Nel 2021, nelle more della vicenda giudiziaria del caso Facebook, l'autorità della concorrenza tedesca ha aperto una indagine sui termini e condizioni di *privacy* previsti da Google, alla luce dell'entrata in vigore della novella della legge tedesca sulla concorrenza sopra esposta. Google fu designata dall'autorità di concorrenza tedesca come impresa di fondamentale importanza nel mercato, rispettandone i requisiti previsti dalla sezione 19° del GWB¹³⁷⁸.

Ciò che qui rileva è che la teoria del danno elaborata risulta quasi sovrapponibile a quella del caso Facebook e a quanto sopra esposto, trovando ulteriormente applicazione concreta. Andreas Mundt, il presidente dell'autorità ha affermato:

*«Il modello di business di Google si basa in larga misura sul trattamento dei dati relativi ai suoi utenti. Grazie al suo accesso consolidato ai dati rilevanti per la concorrenza, Google gode di un vantaggio strategico. Daremo quindi un'occhiata da vicino ai termini di trattamento dei dati dell'azienda. Una domanda chiave in questo contesto è se i consumatori che desiderano utilizzare i servizi di Google abbiano una scelta sufficiente su come Google utilizzerà i loro dati»*¹³⁷⁹.

Secondo l'autorità di concorrenza, con decisione del 2025¹³⁸⁰, afferma che Google abbia violato la sezione 19° del GWB al punto 4°, costruendo un'interessante teoria del danno. In primo luogo, la piattaforma ha subordinato l'utilizzo dei suoi servizi rivolti agli utenti finali alla prestazione del consenso alle condizioni di trattamento imposte, che prevedono possibilità di trattamento dei dati tra servizi (trattamento dei

¹³⁷⁸ Bundeskartellamt, B7-61/21, *Case summary: Bundeskartellamt determines Google's paramount significance for competition across markets*, 30 dicembre 2021.

¹³⁷⁹ A. Mundt, *Press release*, 2021, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/25_05_2021_Google_19a.html?nn=48888

¹³⁸⁰ Bundeskartellamt, B7-70/21, *Decision pursuant to Section 19a(2)*, cit.

dati *cross-service*). Google stabilisce unilateralmente le condizioni per il trattamento dei dati, pertanto, gli utenti non hanno la possibilità di negoziare e, in particolare, non possono adottare alcuna misura per ottenere opzioni di scelta sufficienti¹³⁸¹. Qualora gli utenti non accettino le condizioni (e, dunque, non prestino il consenso), sono esclusi dall'utilizzo dei servizi di Google (cd. *take it or leave it*)¹³⁸².

Il punto ulteriore attiene al loro contenuto. Nelle *privacy policy* così offerte, si indica la combinazione dei dati personali degli utenti tra i servizi e dispositivi¹³⁸³, comprendendo non solo i dati provenienti dai diversi servizi che la società offre agli utenti finali (ad esempio *Assistant*, *Google Hotels*, *Google TV*), ma anche i dati che Google ottiene su siti *web* e app di terzi¹³⁸⁴. Google ottiene questi dati, ad esempio attraverso i suoi servizi pubblicitari e di analisi utilizzati da terzi. Inoltre, le possibilità di Google per l'elaborazione dei dati *cross-service* coprono anche i dati sugli utenti che Google ottiene da terzi.

Pertanto l'autorità ha ritenuto che «*Google non offre agli utenti finali una scelta sufficiente per stabilire se, come e per quale scopo i dati siano trattati tra i servizi*»¹³⁸⁵.

Difatti, ciò che manca è una granularità sufficiente nelle opzioni di impostazione sia quando viene creato un account Google sia quando i servizi di Google vengono utilizzati da utenti non autenticati. Gli utenti non hanno la possibilità di opporsi al trattamento dei dati *cross-service* né di limitare il trattamento dei dati al servizio in cui i dati sono stati generati. Questi hanno solo la possibilità di accettare la personalizzazione di tutti i servizi, inclusi i dati raccolti da Google su siti *web* e app di terze parti, nonché i dati che Google ottiene da terze parti o, di disattivare

¹³⁸¹ *Ibidem*, par. 46

¹³⁸² *Ibidem*.

¹³⁸³ *Ibidem*, par. 10.

¹³⁸⁴ Difatti, nell' *hyperlink* delle *privacy policy* «*Your activity on other sites and apps*» Google afferma: «*This activity might come from your use of Google services, like from syncing your account with Chrome or your visits to sites and apps that partner with Google. [...] For example, a website might use our advertising services (like AdSense) or analytics tools (like Google Analytics), or it might embed other content (such as videos from YouTube). These services may share information about your activity with Google and, depending on your account settings and the products in use (for instance, when a partner uses Google Analytics in conjunction with our advertising services), this data may be associated with your personal information*».

¹³⁸⁵ Bundeskartellamt, B7-70/21, cit. par. 49.

completamente la personalizzazione, includendo anche la personalizzazione basata sui dati raccolti nel servizio specifico utilizzato. A causa di questa mancanza di scelta (dimensione interna), gli utenti non possono fare una scelta libera, acconsentendo a un trattamento dei dati personali notevolmente più esteso rispetto a quello che desiderano effettivamente accettare.

La teoria del danno elaborata, fa un passo ulteriore rispetto al precedente *Meta Platforms*, poichè comprende anche la mancanza di trasparenza delle *privacy policy*¹³⁸⁶. Si legge:

*«Mancano indicazioni sufficientemente concise e comprensibili che possano fornire agli utenti informazioni sufficienti su se, come e per quale scopo Google elabora i dati tra i vari servizi. Le informazioni fornite da Google non sono sufficienti a far comprendere agli utenti le ampie possibilità che Google offre per l'elaborazione dei dati cross-service. In particolare, Google non spiega agli utenti quali dei loro dati vengono elaborati, come vengono elaborati e cosa è incluso nelle finalità del trattamento. A ciò contribuiscono l'uso di una terminologia imprecisa o poco chiara e il riferimento esclusivo ad esempio invece di definizioni conclusive»*¹³⁸⁷. Gli utenti non possono quindi comprendere facilmente la portata delle opzioni di scelta per l'assenza di trasparenza.

Tutte le precedenti indicazioni, richiamano ed utilizzano i principi sulla libera scelta previsti dalla sentenza *Meta* della CGUE¹³⁸⁸, nonchè includono una teoria del danno che comprende anche la mancanza di trasparenza delle condizioni imposte.

In aggiunta, la sezione 19a del GWB, paragrafo 2, punti 2 e 3 del GWB, prevede la possibilità per la piattaforma designata di addurre una giustificazione oggettiva alla pratica altresì vietata (similmente a quanto avviene ai sensi dell'articolo 102 TFUE). Come in precedenza esposto, la prevalenza della protezione della *privacy* (nella forma della scelta o qualità) non deve essere garantita in ogni caso, nonostante la natura di diritto fondamentale. È necessario un bilanciamento ed una analisi

¹³⁸⁶ *Ibidem*, par. 53.

¹³⁸⁷ *Ibidem*.

¹³⁸⁸ *Ibidem*, il paragrafo 51 rimanda a C. giust. UE, 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta Platforms*, par. 151.

concorrenziale caso per caso e valutare se, altri valori o profili, possano essere ritenuti prevalenti (si veda il ragionamento in *Appe ATT*).

Questo può risultare utile nel contesto giuridico europeo (102 TFUE), quando l'impresa allega una giustificazione oggettiva alla sua condotta ed evitare l'imposizione della sanzione¹³⁸⁹.

L'autorità di concorrenza tedesca dovrà procedere ad esaminare la pratica mediante una ponderazione degli interessi alla luce dell'obiettivo del diritto della concorrenza nazionale¹³⁹⁰. La ponderazione avviene tramite una valutazione degli incrementi di efficienza nel breve termine, nella limitazione delle posizioni economiche di potere a lungo termine, al mantenimento di mercati aperti nonché rispetto alla protezione delle opportunità offerte dal processo concorrenziale¹³⁹¹.

¹³⁸⁹ Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, cit. par. 28 e ss, «(n)ella sua attività d'attuazione coercitiva dell'articolo 82, la Commissione esaminerà anche l'eventuale asserzione, avanzata dall'impresa dominante, che il comportamento di cui trattasi è giustificato. Un'impresa dominante può avanzare tale asserzione dimostrando che il suo comportamento è obiettivamente necessario o che il suo comportamento produce efficienze considerevoli che compensano eventuali effetti anticoncorrenziali sui consumatori. In tale contesto, la Commissione valuterà se il comportamento in questione è indispensabile e proporzionato allo scopo assertivamente perseguito dall'impresa dominante». Commissione europea, Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione della concorrenza, *forthcoming* 2025, par. 167 «(u)n comportamento idoneo ad essere abusivo può sfuggire al divieto di cui all'articolo 102 TFUE se l'impresa dominante è in grado di dimostrare in misura adeguata che tale comportamento è oggettivamente giustificato. Per essere oggettivamente giustificato, il comportamento deve essere oggettivamente necessario (la cosiddetta "difesa basata sulla necessità oggettiva") o produrre efficienze che controbilancino gli effetti negativi del suo comportamento sulla concorrenza o persino prevalgano su questi ultimi (la cosiddetta "difesa basata sull'efficienza")».

¹³⁹⁰ Per l'intento legislativo che sottende al decimo emendamento al GWB, si veda *Bundestag printed paper*, 19/23492, p. 77, 3 paragrafo «(l)a verifica della giustificazione oggettiva nel procedimento amministrativo avviene mediante un bilanciamento degli interessi alla luce della finalità della legge volta a tutelare la libertà della concorrenza. Occorre tener conto del fatto che le fattispecie speciali di cui al paragrafo 2, frase 1, sono in misura particolare motivate dall'intento di contrastare tendenze alla concentrazione e all'espansione sui mercati non sorrette da concorrenza basata sul merito, tendenze che gli effetti di rete fortemente favoriscono e accelerano, e che pertanto presentano una propensione alla formazione e all'ampliamento di posizioni di potere economico. Pertanto, nel bilanciamento degli interessi, agli obiettivi di lungo periodo della legge – limitazione delle posizioni di potere economico, apertura dei mercati e tutela delle opportunità concorrenziali – deve essere attribuito un peso particolare rispetto, in particolare, alle efficienze di breve periodo a favore delle imprese e dei consumatori interessati».

¹³⁹¹ *Ibidem*.

Secondo la valutazione preliminare dell'autorità, l'interesse commerciale di Google al trattamento dei dati *cross-service* senza una scelta sufficiente, nonché l'interesse a un trattamento generale e indiscriminato e preventivo dei dati *cross-service* per «finalità di sicurezza» non sono in grado di giustificare la mancata concessione di opzioni di scelta sufficienti¹³⁹².

La rilevanza di tale caso è autoevidente, posta la somiglianza di impostazione con il precedente caso Meta e le teorie del danno qui teorizzate; la mancanza della libertà di scelta del consumatore nella sua dimensione interna e la violazione del GDPR costituiscono teorie del danno solide. Sebbene sia stato implementato nel diritto tedesco grazie al nuovo strumento, queste possono costituire la base per le teorie del danno implementate da altri ordinamenti nazionali nonché da parte della stessa Commissione europea, anche ancorandosi ai precedenti in materia di abuso da sfruttamento sopra indicati. Ulteriormente, la possibilità di valutare le condizioni contrattuali (*privacy policy*) rispetto a giustificazioni oggettive, è simile a quanto detto in materia di condizioni contrattuali inique (casi *SABAM* e *Michelin*).

6.12.4 I criteri e la teoria del danno nel caso Apple/Spotify

Il novero dei casi in materia di condizioni contrattuali inique nei mercati digitali si è ulteriormente ampliato nel 2024 con la decisione della Commissione europea nel caso *Apple/Spotify*¹³⁹³. La decisione si pone come particolarmente innovativa e rilevante ai fini di questa trattazione per due questioni. Il caso costituisce applicazione dell'articolo 102 TFUE lettera a) ai mercati digitali e alle clausole *anti-steering* implementate dalla piattaforma; b) rileva ai fini della portata pratica della teoria della dimensione interna della scelta, poiché si sottolinea che i consumatori hanno subito una indebita restrizione della scelta subendo un pregiudizio non economico.

¹³⁹² Bundeskartellamt, B7-70/21, par.59.

¹³⁹³ Commissione Europea, decisione AT.40437, *Apple App Store Practices (Music Streaming)*, 4 marzo 2024.

In breve, nell'ecosistema Apple, gli utenti possono effettuare il download le applicazioni solo tramite il portare di *app* proprietario (*App Store*). Quando le applicazioni di terze parti (come *Spotify*) sono installate nei dispositivi ed è necessaria una sottoscrizione per la loro fruizione, l'ecosistema Apple prevede l'uso obbligatorio del sistema di acquisto in-app proprietario di Apple "IAP"; in questo contesto, Apple addebita agli sviluppatori di app (es. *Spotify*) una commissione del 30% su tutte le tariffe di abbonamento tramite IAP che gli sviluppatori ammortizzano successivamente aumentando il prezzo finale applicato ai consumatori. La questione che la Commissione ha rilevato l'assenza di comunicazione agli utenti circa modalità alternative di pagamento al di fuori del sistema Apple, ad esempio procedendo alla sottoscrizione presso il sito *web* della piattaforma Spotify, che sono più economiche a causa dell'assenza della commissione del 30%, poiché la transazione non è intermediata da Apple.

Nello specifico, sono state ravvisate restrizioni per gli sviluppatori di informare gli utenti di possibilità di acquisto alternative al di fuori delle app¹³⁹⁴. Tali clausole vengono definite nella pratica come clausole *anti-steering*¹³⁹⁵.

Ciò che qui rileva è la teoria del danno elaborata dalla Commissione. La Commissione conclude che le *anti-Steering provisions* di Apple costituiscono condizioni commerciali inique ai sensi dell'articolo 102, lettera a)¹³⁹⁶.

La Commissione teorizza particolari ed innovativi criteri al fine di valutare l'iniquità delle condizioni. In particolare, le clausole sono tali se:

- (i) imposte da un'impresa dominante ai propri *partner* commerciali¹³⁹⁷;
- (ii) pregiudizievoli per gli interessi di tali *partner* o di terzi, compresi i consumatori, coinvolti nelle condizioni imposte dall'impresa dominante;

¹³⁹⁴ Per un riassunto della decisione *Summary of Commission Decision of 4 March 2024, Case AT.40437 – Apple – App Store Practices (music streaming), notified under document number, C(2024)1307 final, (C/2024/3554)*.

¹³⁹⁵ Per una informativa, si veda il link https://competitionpolicy.ec.europa.eu/document/download/ca1b18da-ec23-4533-9a3c-db8806217cf7_en?filename=2024_apple-music_infographic_en.pdf.

¹³⁹⁶ Commissione Europea, decisione AT.40437, *Apple App Store Practices (Music Streaming)*, cit. par. 568-576.

¹³⁹⁷ C. giust. UE, sentenza 27 marzo 1974, in causa C-127/73, *BRT v SABAM* EU:C:1974:25, par. 15.

(iii) non necessarie per il conseguimento di un obiettivo legittimo o comunque non proporzionate a tale scopo, in quanto eccedono quanto strettamente necessario per conseguirlo¹³⁹⁸.

Inoltre, altresì respinto le affermazioni di Meta secondo cui l'articolo 102, lettera a), richiedeva la prova del nesso di causalità tra la posizione dominante e il contenuto delle condizioni commerciali sleali¹³⁹⁹

Dunque, la Commissione ritiene nel caso che i criteri sopra individuati siano rispettati poiché le clausole¹⁴⁰⁰: (i) sono imposte unilateralmente da Apple ai fornitori di servizi di musica in *streaming*¹⁴⁰¹; (ii) risultano pregiudizievoli per gli interessi degli utenti *iOS* dei servizi di musica in *streaming*¹⁴⁰², in quanto idonee a causare sia un danno economico diretto¹⁴⁰³ sia un danno non economico¹⁴⁰⁴ e, (iii) non sono necessarie per il conseguimento di un obiettivo legittimo e, in ogni caso, non risultano proporzionate a tale scopo¹⁴⁰⁵.

Più specificamente, rispetto al danno ai consumatori, le *anti-steering provisions* «non permettono agli utenti *iOS* di esercitare effettivamente le scelte loro disponibili»¹⁴⁰⁶, ad esempio mettendo a disposizione altri sistemi di pagamento e sottoscrizione dell'abbonamento. Questo va a determinare «riduzione della qualità del servizio e di minore possibilità di scelta»¹⁴⁰⁷, generando una «esperienza utente peggiorata»¹⁴⁰⁸. Con particolare riferimento alla necessità di informazioni che Apple avrebbe limitato circa la possibilità di altre tipologie di

¹³⁹⁸ C. giust. UE, sentenza 14 febbraio 1978, in causa 27/76, *United Brands/Commissione*, par. 156-159.

¹³⁹⁹ Commissione Europea, decisione AT.40437, *Apple App Store Practices (Music Streaming)*, cit. par. 1082-1093.

¹⁴⁰⁰ Commissione Europea, decisione AT.40437, *Apple App Store Practices (Music Streaming)*, par. 680.

¹⁴⁰¹ *Ibidem*, sez. 9.3.1

¹⁴⁰² *Ibidem*, sez. 9.3.2.

¹⁴⁰³ *Ibidem*, sez. 9.3.2.1.

¹⁴⁰⁴ *Ibidem*, sez. 9.3.2.2;

¹⁴⁰⁵ *Ibidem*, sez. 9.3.3.

¹⁴⁰⁶ *Ibidem*, par. 577.

¹⁴⁰⁷ *Ibidem*, par. 681

¹⁴⁰⁸ *Ibidem*, par. 682, «In particolare, le Anti-Steering Provisions determinano: (i) un'esperienza utente peggiorata nelle app dei fornitori di servizi di musica in streaming che hanno disabilitato l'uso di IAP e una minore varietà di piani di abbonamento disponibili in alcune app di musica in streaming per *iOS*; (685) Le restrizioni all'uso delle app di musica in streaming e alle informazioni che vi possono essere fornite comportano un'esperienza utente complessivamente peggiorata».

abbonamento, «le informazioni e le opportunità offerte all'interno delle app mobili sono di cruciale importanza affinché gli utenti iOS possano compiere una scelta consapevole ed effettiva e sottoscrivere un abbonamento premium»¹⁴⁰⁹. Ulteriormente, considera anche il danno da frustrazione che gli utenti subiscono nel momento in cui non sono in grado di sottoscrivere, tramite l'app iOS, alcuni o tutti i piani di abbonamento di determinati fornitori di servizi di musica in *streaming*¹⁴¹⁰.

La nuova linea di ragionamento della Commissione di adagia perfettamente con quanto sin qui teorizzato.

Le piattaforme digitali dominanti, in virtù della speciale responsabilità che incombe su di loro, hanno il dovere di adottare particolare attenzione nei confronti dei consumatori, della qualità dei servizi offerti e della scelta. Una dimensione della scelta che in questo caso rimanda a quanto detto sulla dimensione “interna”; non possono essere considerate legittime condizioni contrattuali imposte unilateralmente dalla dominante che limitano la scelta dei consumatori rispetto all'accesso a prodotti e servizi e che limitino le informazioni fornite, posto che queste risultano indispensabili per esercitare, negli effetti, una scelta libera.

Dunque, il diritto della concorrenza, per il tramite del 102 TFUE lettera a), tutela la scelta dei consumatori quando si tratta di condizioni contrattuali inique, garantendo agli stessi le informazioni necessarie per scegliere in maniera effettiva nonché l'effettivo esercizio della stessa presentando alternative. Questo è applicabile alle ipotesi sopra richiamate.

Sebbene le fattispecie debbano e dovranno essere teorizzate *case by case*, e, dunque, sulla base delle circostanze del caso di specie, condizioni di questo tipo non potrebbero neppure considerarsi finalizzate al raggiungimento di un interesse legittimo e proporzionate al raggiungimento dello scopo (iii requisito). Sebbene l'ottenimento di un profitto economico rientri nell'ambito della più ampia e pacifica libertà di iniziativa economica, commerciale e d'impresa, questo non può avvenire

¹⁴⁰⁹ *Ibidem*, par. 683.

¹⁴¹⁰ *Ibidem*.

in maniera sproporzionata e a danno dei consumatori, soprattutto quando si tratta di diritti fondamentali, come nei casi teorizzati.

6.13 Algoritmi e discriminazione dei prezzi e comportamentali

L'analisi svolta in questa ricerca, rispetto l'intersezione tra concorrenza, dati personali e *privacy* (intesa come autodeterminazione informativa e dignità) può dare luogo alla teorizzazione di un'ulteriore teoria del danno suscettibile di rientrare nel novero degli abusi da sfruttamento: la discriminazione algoritmica di prezzi e delle offerte commerciali.

I sistemi di intelligenza artificiale (IA), i modelli predittivi del comportamento dei consumatori, sono fenomeni sempre più attenzionati dalle autorità di regolamentazione di tutto il mondo; la stessa Commissione europea, insieme con la *UK Competition and Markets Authority* (CMA) e la *US Federal Trade Commission* (FTC), hanno di recente pubblicato un documento congiunto sul tema dell'*AI* e la concorrenza¹⁴¹¹. Parimenti, la Commissione ha aperto una pubblica consultazione sulla concorrenza, i sistemi algoritmici e la *virtual reality*, sfociata nel *policy brief* nel 2024¹⁴¹².

Rispetto alla possibilità che l'utilizzo dei sistemi algoritmici possa generare un nocumento nei confronti dei consumatori e costituire un'ipotesi di abuso di posizione dominante, è bene precisare che allo stato degli atti, non sono presenti casistiche applicative, data la novità della tematica¹⁴¹³. Tuttavia, la possibilità di una implementazione di tali sistemi e il loro rilievo *antitrust*, in un futuro neppure troppo prossimo, è piuttosto probabile vista l'ascesa dirompente ed economicamente vantaggiosa della

¹⁴¹¹ Si veda da ultimo, *European Commission, UK Competition & Markets Authority, the US Department of Justice and the Federal Trade Commission, Joint Statement on Competition in Generative AI Foundation Models and AI Products*, 23 July 2024. Più in generale OECD, *Algorithmic Competition OECD – Competition Policy Roundtable Background Note*, OECD Background Note, 2023.

¹⁴¹² European Commission, Directorate-General for Competition, a cura di Kowalski, Volpin, Zombori, *Competition in generative AI and virtual worlds*, in *Publications Office of the European Union*, 2024, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/679899>.

¹⁴¹³ Si ricorda infatti come soltanto dal 2016 siano state intraprese i primi *report* congiunti in materia di *antitrust* e protezione e dati e, tutt'oggi ancora la questione è in grande fermento.

potenza di calcolo, dell'IA e del tracciamento di un quantitativo sempre più ingente di dati personali per l'addestramento della stessa IA¹⁴¹⁴.

L'intersezione esposta tra dati personali e concorrenza potrebbe risultare rilevante anche per catturare tale tipologia di danno ai consumatori e ricondurla sotto l'ombrello protettivo del 102 TFUE, nella categoria degli abusi discriminatori.

In particolare, vale la pena concentrarsi sugli algoritmi di personalizzazione dei prezzi.

Gli algoritmi di determinazione dei prezzi possono essere definiti come algoritmi che, a partire da determinati *input* (i dati degli utenti o altre variabili come i prezzi di altre imprese) producono un dato *output*, quale la determinazione del prezzo di un prodotto o servizio¹⁴¹⁵.

Si suole distinguere in algoritmi di determinazione dei prezzi che monitorano i prezzi di altre società (algoritmi di monitoraggio dei prezzi); algoritmi che raccomandano o fissano automaticamente un prezzo in base ai prezzi di altre società e/o alle condizioni di mercato come la domanda (algoritmi di determinazione dei prezzi dinamici); algoritmi che adattano i prezzi a individui specifici in base alle loro caratteristiche (algoritmi di determinazione dei prezzi personalizzati)¹⁴¹⁶.

Mentre le prime due ipotesi rientrano nella categoria di collusione algoritmica sanzionabile ai sensi del 101 TFUE o, nell'abuso di posizione dominante da esclusione di concorrenti, in questa ricerca ci si vuole soffermare sugli algoritmi di determinazione del prezzo personalizzati, poiché sono suscettibili dar luogo a discriminazioni nel prezzo offerto al singolo consumatore o a intere categorie di consumatori.

Quando si tratta di discriminazioni di prezzo nel diritto della concorrenza, si suole distinguere tra tre categorie: 1) discriminazione di prezzo di primo grado, in cui l'impresa è in grado di discriminare il prezzo applicato ai suoi clienti, massimizzando il *surplus* ad ogni transazione; 2)

¹⁴¹⁴ Così sostenuto anche dall'OECD, *Algorithmic Competition OECD*, op cit.

¹⁴¹⁵ Un algoritmo può essere definito come «un elenco inequivocabile e preciso di semplici operazioni applicate meccanicamente e sistematicamente a un insieme di gettoni o oggetti (ad esempio, configurazioni di pezzi degli scacchi, numeri, ingredienti per torte, ecc.). Lo stato iniziale dei token è l'input; lo stato finale è l'output». Cfr. R. WILSON, F. KEIL, *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*, in MIT Press, 1999 (traduzione dell'autrice).

¹⁴¹⁶ OECD, *Algorithmic Competition*, in *Competition Policy Roundtable Background Note*, op. cit.

discriminazione di prezzo di secondo grado, in cui l'impresa discrimina i clienti tramite l'applicazione di sconti al raggiungimento di soglie di acquisto; 3) discriminazione di terzo grado, che avviene quando l'impresa applica prezzi differenziati a diverse categorie di persone, ad esempio distinguendo livelli di prezzo praticati a seconda della disponibilità a pagare e delle condizioni economiche dei consumatori¹⁴¹⁷.

La discriminazione dei prezzi non è, ovviamente, un fenomeno nuovo; già prima dell'era dei *big data*, si potevano applicare prezzi diversi agli individui in base alla conoscenza personale e alla contrattazione diretta con il cliente¹⁴¹⁸. Non è la discriminazione dei prezzi in sé ad essere messa in discussione; la fissazione dei prezzi è stata a lungo considerata un aspetto importante della libertà d'impresa e di determinazione del contenuto del contratto e, i limiti previsti a tale determinazione, non sono ampi¹⁴¹⁹. Inoltre, le discriminazioni di prezzo, in determinati casi, possono essere giustificate e lecite se giustificate sulla base di ragioni di equità e opportunità; si pensi ai casi di riduzione di prezzo per soggetti vulnerabili o per età anagrafica¹⁴²⁰. Questo, però, non si può dire di ogni ipotesi di discriminazione.

L'ascesa dei *big data* e dell'IA accentua la portata discriminatoria dei prezzi¹⁴²¹.

I sistemi di IA possono utilizzare i dati personali degli utenti al fine di individuare un prezzo differenziato per singole categorie di utenti. Tali sistemi utilizzano su tecniche di apprendimento automatizzato, cioè algoritmi di *clustering* che segmentano i consumatori in base a determinate dalle caratteristiche di vicinanza dei valori, individuando la probabilità

¹⁴¹⁷ Ad esempio, agli acquirenti di biglietti aerei possono essere offerti prezzi diversi per lo stesso volo a seconda delle informazioni sulla loro situazione finanziaria, professione, storia di viaggio, ed altre variabili. Cfr. OECD, *Algorithmic in Competition Policy Roundtable Background Note*, op. cit.

¹⁴¹⁸ *Ibidem*.

¹⁴¹⁹ T. M. J. MÖLLERS, *Working with Legal Principles – Demonstrated Using Private Autonomy and Freedom of Contract as Examples*, in *European Review of Contract Law*, 2018.

¹⁴²⁰ Analogamente, J. MORIARTY, *Why Online Personalized Pricing Is Unfair*, in *Ethics and Information Technology*, 2021.

¹⁴²¹ Si veda in particolare A. EZRACHI, M. E. STUCKE, *The Rise of Behavioural Discrimination*, in *European Competition Law Review*, 2016; per una letteratura più recente, O. BAR-GILL, *Algorithmic Price Discrimination: When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis) Perceptions*, in *The University of Chicago Law Review* 2019; E. STEINBERG, *Big Data and Personalized Pricing*, in *Business Ethics Quarterly*, 2020.

che ciascun segmento acquisti il bene a un determinato prezzo¹⁴²². Possono essere utilizzati dati relativi a interessi, geolocalizzazione, affiliazione politica, informazioni finanziarie, che permettono di determinare l'ammontare del prezzo che con elevata probabilità tali consumatori saranno disposti a pagare per un dato prodotto e servizio. Gli elementi utilizzati per calcolare la disponibilità a pagare (la già menzionata *willingness to pay*, WTP), possono utilizzare ulteriori variabili come i sistemi operativi utilizzati o i *browser*, la posizione geografica (ad esempio, la posizione da cui provengono diverse *query* di ricerca per lo stesso prodotto sullo stesso sito del fornitore), e le informazioni personali raccolte e dedotte attraverso un metodo di tracciamento comportamentale¹⁴²³, quali la navigazione *online* e l'attività sui *social network*¹⁴²⁴.

Come illustrato nella pubblicità comportamentale, rimane di secondaria importanza per le piattaforme se le offerte differenziate riflettano effettivamente gli interessi dei consumatori o, in questo caso, se riflettano correttamente la loro disponibilità a pagare, rilevando esclusivamente che la strategia performi meglio su larga scala rispetto alle alternative presenti (con una minore personalizzazione dell'offerta)¹⁴²⁵.

Alcuni esempi rinvenuti di discriminazioni algoritmiche di prezzo di terzo tipo, riguardano ad esempio il caso Uber, dove l'azienda è stata sospettata di aver discriminato il prezzo mostrato agli utenti, sulla base del livello di batteria dello smartphone¹⁴²⁶. Uno studio condotto da Mikians e altri, ha mostrato che a partire da medesimo *input*, quale le *query* di ricerca avvenute contemporaneamente nel medesimo sito *internet*, i *marketplace* indirizzavano gli utenti verso prodotti differenziati. Secondo

¹⁴²² In altre parole, si calcola il prezzo di massimizzazione del profitto per ogni segmento.

¹⁴²³ Ad esempio, si dice che la compagnia assicurativa americana *Allstate* ottimizzi i suoi prezzi in base alla probabilità calcolata che i singoli utenti facciano un confronto prima di acquistare un'assicurazione. Cfr. A. EZRACHI M. E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, op. cit.

¹⁴²⁴ A. EZRACHI M. E. STUCKE, *The Rise of Behavioural Discrimination*, in *European Competition Law Review*, 2016,

¹⁴²⁵ M. GROCHOWSKI, *Agnieszka Jablonowska, Francesca Lagioia & Giovanni Sartor, Algorithmic Price Discrimination and Consumer Protection; A Digital Arms Race?* In *Technology and Regulation*, 2022, p. 36-47

¹⁴²⁶ Si veda, ad esempio, N. Martin, *Uber Charges More If They Think You're Willing To Pay More*, in *Forbes*, 2019.

gli autori, i fattori discriminatori seguiti dagli algoritmi erano legati alla provenienza geografica della *query* di ricerca e al numero di informazioni personali riguardanti l'utente, come l'elenco dei siti *web* visitati e lo storico degli acquisti; questo avrebbe generato una segmentazione dell'utenza mostrando prodotti più economici ai consumatori più “attenti al budget” e prodotti più costosi ai consumatori qualificati come “più abbienti”. Ulteriormente, alcune simulazioni hanno dimostrato che la discriminazione dei prezzi di primo grado basata sulla cronologia di navigazione degli utenti ha prodotto profitti molto più elevati rispetto alla profilazione basata su meri dati demografici: mentre i prezzi personalizzati hanno aumentato i profitti di quasi il 13%, la profilazione basata sui dati demografici ha potuto aumentare i profitti solo dello 0,25%¹⁴²⁷.

Questi studi mostrano l'incentivo delle imprese digitali a ricorrere ad una discriminazione algoritmica dei prezzi al fine di aumentare i loro profitti¹⁴²⁸.

Mentre il potenziale tecnologico della discriminazione algoritmica dei prezzi rimane indiscusso, la misura in cui il consumatore viene effettivamente “sfruttato” è da dimostrare.

Gli effetti complessivi sul benessere dei prezzi personalizzati possono essere ambigui¹⁴²⁹. In linea generale, se un monopolista discrimina i prezzi sulla base della disponibilità a pagare dei consumatori, questi saranno livellati rispetto alle capacità economiche, con un conseguente effetto redistributivo del benessere.

6.13.1 La discriminazione algoritmica dei consumatori digitali: prezzi iniqui o dissimili per transazioni equivalenti

Posta l'inesistenza di casistica in materia, si possono comunque formulare alcune ipotesi.

¹⁴²⁷ B. R. SHILLER, *Approximating Purchase Propensities and Reservation Prices from Broad Consumer Tracking*, in *International Economic Review*, 2020.

¹⁴²⁸ V. H. S. E. ROBERTSON, *Algorithmic Pricing: A Competition Law Perspective on Personalised Prices*, op. cit.

¹⁴²⁹ M. BOTTA, K. WIEDEMANN, *Exploitative conducts in digital markets: Time for a discussion after the Facebook Decision*, op. cit., pp. 386-388.

Un'impresa dominante potrebbe utilizzare il suo potere di mercato imponendo prezzi discriminatori tramite algoritmi, sfruttando varie tipologie di dati personali degli utenti. Si possono ravvisare ipotesi di prezzi eccessivi e, in tale caso, valgono le indicazioni sopra fornite rispetto all'articolo 102 lett. a) del TFUE¹⁴³⁰. Oppure, può entrare in gioco la lettera c), dell'articolo 102 TFUE che vieta l'imposizione di condizioni dissimili per transazioni equivalenti (gli abusi discriminatori), i quali si presentano estremamente rari nella casistica¹⁴³¹.

Tuttavia, si possono individuare alcuni criteri generali. Si potrebbe utilizzare il precedente *MEO*¹⁴³², in cui la Corte di Giustizia ha applicato l'articolo 102 TFUE ad un abuso di tipo discriminatorio, applicato ai prezzi algoritmici discriminatori.

Secondo tale precedente, l'autorità garante della concorrenza è tenuta dimostrare che: i) la discriminazione di prezzo sia un comportamento ripetuto; ii) che l'algoritmo discrimini sistematicamente tra diversi gruppi di consumatori (presumibilmente sulla base di un'indagine sull'algoritmo sottostante); (iii) che non vi siano giustificazioni oggettive per la tariffazione personalizzata (ad esempio, l'impresa dominante potrebbe sostenere che il prezzo fissato è idoneo ad

¹⁴³⁰ A livello dottrinale si trovano già evidenze di teorizzazione di pratiche di discriminazione di prezzi algoritmica per prezzi eccessivi. Si dovrebbe valutare l'eccessività del prezzo imposto al singolo consumatore o al gruppo di consumatori discriminati dall'algoritmo di prezzo, valutando se questo sia eccessivo ed ingiusto di per sé o, se lo sia in relazione ai prezzi dei concorrenti. L. E. BOLTON, L. WARLOP, J. W. ALBA, *Consumer Perceptions of Price (Un)Fairness*, in *Journal of Consumer Research*, 2003; M. FASSNACHT, S. UNTERHUBER, *Consumer Response to Online/Offline Price Differentiation*, in *Journal of Retailing and Consumer Services*, 2016. Inoltre, studi condotti in materia, hanno dimostrato che i consumatori sono generalmente più sensibili all'equità nella fissazione dei prezzi algoritmici rispetto ai metodi classici di determinazione dei prezzi come la contrattazione diretta o se fissati unilateralmente dal fornitore confermando la percezione negativa dei consumatori verso una determinazione tramite sconosciuti ed opachi algoritmi rispetto al prezzo che viene loro presentato. Cfr V. H S. E. ROBERTSON, *Algorithmic Pricing: A Competition Law Perspective on Personalised Prices*, op. cit.; T. J. RICHARDS, J. LIAUKONYTE, N. A STRELETSKAYA, *Personalized Pricing and Price Fairness*, in *International Journal of Industrial Organization*, 2016.

¹⁴³¹ Ad esempio, in Europa, l'avvocato generale Wahl ha sostenuto che le forme di sfruttamento della discriminazione dei prezzi sono «*estremamente rare*» e che la discriminazione dei prezzi dovrebbe essere sanzionata solo come condotta di esclusione, sebbene nessuna sentenza del tribunale lo abbia specificato, quindi la giurisprudenza non chiarisce il potenziale trattamento della discriminazione dei prezzi come un abuso di sfruttamento. Cfr. M. BOTTA, K. WIEDEMANN *Exploitative conducts in digital markets: Time for a discussion after the Facebook Decision*, op. cit., pp. 389.

¹⁴³² C. giust. UE, sentenza 19 aprile 2018, in causa C-525/16, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA contro Autoridade da Concorrência*, cit.

aumentare il benessere generale dei consumatori); e (iv) identificare lo scenario controfattuale pertinente per determinare l'impatto della tariffazione personalizzata sul benessere dei consumatori¹⁴³³.

Tale costruzione teorica potrebbe costituire la base per ritenere abusive le discriminazioni algoritmiche di prezzo ai sensi dell'articolo 102, lettera c) del TFUE.

Tuttavia, al di là di quanto sopra esposto, viene in gioco un ulteriore aspetto. Mentre si potrebbe tendere a valutare le pratiche di determinazioni di prezzi come prezzi eccessivi o come discriminazione di prezzi, concentrandosi su questioni maggiormente economiche, si potrebbe riflettere sulla posizione del consumatore e sul danno non economico che questi algoritmi possono determinare. Dunque, sullo sfruttamento e sui danni non economici arrecati ai consumatori. Si può disquisire ampiamente sulla possibilità che gli algoritmi di determinazione dei prezzi ledano altri valori oltre al *surplus* economico potenzialmente estratto.

In primo luogo, si devono considerare aspetti relativi all'autodeterminazione degli utenti a cui i dati personali di riferiscono e che successivamente sono soggetti a pratiche discriminatorie. I consumatori devono poter avere la libertà di assumere decisioni sulle proprie scelte di consumo e, dunque, di non essere assoggettati a pratiche di discriminazione algoritmica di prezzi tramite l'utilizzo delle informazioni personali che li riguardano.

Questo comporta la valutazione di due aspetti.

1) Il corretto trattamento dei dati personali per gli algoritmi di determinazione di prezzo¹⁴³⁴. Il prezzo fissato, essendo soggetto al trattamento dei dati personali, richiede il rispetto delle condizioni previste dal regolamento GDPR. Si ritiene che la base giuridica idonea sia il consenso dell'utente, ai sensi dell'articolo 6, lett. a) del Regolamento suddetto. Non sembra, ad avviso di chi scrive, che la necessità contrattuale sia praticabile (art. 6, lett. b)), anche alla luce del *dictum* della sentenza

¹⁴³³ Così sostiene la dottrina rilevante cfr., M. BOTTA, K. WIEDEMANN *Exploitative conducts in digital markets: Time for a discussion after the Facebook Decision*, op. cit. pp. 392-394.

¹⁴³⁴ Questo aspetto è richiamato anche da R. STEPPE, *Online Price Discrimination and Personal Data: A General Data Protection Regulation Perspective*, in *Computer Law & Security Review*, 2017.

Meta che ha escluso la necessità contrattuale quando i dati personali non sono raccolti per la fornitura del servizio bensì per la personalizzazione dei servizi¹⁴³⁵. Ulteriormente, neppure il legittimo interesse potrebbe fornire base giuridica percorribile, dove gli interessi legittimi dell'impresa titolare del trattamento, non sono in alcun modo suscettibili di prevalere sugli interessi e le libertà dei consumatori/interessati dei dati¹⁴³⁶. Dunque, anche in questo caso, il consenso risulta essere la base giuridica necessariamente praticabile e, dunque, anche in questo caso le prescrizioni per la libertà del consenso devono essere rispettate¹⁴³⁷. In particolare, qualora i dati personali siano trattati ai fini della personalizzazione dei prezzi, l'interessato dovrebbe essere informato almeno delle finalità del trattamento e della sua natura automatizzata.

Proprio a tal fine, soccorre l'articolo 22 del regolamento GDPR. Tale articolo prevede che *«(l)'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona»*¹⁴³⁸ a meno che non ricorra la necessità per l'esecuzione del contratto o la base giuridica del consenso. Si aggiunge il considerando 70, secondo il quale nel caso in cui i dati personali siano trattati per finalità di *marketing* diretto (ad esempio di offerta pubblicitaria ad un dato prezzo), gli interessati oltre a dover essere debitamente informati delle logiche del trattamento e delle conseguenze, devono avere il diritto di opporsi a tale trattamento.

In particolare, adattando tali principi al contesto degli algoritmi di determinazione dei prezzi, è necessario che la piattaforma informi

¹⁴³⁵ Si veda capitolo quinto.

¹⁴³⁶ *Ibidem*. Si veda anche sul punto F. BORGESIU J. POORT, *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 2017, pp. 355-356.

¹⁴³⁷ Regolamento (UE) 679/2016, (GDPR), artt. 5, 6, 7, 13 e 14. Il consenso deve essere libero, specifico, informato ed inequivocabile e, privo di una preselezione di questo per le varie finalità. Ai fini della libertà del consenso, si devono valutare lo squilibrio di potere, l'asimmetria informativa ed il pregiudizio dalla mancata accettazione di tali condizioni. In questo caso, il consenso deve essere prestato per specifiche finalità e, dunque, il consumatore deve essere messo nelle condizioni effettive di poter rifiutare tale trattamento; qualora sia prestato nella formula non granulare e, *«take it or leave it»*, si potrebbe ravvisare un indebito sfruttamento dei consumatori e della loro situazione di debolezza in contrattare allo squilibrio di potere della piattaforma.

¹⁴³⁸ Regolamento (UE) 679/2016, (GDPR), art. 22, par. 1.

debitamente agli utenti l'esistenza di un processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione. L'ipotesi di mancata compliance di tali requisiti potrebbe indurre l'autorità di concorrenza ad intervenire, costituendo, qualora ritenga tale violazione, indizio di abuso di posizione dominante e pratica di concorrenza non normale.

2) Violazione di normative ulteriori. La sentenza *Meta* ha riconosciuto che la violazione del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) possa costituire un indizio utile per accertare un possibile abuso di posizione dominante. Seguendo questa impostazione, si può ragionevolmente sostenere che, in condizioni analoghe, anche la violazione di ulteriori normative estranee al diritto della concorrenza possano assumere rilievo ai fini *antitrust*. In particolare, viene in rilievo il regolamento *Digital Services Act*, la cui inosservanza potrebbe, in certe circostanze, contribuire a delineare un comportamento anticoncorrenziale da parte delle piattaforme digitali dominanti.

L'articolo 27 del *Digital Services Act*¹⁴³⁹ impone la trasparenza nei sistemi di raccomandazione, prevedendo che i fornitori di piattaforme *online* che si avvalgono di sistemi di raccomandazione «specificano nelle loro condizioni generali, in un linguaggio chiaro e intellegibile, i principali parametri utilizzati nei loro sistemi di raccomandazione, nonché qualunque opzione a disposizione dei destinatari del servizio che consente loro di modificare o influenzare tali parametri principali»¹⁴⁴⁰. Generalmente, le piattaforme di grandi dimensioni soggette al DSA sono piattaforme che potrebbero ragionevolmente assumere la dominanza nel mercato. Parimenti, l'articolo 38 impone che «i fornitori di piattaforme *online* di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca *online* di dimensioni molto grandi che utilizzano sistemi di raccomandazione assicurano almeno un'opzione per ciascuno dei loro sistemi di raccomandazione, non basata sulla profilazione come definita nell'articolo 4, punto 4), del regolamento (UE) 2016/679»¹⁴⁴¹. In quanto tale, non solo fornisce ai consumatori informazioni più ampie sul sistema algoritmico a loro applicato, ma consente loro anche di intraprendere

¹⁴³⁹ Regolamento (UE) 2022/2065, *Digital Services Act*.

¹⁴⁴⁰ *Ibidem*, art. 29.

¹⁴⁴¹ *Ibidem*, art. 38.

azioni significative sulla base di tali informazioni, nonché cambiare i parametri.

3) Ulteriormente, potrebbero entrare in gioco le questioni trattate sulle strutture di mercato dell'economia dei dati¹⁴⁴². Il danno ai consumatori potrebbe essere rafforzato qualora la piattaforma che li implementa sia l'unica presente nel mercato, posta l'assenza di siti *web* di comparazione di prezzi¹⁴⁴³. Inoltre, la piattaforma sarebbe dominante se fosse il principale fornitore *online* di una categoria di prodotti all'interno di una specifica area geografica. In un contesto del genere, i consumatori sarebbero "bloccati" (ossia costretti a utilizzare la piattaforma), e quindi la discriminazione comportamentale sarebbe più probabile. Un abuso da sfruttamento per la limitazione delle possibilità di *competitor* di mostrare agli utenti i propri prezzi e, di conseguenza, la mancanza di scelta per i consumatori finali (oltre che un danno economico agli stessi), è quanto accaduto in *Apple/Spotify* nel 2024¹⁴⁴⁴.

4) Questioni attinenti all'opportunità nonché all'equità delle pratiche di determinazione algoritmica dei prezzi che possono valere per la costruzione della teoria del danno. Riportando la questione ad un livello ulteriore rispetto la mera violazione di norme, si ritiene che l'implementazione di pratiche di questo tipo da parte della dominante, possano far emergere questioni concernenti l'opportunità di un tale trattamento e della necessità della pratica, alla luce del raggiungimento di interessi o obiettivi legittimi della dominante. Queste considerazioni non attengono soltanto alla libertà delle parti di decidere di stipulare un contratto e determinarne il contenuto, che in linea generale si riflette sulla mancata capacità dei consumatori di decidere della stessa allocazione delle risorse¹⁴⁴⁵; si riverbera sulla capacità di esercitare un controllo sulle informazioni personali e sulle conseguenze che tali informazioni possono

¹⁴⁴² Si veda capitolo quinto.

¹⁴⁴³ Questi ultimi aiutano i consumatori a confrontare le offerte di diversi fornitori, limitando la capacità delle piattaforme di discriminare i propri clienti. Tale aspetto è sottolineato da M. BOTTA, K. WIEDEMANN, *To Discriminate or Not to Discriminate? Personalised Pricing in Online Markets as Exploitative Abuse of Dominance*, in *European Journal of Law and Economics*, 2019.

¹⁴⁴⁴ Si veda paragrafo *supra*.

¹⁴⁴⁵ M. GROCHOWSKI, A. JABŁONOWSKA, F. LAGIOIA, G. SARTOR, *Algorithmic Price Discrimination and Consumer Protection; A Digital Arms Race?*, in *Technology and Regulation*, 2022, pp. 36-47.

comportare quando sono nelle mani della controparte contrattuale dotata di significativo potere di mercato¹⁴⁴⁶. Questo è riferibile sia dall'equità del processo con cui l'algoritmo determina la segmentazione dei consumatori e sia il risultato della personalizzazione; ogni individuo, in virtù della sovranità di mercato, dovrebbe poter decidere se essere soggetto a personalizzazione e, anche a questo tipo di personalizzazione, avendo piena contezza e consapevolezza delle modalità con cui tale suddivisione dell'utenza viene realizzata. Potrebbe anche essere difficile per i consumatori comprendere il modo in cui vengono ricondotti all'interno di categorie (*cluster*); soprattutto se questo viene effettuato senza che vengano previamente resi noti i criteri di determinazione, il che significa che gli individui possono essere inconsapevoli di essere sottoposti a un trattamento differenziato¹⁴⁴⁷.

L'uso della tariffazione algoritmica comporta il rischio intrinseco che i prezzi possano essere basati su aspetti (come il sesso o l'appartenenza a minoranze, come la provenienza geografica) che non costituiscono un motivo eticamente valido per le valutazioni di mercato. Mutuando il discorso relativo all'avversione per la personalizzazione pubblicitaria, qui può essere intesa come un generale disagio nell'essere profilati e segmentati sulla base di dettagli maturati dalla propria vita personale. Ci si chiede, dunque, se, alla luce di tali profili, le pratiche algoritmiche di discriminazione di prezzo possano essere considerate oggettivamente necessarie, proporzionate ed eque, e quindi ritenute legittime rispetto agli obiettivi economici e organizzativi perseguiti dall'impresa che le adotta.

Alla luce di quanto detto, non vi è motivo di escludere *a priori* l'applicazione dell'articolo 102 del TFUE nei confronti dei prezzi discriminatori. Spetta alla Commissione e alle autorità di concorrenza, decidere se il diritto della concorrenza dell'UE sia lo strumento più appropriato per risolvere il fallimento del mercato nel caso concreto che si verrà a delineare.

¹⁴⁴⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 402-404.

¹⁴⁴⁷ Cfr. H. WILLEM VAN BOOM ET AL, *Consumers Beware: Online Personalized Pricing in Action! How the Framing of a Mandated Discriminatory Pricing Disclosure Influences Intention to Purchase*, in *Social Justice Research*, 2020.

6.14 Riflessioni conclusive

L'analisi sin qui svolta fornisce alcune soluzioni per “ripensare” al diritto della concorrenza europeo, tramite una progressione concettuale e dogmatica, per la sua efficace applicazione ai mercati digitali.

Nella prima parte di questo capitolo, si è messa in luce la presenza di limiti strutturali del diritto della concorrenza così come concepito, ai mercati digitali *zero-price*, evidenziando la necessità di superare una concezione puramente economico-quantitativa della concorrenza.

L'assunto di fondo è che il potere di mercato non si esprime più solo attraverso la capacità di influenzare i prezzi o le quantità, ma soprattutto attraverso il controllo delle informazioni e la capacità di modellare i margini di scelta dell'utente/consumatore. La concorrenza, dunque, avviene su parametri differenti dal prezzo dove è il trattamento dei dati personali che costituisce l'elemento di differenziazione orizzontale nella scelta del consumatore tra servizi digitali, qualora esistenti.

Nell'ambito dei parametri di concorrenza, posto che la concorrenza effettiva tra imprese è finalizzata a migliorare tali parametri al fine di migliorare il benessere dei consumatori (cd. *consumer welfare*), si sostiene che nei mercati digitali, sia la qualità e sia la scelta, possano essere soggetti ad una ridefinizione coerente con ciò che accade nei mercati *zero-price*.

In primo luogo, si conclude che il corretto trattamento dei dati personali costituisce un elemento qualitativo del servizio digitale. Questo è avvalorato anche dall'attuale bozza della comunicazione della Commissione europea sugli abusi escludenti (2025), che annovera tra gli elementi che compongono la qualità, la tutela della vita privata.

Ulteriormente, nel capitolo si elabora la teoria delle “dimensioni della scelta”. Le imprese dominanti non possono ridurre artificiosamente la scelta tra servizi differenti abusando della propria posizione dominante (la scelta esterna). La concentrazione ravvisata nei mercati digitali è tale da determinare non solo la concentrazione del mercato ma, bensì, l'assenza di concorrenza sul parametro della *privacy*. Nei mercati digitali le imprese non competono su tale parametro, nonostante sia un aspetto di interesse

dei consumatori per la scelta tra servizi differenti (parametro di differenziazione orizzontale), posta l'assenza di incentivi di tipo economico allo svolgimento di una concorrenza "al rialzo" per i livelli di *privacy* offerti.

Inoltre, la scelta che deve essere garantita all'utente, non è meramente "esterna". La scelta che viene inibita nei mercati *zero-price*, collegata allo sfruttamento dei consumatori, attiene alle pratiche delle dominanti volte a restringere la possibilità che gli utenti scelgano quanti, quali e per quali finalità conferire o divulgare i propri dati personali. Questa limitazione della scelta "interna" al servizio è rilevante per le teorie di concorrenza nel momento in cui è il frutto dell'esercizio abusivo di un'impresa dominante.

La concorrenza, pertanto, deve essere valutata non solo in base al numero di alternative presenti sul mercato, ma anche in riferimento condizioni offerte. Questo è anche avvalorato dal recente caso *Apple/Spotify*, in cui la Commissione sottolinea il danno non economico ai consumatori in termini di riduzione della scelta (interna) offerta agli utenti *Apple*.

Nell'ambito del calcolo mercato rilevante e, rispettivamente alla sostituibilità della domanda, si propone il perfezionamento del test SSNDP (*Small but Significant Non-Transitory Decrease in Privacy*) come strumento alternativo o complementare al tradizionale test SSNIP e al test SSNDQ. Tale test offre una metrica coerente con la natura dei mercati *zero-price*; si teorizza, che ai fini del calcolo del mercato rilevante, le autorità possano ipotizzare un decremento significativo e non transitorio dei livelli di *privacy* offerti al fine di valutare le pressioni competitive nei mercati di prodotti offerti gratuitamente ed il potere dominante della piattaforma. Si analizza la mancanza di ostacoli sia normativi che tecnici all'implementazione di tale test. Anzi, il test SSNDP è capace di catturare l'effetto competitivo derivante dalla degradazione del valore della *privacy* o dalla manipolazione dei dati personali, consentendo di ridefinire il concetto stesso di riduzione del benessere dei consumatori in termini di lesione della libertà di scelta e della qualità del servizio. Resta ferma la difficoltà di calcolare l'incidenza degli effetti di rete e del *lock-in* degli utenti.

Nella seconda parte di questo capitolo, sono state elaborate teorie del danno che possono includere la violazione della tutela della vita nel perimetro applicativo del diritto della concorrenza. La vicenda *Meta/Bundeskartellamt* analizzata nel precedente capitolo ha fornito la teoria del danno per condizioni contrattuali inique. Tuttavia, questo è avvenuto alla luce del diritto nazionale di concorrenza tedesco e, non, ai sensi dell'articolo 102 TFUE. Pertanto, la seconda sezione ha adattato le teorie del danno alla luce dei principi della sentenza *Meta Platforms* (C-252/21), e della giurisprudenza UE in materia di 102 TFUE.

Si è dimostrato che l'eccessiva raccolta di dati personali potrebbe essere affrontata con le varie articolazioni dell'articolo 102 del TFUE, lettera a); i concetti di prezzi eccessivi e le condizioni commerciali inique presentano una flessibilità tale da poter includere i danni derivanti dal trattamento dei dati personali, dal tracciamento di terze parti, dalla violazione delle garanzie previste dal GDPR e dalla lesione della libertà di scelta.

La categoria dei prezzi eccessivi è la più complessa da analizzare in quanto richiede complessi calcoli in relazione al valore monetario dei dati ed al calcolo del valore dei costi di produzione; pertanto, si propone un aggiustamento teorico valutando la quantità di dati come prezzo non monetario e l'individuazione del valore del servizio sulla base di una valutazione degli utenti. Inoltre, il parametro di riferimento per la valutazione dell'eccessività, inteso in senso assoluto o relativo, può sollevare non poche problematiche. A tal fine, si è sostenuto l'utilizzo, anche in questo caso, del parametro del GDPR, nonché di test ulteriori.

La categoria delle condizioni commerciali sleali e, dunque, l'attenzione alle *privacy policy* e ai termini e condizioni d'uso, si è presentata agevole; sul punto la Corte di Giustizia ha fornito puntali indicazioni nel caso *Meta* che, alla luce della giurisprudenza in materia come *SABAM*, *DSD*, *Michelin* e *Apple/Spotify* possono avallare tale impostazione senza eccessive criticità applicative. Le condizioni di *privacy policy* che comprimono indebitamente la possibilità dei consumatori di comprendere e controllare la sorte delle informazioni personali che li riguardano, non possono essere ritenute né necessarie, né

proporzionate né oggettivamente giustificate tali da non rientrare nelle ipotesi di abuso di posizione dominante da sfruttamento.

Infine, qualificare la raccolta eccessiva di dati personali come restrizione della scelta del consumatore è teoricamente priva di insidie interpretative; anzi, ricorda anche la tradizione ordoliberalista europea. Anche semplicemente a livello pratico, si tradurrebbe nell'obbligo di fornire agli utenti l'effettiva scelta tra due servizi (o tra due versioni dei servizi): l'uno che comporta una maggiore raccolta, elaborazione, analisi e utilizzo dei dati personali e, l'altra, priva di tale personalizzazione. In questo perimetro, sono state analizzate le recenti decisioni e teorie del danno in *Apple/Spotify*, che enfatizza la restrizione della scelta del consumatore come danno non monetario. Inoltre, è stato analizzato il caso *Google/Bundeskartellamt*, in relazione all'ampliamento della teoria del danno elaborata da Meta è l'accento posto all'assenza di trasparenza delle *privacy policy*.

Infine, si è anche dimostrata l'utilizzabilità dei precedenti europei per sanzionare pratiche di fissazione algoritmica dei prezzi, sia come prezzi eccessivi tanto come condizioni differenti per prestazioni equivalenti ai sensi dell'articolo 102 del TFUE, lett. a) e c). Sebbene la questione sia ancora allo studio, ci sono margini per individuare una teoria generale.

Lo scopo di tale capitolo è stato quello di proporre un ripensamento del diritto della concorrenza nei mercati digitali, tanto rispetto alle *leges artis* di concorrenza tanto alle teorie del danno ex articolo 102 TFUE, dimostrandone la fattibilità pratica.

Nel capitolo successivo, si analizzerà l'impatto dell'entrata in vigore del Regolamento *Digital Markets Act* (UE) 1925/2022 sul rapporto tra concorrenza e protezione dei dati personali.

CAPITOLO VII - Il Digital Markets Act: una nuova equazione nella regolamentazione dei mercati digitali

«Esiste un ampio consenso sui benefici per i consumatori e l'innovazione, nonché su un'ampia gamma di efficienze apportate dalle piattaforme online nel mercato interno dell'Unione europea. Tuttavia, mentre nell'economia digitale europea operano oltre 10.000 piattaforme online, e la maggior parte di queste sono PMI, un numero limitato di piattaforme online di dimensioni molto grandi si accaparra le quote maggiori del valore. In qualità di gatekeeper tra le imprese e i cittadini, beneficiano di forti effetti di rete. Alcuni di questi esercitano il controllo su interi ecosistemi di piattaforme che sono essenzialmente impossibili da contendere da parte degli operatori di mercato esistenti o nuovi, indipendentemente da quanto innovativi ed efficienti possano essere»¹⁴⁴⁸.

7.1 Introduzione

Il presente capitolo espone i risultati della ricerca relativi ad tematica di rilevanza cruciale nel dibattito contemporaneo sul diritto della concorrenza. Difatti, nel ripensare al diritto della concorrenza nei mercati digitali, non si può non analizzare la regolamentazione dei mercati digitali ed il Regolamento (UE) 2022/1925, noto come *Digital Markets Act* (di seguito, “DMA”)¹⁴⁴⁹.

La ricerca su tale regolamento è stata svolta nel periodo di mobilità svolto presso la Commissione europea, nella Direzione Generale Concorrenza, nella Unit J.2, competente per l'enforcement del regolamento DMA.

¹⁴⁴⁸ Come annunciato nel marzo 2020 nel pacchetto relativo alla legge sui servizi digitali, si tratta di uno strumento di regolamentazione *ex ante* delle piattaforme online di dimensioni molto grandi in qualità di *gatekeeper*, la valutazione d'impatto iniziale è disponibile al seguente indirizzo: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-DigitalServicesAct-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-grandi-grandi-piattaforme-online-che-agiscono> come *gatekeeper*.

¹⁴⁴⁹ Regolamento (UE) 2022/1925, *Digital Markets Act* (DMA).

Tale intervento normativo rappresenta uno sviluppo di particolare interesse nell'economia della presente ricerca, contribuendo a delineare un nuovo paradigma regolatorio per i mercati digitali.

Nel corso dell'analisi finora condotta, è emersa con chiarezza la centralità dei dati personali quale *asset* strategico nelle dinamiche economiche delle grandi piattaforme digitali. Tali attori, sovente qualificabili come veri e propri ecosistemi digitali o *data-poli*, hanno fondato la propria posizione di supremazia nei mercati tramite l'accumulazione sistematica di informazioni sugli utenti, trasformandole in vantaggi competitivi significativi, profitti elevati e barriere all'ingresso difficilmente superabili da nuovi concorrenti. La competizione tra imprese nei mercati digitali si è così spostata verso l'acquisizione di un accesso privilegiato a grandi volumi di dati personali incentivando strategie di mercato sempre più aggressive volte alla loro raccolta, elaborazione e, infine, alla loro monetizzazione.

Le imprese digitali si sono dunque affermate come veri e propri "controllori all'accesso" o "guardiani" nei principali segmenti dell'economia digitale. Meta detiene una posizione dominante nel settore dei *social network* attraverso Facebook e Instagram e nel settore della messaggistica tramite WhatsApp. Google controlla diversi settori strategici, dai motori di ricerca (*Google Search*) alle piattaforme di condivisione video (*YouTube*), dai servizi di mappe e geolocalizzazione (*Google Maps*) ai sistemi operativi mobili (*Android*) e alla distribuzione di applicazioni (*Play Store*). Apple esercita un ruolo analogo all'interno del proprio ambiente iOS (*Ios e AppStore*), mentre Microsoft mantiene una posizione di rilievo nei sistemi operativi, e Amazon agisce come principale piattaforma nel settore dei mercati online di rivendita al dettaglio.

Tali posizioni, oltre ad essere frutto di una competizione basata sull'innovazione tecnologica che non vuole essere messa qui in discussione, rappresentano il precipitato di una politica sistematica di

acquisizioni¹⁴⁵⁰, nonché di strategie commerciali abusive¹⁴⁵¹ a discapito di concorrenti e consumatori.

L'esperienza maturata negli ultimi anni ha evidenziato come le pratiche anticoncorrenziali poste in essere da tali operatori abbiano assunto un carattere strutturale e ripetuto. Esse non costituiscono episodi isolati, ma si configurano come parte di una strategia ricorrente volta ad ampliare e consolidare la posizione dominante nei mercati e ad espandersi in quelli contigui, attraverso condotte di sfruttamento nei confronti degli utenti e restrizioni della concorrenza.

In questo contesto è divenuto sempre più evidente che gli strumenti tradizionali di enforcement *antitrust*, e in particolare l'articolo 102 TFUE, non fossero più in grado di rispondere in modo efficace e tempestivo alle sfide imposte da dinamiche tanto rapide e complesse¹⁴⁵². Tali indagini e le impugnazioni avverso le decisioni delle autorità di concorrenza, mostrano lunghezze procedurali ed una notevole difficoltà nell'individuare e sanzionare il danno concorrenziale in tempo utile.

I casi nei confronti della piattaforma Google decisi dalla Commissione europea sono emblematici: nel 2017, una sanzione di 2,42 miliardi di euro per l'abuso legato a *Google Shopping* (indagine avviata nel 2010); nel 2018, una sanzione record di 4,34 miliardi di euro relativa ad *Android* (indagine avviata nel 2015). Da ultimo, nel 2025, un'ulteriore sanzione di 2,95 miliardi di euro per pratiche abusive nel settore della

¹⁴⁵⁰ J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, op. cit., p. 3 ss. Si pensi alle operazioni *Facebook/WhatsApp* o *Google/DoubleClick* che, sebbene autorizzate dalle autorità garanti, sono state oggetto di rinnovata attenzione a posteriori per i loro effetti restrittivi sulla concorrenza. Si veda come oggi, nel 2025, siano state aperte indagini da parte della FTC Americana rispetto all'acquisizione, sebbene approvata in passato, da parte dell'allora Facebook di Whatsapp e Instagram. La stessa FTC commenta «(i)t is hard to imagine an action that better fits the definition of conduct with anticompetitive effects than a monopolist's buying out its rivals». Federal Trade Commission, *Plaintiff v. Facebook, Inc., Defendant*, n. 191 0134, 15 Aprile 2025.

¹⁴⁵¹ Si vedano (tra le varie) Commissione europea, Decisione C(2017) 4444 final, caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*, 27 giugno 2017; Commissione europea, Decisione C(2018) 4761 final, caso AT.40099, *Google Android*, 18 luglio 2018; Commissione europea, Decisione C(2019) 2173 final, caso AT.40411, *Google Search (AdSense)*, 20 marzo 2019; Commissione europea, Decisione C(2024) 1307 final, caso AT.40437, *Apple – App Store Practices (music streaming)*, 4 marzo 2024; Commissione europea, Decisione nel caso AT.40684, *Meta – Facebook Marketplace*, 14 novembre 2024; Commissione europea, Decisione nel caso AT.40670, *Google – Aitech and Data-related practices*, 5 settembre 2025.

¹⁴⁵² F. BOSTOEN, *Understanding the Digital Markets Act*, in *Antitrust Bulletin*, 2023, p. 268 e ss.

tecnologia pubblicitaria online (indagine avviata nel 2021). Tuttavia, la posizione dominante di Google e, il perdurante verificarsi di pratiche anti-competitive mostrano la presenza di una certa limitazione degli effetti o effetti deterrenti sufficienti dall'enforcement *antitrust* (seppur elevato in termini di sanzioni)¹⁴⁵³.

Le crescenti preoccupazioni emerse negli ultimi quindici anni per le pratiche anticoncorrenziali adottate dalle principali piattaforme digitali, insieme alle criticità sopra evidenziate, hanno reso evidente la necessità di introdurre un regime normativo complementare e preventivo, fondato su una logica di regolazione *ex ante* del potere di mercato, più rapida ed efficace rispetto agli strumenti tradizionali di *enforcement*.

L'Unione europea, prima di ogni altro regolatore a livello internazionale, ha avviato nel 2020 un ambizioso processo di riforma volto a introdurre un quadro normativo volto alla regolazione delle dinamiche concorrenziali nei mercati digitali¹⁴⁵⁴. Tale iniziativa ha condotto, in tempi sorprendentemente rapidi, all'adozione del *Digital Markets Act*¹⁴⁵⁵. Il Regolamento si qualifica come uno strumento di natura regolatoria, destinato a operare accanto agli strumenti *antitrust* tradizionali e, in stretta sinergia con la disciplina del trattamento dei dati personali di cui al Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR).

Si tratta del primo strumento normativo al mondo finalizzato a regolamentare in maniera strutturale il potere di mercato detenuto dai grandi intermediari digitali, destinato a diventare un modello di riferimento anche al di fuori dell'Unione europea¹⁴⁵⁶. Il DMA introduce

¹⁴⁵³ In termini assoluti e astratti, una sanzione amministrativa pecuniaria come quella prevista dal Regolamento (CE) 1/2003, pari al massimo del 10% del fatturato, sembra essere piuttosto elevata. Tuttavia, è necessario valutare il fatturato globale annuo su cui calcolare il 10%. Pertanto, in termini relativi, una piattaforma dominante con fatturati che si aggirano ai 300 miliardi, il 10% del fatturato non risulta essere, in concreto, produttivo di effetti deterrenti reali.

¹⁴⁵⁴ Preceduto dalla proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (*Digital Market Act*), COM (2020) 842, final.

¹⁴⁵⁵ Regolamento (UE) 2022/1925, *Digital Markets Act*, (DMA).

¹⁴⁵⁶ Si veda la successiva iniziativa della CMA, Competition Markets Authority, *Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024*, UK Public General Acts, c. 13, Royal Assent, 2024, entrato in vigore nel settembre 2025. Tale atto presenta somiglianze notevoli con il Digital Markets Act, pur presentando scelte di design istituzionale e procedure piuttosto differenti. Da segnalare inoltre è l'iniziativa dell'ACCC, *Australian Competition and Consumer Commission*, la quale dopo cinque anni di *inquiry* sullo stato della concorrenza nei mercati digitali, ha espresso la volontà di implementare un nuovo regime del diritto della concorrenza, reiterando alcune soluzioni o

una serie di obblighi e divieti specifici (*i cd. do and donts*) rivolti ai *gatekeeper*, con l'obiettivo di assicurare mercati digitali contendibili ed equi, nonché di prevenire abusi che le autorità *antitrust* faticano a reprimere con la necessaria prontezza.

In questa prospettiva, il DMA diviene un punto di osservazione privilegiato per comprendere l'evoluzione dell'abuso di posizione dominante e, in particolare anche l'abuso di posizione dominante da sfruttamento. Come si analizzerà successivamente, l'articolo 5, paragrafo 2 del DMA costituisce la trasposizione normativa della decisione *Meta/Bundeskartellamt* e della sentenza pregiudiziale della Corte di Giustizia dell'Unione in *Meta Platforms* (C-252/51).

In questo senso, il DMA istituzionalizza le intuizioni emerse nell'applicazione dell'art. 102 TFUE ai mercati digitali: la tutela della concorrenza non può più essere disgiunta dalla tutela della libertà di scelta e della sovranità informativa dell'utente.

Alla luce della stretta interrelazione tra l'utilizzo dei dati personali, il potere di mercato e le strategie attuate nei mercati digitali si rende necessaria un'analisi delle principali caratteristiche del DMA. Non si tratterà, tuttavia, di una trattazione esaustiva dell'intero impianto normativo, bensì di un'analisi selettiva e funzionale agli obiettivi della presente ricerca, con particolare attenzione alle disposizioni che maggiormente riflettono l'interazione tra concorrenza e protezione dei dati personali.

Il punto nevralgico della presente trattazione è rappresentato dall'articolo 5, paragrafo 2, del DMA. Tale disposizione, dal contenuto marcatamente ibrido, incarna la sintesi tra esigenze di protezione dei dati personali e obiettivi di tutela della concorrenza, evidenziando la natura convergente dei due ordinamenti giuridici.

L'analisi si concentrerà, infine, sull'implementazione di tale disposizione da parte di *Meta Platforms*, assumendo il relativo modello di *compliance* (*cd. consent or pay*) quale osservatorio privilegiato per valutare se l'aumento della protezione dei dati personali abbia generato

prendendo a base il modello del *Digital Market Act*. Si veda, <https://www.accc.gov.au/media-release/regulatory-reform-in-digital-platform-markets-is-needed-to-improve-competition-and-consumer-outcomes>.

effettivamente un aumento del *welfare* totale e, quali interventi sono ancora necessari per garantire mercati equi e contendibili.

7.2 Design del regolamento

Prima di procedere con la trattazione della parte principale di questo capitolo, è fondamentale illustrare le caratteristiche principali del *Digital Markets Act*.

7.2.1 Ambito di applicazione: *gatekeeper* e servizi di piattaforma di base

Una delle principali caratteristiche del DMA è l'introduzione di uno *status* giuridico inedita nel diritto della concorrenza dell'Unione, quello dei “*gatekeeper*”, letteralmente “controllori all'accesso” o “guardiani” dei mercati digitali. Ne consegue che l'ambito soggettivo di applicazione del regolamento è circoscritto alle imprese che soddisfano i criteri per la qualificazione di *gatekeeper* e non, come avviene nel diritto della concorrenza, a tutte le imprese che rispondono ai requisiti della dominanza¹⁴⁵⁷.

La designazione dei *gatekeeper* è di esclusiva competenza della Commissione europea, qualora l'impresa soddisfi i requisiti previsti all'art. 3 del DMA. Si prevedono criteri qualitativi (comma 1) specificati e presunti sulla base di criteri quantitativi (2 comma).

In particolare, le imprese sono *gatekeeper*, quando presentano: a) un impatto significativo sul mercato interno, ritenendo soddisfatto tale criterio sulla base del fatturato globale annuo della piattaforma¹⁴⁵⁸; b) costituiscono un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali, presumendo il possesso di tale requisito in base a soglie quantitative relative agli utenti finali attivi su

¹⁴⁵⁷ Si veda capitolo terzo.

¹⁴⁵⁸ Regolamento (UE) 1925/2022, *Digital Markets Act*, (DMA), art 3, par. 2 lett a) «in relazione al paragrafo 1, lettera a), se raggiunge un fatturato annuo nell'Unione pari o superiore a 7,5 miliardi di EUR in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari, o se la sua capitalizzazione di mercato media o il suo valore equo di mercato equivalente era quanto meno pari a 75 miliardi di EUR nell'ultimo esercizio finanziario, e se essa fornisce lo stesso servizio di piattaforma di base in almeno tre Stati membri».

base mensile¹⁴⁵⁹; c) la posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività, o la possibilità che raggiunga siffatta posizione nel prossimo futuro, ritenendo soddisfatto tale criterio quando le soglie sopra citate siano state raggiunte negli ultimi tre esercizi finanziari¹⁴⁶⁰.

Inoltre, l'articolo 3, paragrafo 8 del DMA, attribuisce alla Commissione europea il potere di designare come *gatekeeper* anche quelle piattaforme che, pur non raggiungendo le soglie quantitative previste dal paragrafo 2, soddisfano i requisiti qualitativi di cui al paragrafo 1 e presentano caratteristiche specifiche che ne rivelano il potere di intermediazione, in particolare con riferimento al controllo e all'utilizzo dei dati personali¹⁴⁶¹.

La designazione di *gatekeeper* non riguarda tutte le piattaforme digitali, bensì esclusivamente le piattaforme che forniscono i servizi di piattaforma di base (*core platform services*, CPS), i quali definiscono l'ambito oggettivo di applicazione. L'elenco dei servizi di piattaforma di base è formalmente tassativo nel testo del DMA, ma non definitivo nella sua applicazione: la Commissione può procedere a revisioni o ad aggiornamenti vincolati, qualora cambiamenti tecnologici o economici giustificino l'inclusione di nuovi servizi nell'ambito regolatorio. Ad oggi, si definiscono come tali i servizi di intermediazione *online*, motori di ricerca, servizi di *social network*, di condivisione video; di messagistica, sistemi operativi, browser *web*, assistenti virtuali, servizi di

¹⁴⁵⁹ *Ibidem*, b) «in relazione al paragrafo 1, lettera b), se fornisce un servizio di piattaforma di base che, nell'ultimo esercizio finanziario, annovera almeno 45 milioni di utenti finali attivi su base mensile, stabiliti o situati nell'Unione, e almeno 10 000 utenti commerciali attivi su base annua stabiliti nell'Unione, identificati e calcolati conformemente alla metodologia e agli indicatori di cui all'allegato».

¹⁴⁶⁰ *Ibidem*, c).

¹⁴⁶¹ *Ibidem*, par. 8. Difatti, la Commissione deve considerare: c) gli effetti di rete e i vantaggi basati sui dati, in particolare in relazione all'accesso a dati personali o non personali e alla raccolta di tali dati da parte dell'impresa o alle capacità di analisi di quest'ultima; d) eventuali effetti di scala e in termini di portata di cui usufruisce l'impresa, anche per quanto riguarda i dati, e, ove pertinente, le sue attività al di fuori dell'Unione; e) il *lock-in* degli utenti commerciali o degli utenti finali, compresi i costi del passaggio ad altri fornitori e i pregiudizi comportamentali che riducono la capacità degli utenti commerciali e degli utenti finali di cambiare fornitore o ricorrere al *multihoming*; f) una struttura aziendale conglomerata o l'integrazione verticale di tale impresa, che consenta per esempio all'impresa di praticare sovvenzioni incrociate, combinare dati da diverse fonti o sfruttare la propria posizione dominante.

cloud computing, e servizi pubblicitari *online*¹⁴⁶². Sono oggi assenti come CPS le piattaforme che offrono servizi di IA¹⁴⁶³.

Con riferimento alle piattaforme designate, la Commissione europea ha individuato sei *gatekeeper*: Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta e Microsoft¹⁴⁶⁴. Le piccole e medie imprese digitali, non soddisfacendo le elevate soglie richieste per la designazione, restano escluse dall'ambito di applicazione del regolamento.

Difatti, è ben visibile possibile notare come lo *status* di *gatekeeper*, si sovrapponga sostanzialmente agli ecosistemi o ai data-poli già trattati in precedenza¹⁴⁶⁵ ed alla posizione dominante dei mercati digitali, presentandone, a livello sostanziale, le medesime caratteristiche (come l'integrazione verticale, gli effetti di rete e i vantaggi dei dati).

La principale divergenza emerge sul piano operativo: la qualificazione dello status di *gatekeeper* si discosta dalla nozione di posizione dominante poiché evita le complessità legate alla definizione del mercato rilevante e al relativo calcolo del potere di mercato. La designazione è agevole e rimane tale, a meno che non ci siano sopravvenienze fattuali che facciano venire meno il possesso dei requisiti.

Ancor più rilevante è l'osservazione secondo cui molti comportamenti dannosi per il funzionamento equo del mercato interno non siano riconducibili a soggetti "dominanti" ai sensi dell'articolo 102 TFUE, ma a imprese che esercitano un potere significativo di intermediazione grazie al possesso di effetti di rete, all'accumulazione massiva di dati e al controllo su infrastrutture digitali essenziali¹⁴⁶⁶.

¹⁴⁶² *Ibidem*, art. 2.

¹⁴⁶³ La Commissione europea ha aperto una consultazione pubblica per l'ampliamento dell'ambito di applicazione del DMA anche ai servizi di AI, in vista della revisione del regolamento nel 2026. Si veda la pagina web https://digital-markets-act.ec.europa.eu/consultation-first-review-digital-markets-act-2025-07-03_en

¹⁴⁶⁴ Per l'elenco delle piattaforme designate ad oggi (2025) come *gatekeeper*, si deve fare riferimento al seguente link: https://digital-markets-act.ec.europa.eu/gatekeepers_en.

¹⁴⁶⁵ Si veda capitolo terzo.

¹⁴⁶⁶ V. FALCE, *Digital Markets between Regulation and Competition policy. Converging agendas. European*, in *Journal of Privacy Law & Technologies*, 2021, nonché Regolamento (UE) 1925/2022, *Digital Markets Act*, (DMA), considerando 5.

Per tali ragioni, il DMA si può sovrapporre alla nozione di impresa dominante, ne supera le criticità analitiche e si applica anche oltre ai suoi confini.

7.2.2 La ratio della regolamentazione *ex ante* e gli obblighi

La *ratio* alla base del DMA affonda nella crescente consapevolezza, maturata tanto nella prassi giurisprudenziale quanto nell'elaborazione dottrinale, dell'insufficienza strutturale degli strumenti antitrust *ex post*, in particolare degli articoli 101 e 102 TFUE, nel fronteggiare con efficacia e tempestività le pratiche anticoncorrenziali poste in essere dai grandi *gatekeeper* digitali, come riconosciuto dallo stesso Regolamento (UE) 2022/1925.

Il considerando 5 del DMA afferma che l'applicazione del diritto della concorrenza non sia di per sé sufficiente a far fronte a tutte le problematiche e le conseguenze negative per la contendibilità e l'equità dei mercati digitali e, la natura dell'intervento *ex post* richiede valutazioni particolarmente complesse e spesso di lunga durata. La necessità di valutare pratiche altamente tecniche, la natura dinamica dei mercati digitali e la complessità delle strategie poste in essere dai grandi operatori economici rendono i procedimenti *antitrust* non solo lunghi, sia in fase di indagine che in fase di impugnazione dinnanzi alle Corti nazionali ed europee, ma anche inefficaci nella loro portata dissuasiva¹⁴⁶⁷.

Il caso *Google Shopping* rappresenta, in tal senso, un esempio emblematico della mancanza di celerità degli strumenti *antitrust* tradizionali. Il comportamento oggetto di indagine risale al 2003, ma la prima denuncia formale fu presentata nel 2009. La Commissione europea

¹⁴⁶⁷ Regolamento (UE) 1925/2022, *Digital Markets Act*, (DMA), considerando 5, «Sebbene gli articoli 101 e 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) si applichino al comportamento dei *gatekeeper*, l'ambito di applicazione di tali disposizioni è limitato a talune tipologie di potere di mercato, per esempio una posizione dominante in mercati specifici e di comportamento anticoncorrenziale, e la loro applicazione avviene *ex post* e richiede un'indagine approfondita, caso per caso, di fatti spesso molto complessi. Inoltre, il diritto vigente dell'Unione non affronta, o non affronta in maniera efficace, i problemi per quanto concerne l'efficiente funzionamento del mercato interno, imputabili al comportamento dei *gatekeeper* che non dispongono necessariamente di una posizione dominante in termini di diritto della concorrenza».

aprì l'indagine nel 2010, emettendo la propria decisione solo nel 2017¹⁴⁶⁸, con una sanzione di 2,42 miliardi di euro. La sentenza del Tribunale dell'Unione sull'impugnazione di Google è arrivata nel 2021, e il definitivo esito del procedimento innanzi alla Corte di Giustizia è giunto solo nel 2024¹⁴⁶⁹.

Analoga lentezza ha contraddistinto il caso *Facebook/Bundeskartellamt*, che, avviato nel 2016, ha comportato una pronuncia della Corte di Giustizia nel 2023¹⁴⁷⁰. Tali tempistiche, evidentemente sproporzionate rispetto alla rapidità dell'innovazione digitale, dimostrano come l'effetto deterrente delle decisioni *antitrust* sia, nei fatti, neutralizzato dal tempo necessario per la loro adozione.

In termini di *enforcement*, le sanzioni *antitrust* tradizionali e i relativi rimedi correttivi soffrono di una duplice inefficacia: da un lato, intervengono a distanza di anni dall'avvio del comportamento illecito, con il rischio di cristallizzazione degli effetti anticoncorrenziali e difficilmente reversibili; dall'altro, non riescono a produrre un'efficace deterrenza, proprio in ragione della loro posticipazione temporale¹⁴⁷¹. Come rilevano J. Crémer et al., «*the harm done may be irreversible by the time enforcement action is taken*»¹⁴⁷².

In tale contesto, si comprende la scelta del legislatore europeo di prevedere un insieme armonizzato di obblighi e divieti *ex ante* che prescindano dalla prova dell'abuso o della posizione dominante e si applicano automaticamente ai soggetti designati come *gatekeeper*. L'obiettivo dichiarato è quello di prevenire il consolidamento di poteri di

¹⁴⁶⁸ Commissione europea, decisione AT.39740, *Google Search*, 27 giugno 2017.

¹⁴⁶⁹ C. giust. UE, sentenza 8 febbraio 2024, causa C-48/22 P, *Google LLC e Alphabet Inc. v.*

¹⁴⁷⁰ C. giust. UE, , sentenza 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms Inc.*

¹⁴⁷¹ L. CABRAL, J. HAUCAP, G. PARKER, G. PETROPOULOS, T. VALLETTIE M. VAN ALSTYNE, *The EU Digital Markets Act*, European Commission, 2021. Anche G. MONTI, *The Digital Markets Act – Institutional Design and Suggestions for Improvement*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 2021, che vede il DMA come uno strumento per superare quelle che sono state percepite come le principali debolezze nell'applicazione del diritto della concorrenza nei mercati digitali, ovvero la lentezza dei procedimenti antitrust e l'assenza di significativi rimedi imposti. Si veda anche P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, op. cit..

¹⁴⁷² J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era*, op. cit., p. 46.

mercato lesivi della contendibilità dei mercati prima ancora che le pratiche distorsive si manifestino.

L'articolo 5 del *Digital Markets Act* raccoglie una serie di obblighi di comportamento "immediati" e auto-applicativi, che i *gatekeeper* devono rispettare senza necessità di specificazioni ulteriori da parte della Commissione. Alcuni esempi chiariscono la portata delle sue disposizioni. Ai sensi del paragrafo 3, si vieta al *gatekeeper* di impedire agli utenti commerciali di offrire i propri prodotti o servizi agli utenti finali attraverso altre piattaforme o canali diretti, anche a prezzi o condizioni diverse da quelli praticati sul suo servizio. Al paragrafo 4, si impone al *gatekeeper* di consentire, a titolo gratuito, che gli utenti commerciali comunichino e promuovano offerte, anche a condizioni differenti, e concludano contratti direttamente con gli utenti finali, senza essere vincolati all'uso della piattaforma. Al paragrafo 5, si impone al *gatekeeper* di permettere agli utenti finali di accedere e utilizzare contenuti, abbonamenti o componenti acquistati altrove, anche se non tramite il suo servizio di piattaforma di base. Si introducono anche disposizioni per il mercato pubblicitario. Al paragrafo 9, si impone al *gatekeeper* di fornire a ogni inserzionista, informazioni giornaliere e gratuite relative a ciascun annuncio pubblicitario pubblicato (come il prezzo e le commissioni pagate, la remunerazione percepita dall'editore, e i parametri utilizzati per calcolare prezzi, commissioni e remunerazioni). Al paragrafo 10, in modo speculare, il *gatekeeper* deve fornire a ciascun editore, informazioni giornaliere e gratuite su ogni annuncio pubblicato nei propri spazi pubblicitari (indicando la remunerazione, le commissioni ed il prezzo pagato dall'inserzionista con i relativi criteri di calcolo).

L'articolo 6 del DMA prevede degli obblighi che possono essere soggetti ad ulteriori specificazioni da parte della Commissione europea nella decisione di designazione. Tra questi, a titolo esemplificativo e non esaustivo, ricordiamo, al paragrafo 2, il divieto per il *gatekeeper* di utilizzare, in concorrenza con gli utenti commerciali, dati non pubblici generati o forniti da questi ultimi o dai loro clienti, come click, ricerche o visualizzazioni. Al paragrafo 3, si obbliga il *gatekeeper* a consentire agli utenti finali di disinstallare con facilità le proprie applicazioni e di modificare le impostazioni predefinite (come motore di ricerca, assistente

virtuale o *browser*), scegliendo liberamente tra fornitori alternativi. Al paragrafo 5, si vieta al *gatekeeper* di favorire i propri servizi nei risultati di ricerca o nel posizionamento, ma deve applicare condizioni trasparenti, eque e non discriminatorie, in linea con i principi affermati nel caso *Google Shopping*. Al paragrafo 10, si impone al *gatekeeper* di fornire agli utenti commerciali l'accesso ai dati generati dai servizi, compresi quelli personali, se vi è il consenso dell'utente finale, assicurando condizioni di accesso eque e in tempo reale.

In sintesi, il *Digital Markets Act* rappresenta una svolta metodologica nel diritto dell'Unione europea, segnando il passaggio da una logica repressiva ad una logica regolatoria preventiva, capace di affrontare le specificità strutturali dei mercati digitali, tramite l'introduzione di una serie di *per-se rule*¹⁴⁷³, applicabili a tutti i *gatekeeper* senza distinzioni o giustificazioni.

Tuttavia, è possibile formulare una riflessione di carattere trasversale.

Dalla lettura complessiva degli obblighi e dei divieti previsti dal *Digital Markets Act* emerge con chiarezza un filo conduttore che rinvia pienamente a quanto già evidenziato nel capitolo sesto: il rafforzamento della libertà di scelta del consumatore. Tale libertà si manifesta sia sul piano "esterno", attraverso la possibilità di disinstallare applicazioni preinstallate, accedere a sistemi interoperabili o visualizzare contenuti non predeterminati dal *gatekeeper*, sia sul piano "interno", nella facoltà di decidere in modo autonomo le modalità di accesso ai servizi, di prestare o meno il consenso al trattamento dei dati personali (come previsto dall'articolo 5), di esercitare la portabilità dei dati e di beneficiare di condizioni contrattuali eque, ragionevoli e non discriminatorie (FRAND). In definitiva, il regolamento mira (anche) a restituire al consumatore il potere decisionale effettivo, ponendolo nella condizione di esercitare una scelta autenticamente libera e consapevole.

¹⁴⁷³ K. WOLFGANG, *Taming Tech Giants with a Per-Se Rules Approach? The Digital Markets Act from the 'Rules vs. Standard' Perspective*, in *Concurrences* No.3, 2021, pp. 28-34.

7.2.3 La natura, gli obiettivi del DMA ed il rapporto con il diritto della concorrenza

Risulta giuridicamente fondato affermare che il *Digital Markets Act* non rientri diritto della concorrenza in senso stretto, nonostante la finalità sia quella di rendere il mercato equo e contendibile e, nonostante i numerosi rimandi alle pratiche anticoncorrenziali tipiche dei mercati digitali. I divieti e gli obblighi previsti costituiscono, difatti, la trasposizione normativa delle precedenti e più note decisioni in materia di abuso di posizione dominante contro le piattaforme digitali, assunte sia dalla Commissione europea e sia dalle autorità nazionali¹⁴⁷⁴.

Le differenze che sussistono tra i due regimi sono di natura strutturale ed operativa e sono legate prevalentemente al binomio *ex ante/ex post* sopra analizzato, alla base giudica prescelta, nonché al perseguimento di obiettivi differenti.

¹⁴⁷⁴ Regolamento (UE) 1925/2022, *Digital Markets Act*, (DMA), art. 6, par. 5 «(i)l gatekeeper non garantisce un trattamento più favorevole, in termini di posizionamento e relativi indicizzazione e crawling, ai servizi e prodotti offerti dal gatekeeper stesso rispetto a servizi o prodotti analoghi di terzi. Il gatekeeper applica condizioni trasparenti, eque e non discriminatorie a tale posizionamento», prende le mosse dal noto caso Google Shopping della Commissione europea. Commissione europea, decisione AT.39740, *Google Search (Shopping)*, 26 luglio del 2017. Oppure, l'articolo 5, paragrafo 4 del DMA, «(i)l gatekeeper consente agli utenti commerciali, a titolo gratuito, di comunicare e promuovere offerte, anche a condizioni diverse, agli utenti finali acquisiti attraverso il proprio servizio di piattaforma di base o attraverso altri canali, e di stipulare contratti con tali utenti finali, a prescindere dal fatto che, a tal fine, essi si avvalgano dei servizi di piattaforma di base del gatekeeper», prende le mosse dal caso Apple/Spotify analizzato nel capitolo sesto. Commissione Europea, decisione AT.40437, *Apple App Store Practices (Music Streaming)*, 4 marzo 2024. Ancora, l'articolo 6, paragrafo 3, del DMA, «(i)l gatekeeper consente, anche a livello tecnico, agli utenti finali, di disinstallare con facilità qualsiasi applicazione software presente nel sistema operativo del gatekeeper, fatta salva la possibilità per tale gatekeeper di limitare tale disinstallazione in relazione alle applicazioni software essenziali per il funzionamento del sistema operativo o del dispositivo e la cui fornitura come applicazioni software autonome (standalone) di terzi è impossibile a livello tecnico. Il gatekeeper consente, anche a livello tecnico, agli utenti finali di modificare facilmente le impostazioni predefinite del sistema operativo, assistente virtuale e browser web del gatekeeper che indirizzano od orientano gli utenti finali verso prodotti o servizi forniti dal gatekeeper. Ciò include la richiesta, rivolta agli utenti finali al momento del loro primo utilizzo di un motore di ricerca online, di un assistente virtuale o di un browser web del gatekeeper elencati nella decisione di designazione a norma dell'articolo 3, paragrafo 9, di scegliere, da un elenco dei principali fornitori di servizi disponibili, il motore di ricerca online, l'assistente virtuale o il browser web verso cui il sistema operativo del gatekeeper indirizza od orienta in maniera predefinita gli utenti, e il motore di ricerca online al quale l'assistente virtuale e il browser web del gatekeeper indirizzano od orientano in maniera predefinita gli utenti», prende le mosse dal caso Google Andoid. Tribunale dell'Unione Europea, sentenza 14 settembre 2022, causa T-604/18, *Google LLC e Alphabet Inc. c. Commissione (Google Android)*, ECLI:EU:T:2022:541.

Sotto il profilo della base giuridica, è significativo che il legislatore europeo abbia scelto di non fondare il *Digital Markets Act* sull'articolo 103 TFUE¹⁴⁷⁵, disposizione che avrebbe ricondotto il regolamento nell'ambito del diritto della concorrenza in senso stretto.

Diversamente, i legislatori hanno ritenuto opportuno scegliere come base giuridica l'articolo 114 del TFUE¹⁴⁷⁶, relativo al ravvicinamento delle legislazioni. La *ratio* di tale scelta risiede nell'esigenza di prevenire la frammentazione normativa che deriverebbe dall'adozione, a livello nazionale, di discipline eterogenee in materia di concorrenza o di dipendenza economica applicate ai mercati digitali. L'obiettivo perseguito è dunque quello di garantire un quadro regolatorio uniforme e coerente all'interno dell'Unione, evitando sovrapposizioni e divergenze che potrebbero compromettere l'efficacia e la prevedibilità dell'intervento europeo.

Si deve avere in mente, in questo caso, la già citata novella alle sezioni 18° e 19° della legge di concorrenza tedesca il GWB¹⁴⁷⁷, le

¹⁴⁷⁵ Art. 103 TFUE, (ex articolo 83 del TCE) «*I regolamenti o le direttive utili per l'applicazione dei principi enunciati negli articoli 101 e 102 sono stabiliti dal Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo*».

¹⁴⁷⁶ Art. 114, paragrafo 1, TFUE, (ex articolo 95 del TCE) «*Salvo disposizione contraria dei trattati, per il conseguimento degli obiettivi di cui all'articolo 26 si applicano le disposizioni seguenti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno*». Art. 26, paragrafo 1, TFUE (ex articolo 14 del TCE) «*L'Unione adotta misure intese ad instaurare o a garantire il funzionamento del mercato interno, conformemente alle pertinenti disposizioni dei trattati. 2. Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali conformemente alle disposizioni dei trattati. 3. Il Consiglio, su proposta della Commissione, stabilisce gli orientamenti e le condizioni necessari per assicurare un progresso equilibrato in tutti i settori interessati*».

¹⁴⁷⁷ Sulla base della Sezione 19a GWB, dopo la determinazione dell'autorità come piattaforma che è «*un'impresa di fondamentale importanza per la concorrenza tra i mercati*» stabilisce un elenco di possibili divieti, comprese alcune delle pratiche restrittive che sono tipicamente implementate dalle grandi piattaforme, come l'auto-preferenza, la limitazione dell'accesso ai dati, il controllo dell'interoperabilità e l'asimmetria informativa. Sezione 19° GWB «*(...) Nel determinare l'importanza fondamentale di un'impresa per la concorrenza su tutti i mercati, si tiene conto in particolare: 1) della sua posizione dominante su uno o più mercati, 2) della sua potenza finanziaria o del suo accesso ad altre risorse, 3) della sua integrazione verticale e delle sue attività su mercati altrimenti connessi, 4. del suo accesso ai dati pertinenti per la concorrenza, 5. la rilevanza delle sue attività per l'accesso dei terzi ai mercati di fornitura e di vendita e la relativa influenza sulle attività commerciali dei terzi. La validità della decisione emessa ai sensi della frase 1 deve essere limitata a cinque anni dalla data in cui diventa definitiva*». L'innovazione tedesca ha trovato grande

disposizioni del diritto belga¹⁴⁷⁸ e della disciplina italiana¹⁴⁷⁹, le quali prevedono dei regimi più restrittivi in materia di concorrenza e piattaforme digitali.

L'utilizzo di tale base giuridica si riflette sugli obiettivi che sono perseguiti da tale regolamento.

Il *Digital Markets Act*, ai sensi dell'articolo 1, dichiara «(i) *l' fine del presente regolamento è contribuire al corretto funzionamento del mercato interno stabilendo norme armonizzate volte a garantire, per tutte le imprese, che i mercati nel settore digitale nei quali sono presenti gatekeeper (controllori dell'accesso) siano equi e contendibili in tutta l'Unione, a vantaggio degli utenti commerciali e degli utenti finali*»¹⁴⁸⁰. Pertanto, il fine ultimo è garantire l'equità e la contendibilità nei mercati digitali, obiettivi che, ad opinione di chi scrive, possono essere considerati propri o, quantomeno, non estranei al diritto della concorrenza.

Tuttavia, legge sui mercati digitali è chiara. Specifica di perseguire un obiettivo complementare ma diverso dalla tutela di una concorrenza non falsata in un determinato mercato ai sensi del diritto della concorrenza¹⁴⁸¹. Esso specifica che «*il presente regolamento mira a tutelare un interesse giuridico diverso da quello tutelato da tali norme e non dovrebbe pregiudicare la loro applicazione*»¹⁴⁸².

Difatti, sebbene la concorrenza non falsata e mercati equi e contendibili non differiscano nella sostanza, è l'operatività *ex ante* del regolamento che determina la principale innovazione.

Il suo scopo e il suo ambito di applicazione mirano a garantire che i mercati in cui sono presenti i *gatekeeper* siano e continuino ad essere

sostegno in Italia; Una riforma in questo senso è stata chiesta. L'AGCM, nella sua relazione al governo per la legge annuale sulla concorrenza, ha chiesto l'adozione dell'articolo 3-bis della legge 287/1990, sotto il titolo "*Comportamenti abusivi da parte di imprese di primaria rilevanza su più mercati*".

¹⁴⁷⁸ A seguito della pubblicazione del Regio Decreto del 31 luglio 2020 che modifica il Codice belga di diritto economico ("BCEL"), il 22 agosto 2020 è entrato in vigore il divieto di abusi di dipendenza economica.

¹⁴⁷⁹ Legge annuale sulla concorrenza, n. 118/2022, art. 33 Rafforzamento dell'applicazione della legge contro l'abuso di dipendenza economica che modifica l'articolo 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, sull'abuso di dipendenza economica.

¹⁴⁸⁰ Regolamento (UE) 1925/2022, *Digital Markets Act*, (DMA), art. 1.

¹⁴⁸¹ *Ibidem*, considerando 11.

¹⁴⁸² *Ibidem*, considerando 10, 11 e 12.

equi e contendibili *ex ante*, indipendentemente dal calcolo del mercato rilevante e dagli effetti reali, potenziali o presunti del comportamento di un determinato *gatekeeper*, prescindendo quindi da ogni valutazione propria del diritto della concorrenza¹⁴⁸³.

Il regolamento fornisce una definizione di tali obiettivi sebbene senza indicare specificamente quali disposizioni perseguono tali obiettivi, ritenendo che questi due siano fortemente interrelati nei mercati digitali¹⁴⁸⁴.

Rispetto alla nozione di equità, il DMA ritiene che sia riferibile agli squilibri tra diritti e obblighi degli utenti commerciali da cui il *gatekeeper* trae un vantaggio sproporzionato¹⁴⁸⁵. Precisa tuttavia che l'equità sia anche riferibile al rapporto con i consumatori ritenendo che, a causa della posizione di punto di accesso, «*del loro potere contrattuale superiore*» e delle altre caratteristiche di cui i *gatekeeper* godono, possono determinare «*squilibri gravi in termini di potere contrattuale e, di conseguenza, pratiche sleali e condizioni inique tanto per gli utenti commerciali quanto per gli utenti finali dei servizi di piattaforma di base forniti dai gatekeeper, a discapito dei prezzi, della qualità, della concorrenza leale, della scelta e dell'innovazione nel settore digitale*»¹⁴⁸⁶.

Rispetto alla contendibilità, il DMA la definisce tale concetto come la capacità delle imprese di superare efficacemente le barriere all'ingresso e all'espansione e di contendere efficacemente il *gatekeeper* per quanto riguarda il merito dei rispettivi prodotti e servizi. Le caratteristiche dei servizi di piattaforma di base nel settore digitale, quali effetti di rete, forti economie di scala e vantaggi derivanti dai dati, hanno limitato la contendibilità di tali servizi e dei relativi ecosistemi, anche a prescindere all'innovatività dei prodotti nei nuovi entranti e dalla loro potenziale maggiore attrattività per i consumatori¹⁴⁸⁷.

Tali questioni non sembrano differire da valori tipici del diritto della concorrenza come concorrenza sui meriti, concorrenza effettiva e

¹⁴⁸³ *Ibidem*.

¹⁴⁸⁴ Cfr. A. DE STREEL, R. FEASEY, J. KRAMER E G. MONTI, *Making digital markets more resilient and effective*, in CERRE, *Centre on Regulation in Europe*, 2021.

¹⁴⁸⁵ Regolamento (UE) 1925/2022, *Digital Markets Act*, (DMA), considerando 33.

¹⁴⁸⁶ *Ibidem*, considerando 4.

¹⁴⁸⁷ *Ibidem*, considerando 32.

benessere del consumatore, composto da prezzo, qualità del servizio, scelta (nella concezione ordolibera) ed innovazione.

Anche il corretto funzionamento del mercato interno è, una finalità fondamentale di tale Regolamento. Difatti *«la finalità del presente regolamento è contribuire al corretto funzionamento del mercato interno stabilendo norme volte a garantire la contendibilità e l'equità per i mercati nel settore digitale in generale e per gli utenti commerciali e gli utenti finali dei servizi di piattaforma di base forniti dai gatekeeper in particolare»* e *«pur avendo tendenza ad adottare modelli commerciali e strutture algoritmiche globali o, quanto meno, paneuropei, possono adottare, e hanno in qualche caso adottato, condizioni e pratiche commerciali diverse in Stati membri diversi, il che può creare disparità tra le condizioni di concorrenza per gli utenti dei servizi di piattaforma di base forniti dai gatekeeper, a discapito dell'integrazione del mercato interno»*¹⁴⁸⁸.

Pertanto, gli obiettivi del Regolamento sono la garanzia dell'equità e della contendibilità dei mercati digitali che, in termini assoluti non divergono dagli obiettivi *antitrust*; tuttavia, data l'applicazione *ex ante* di tale Regolamento e il raggiungimento dei suoi scopi di regolazione, operano in un contesto preventivo, e quindi complementare in termini di operatività con l'articolo 102 TFUE ed anche con il controllo delle concentrazioni Regolamento (CE) 139/2004.

Rimane tuttavia interessante esplorare l'eventuale ipotesi di applicazione congiunta della legge sui mercati digitali e, in parallelo, dell'abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 del TFUE.

8.2.4 Applicazione parallela del DMA e del diritto della concorrenza: *ne bis in idem*, *bpost* e *Nordzucker*

L'articolo 1 del DMA lascia impregiudicata l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, nonché l'applicazione:

¹⁴⁸⁸ *Ibidem*, considerando 7.

«a) delle norme nazionali in materia di concorrenza che vietano accordi anticoncorrenziali, decisioni delle associazioni di imprese, pratiche concordate e abusi di posizione dominante;

b) delle norme nazionali in materia di concorrenza che vietano altre forme di comportamento unilaterale nella misura in cui sono applicate a imprese diverse dai gatekeeper o equivalgono all'imposizione di ulteriori obblighi ai gatekeeper; e

c) del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio (23) e delle norme nazionali relative al controllo delle concentrazioni»¹⁴⁸⁹.

Lasciando impregiudicate tali norme, si potrebbero ravvisare ipotesi di sovrapposizioni di *enforcement* tra i due settori del diritto. Ad esempio, si potrebbe ipotizzare il caso in cui una pratica sia simultaneamente indagata e sanzionata dall'autorità nazionale di concorrenza (o dalla Commissione europea) per violazione dell'articolo 102 del TFUE e, dalla Commissione europea per violazione del regolamento DMA.

Tuttavia, è opportuno fare alcune precisazioni.

In primo luogo, giova richiamare il principio del *ne bis in idem*, sancito dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che vieta di sottoporre un medesimo soggetto a più procedimenti o sanzioni per gli stessi fatti, qualora tali procedimenti rivestano natura sostanzialmente penale ai sensi del diritto dell'Unione¹⁴⁹⁰. Tale articolo prevede che nessuno possa essere perseguito o condannato per un fatto per il quale è già stato assolto o condannato. Sebbene si tratti, per tradizione, di un principio tipico del diritto penale, la Corte di Giustizia nella recente sentenza *bpost* ha ritenuto che, data l'afflittività delle sanzioni pecuniarie

¹⁴⁸⁹ *Ibidem*, art. 1 e considerando 10.

¹⁴⁹⁰ Art. 50, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), stabilisce che «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge». Analogamente, all'articolo 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Occorre ricordare che il principio del *ne bis in idem* costituisce un principio fondamentale del diritto dell'Unione (a tal fine, si veda C. giust. UE, sentenza 15 ottobre 2002, cause riunite C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, da C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a./Commissione*, EU:C:2002:582, par. 59).

applicate dalle autorità di concorrenza¹⁴⁹¹, tale principio possa essere pacificamente applicato anche nei casi di sanzioni *antitrust*¹⁴⁹², tutelando le imprese da plurime indagini e sanzioni rispetto alle medesime condotte.

Per quanto riguarda la condizione «*bis*», affinché si possa ritenere che una decisione giudiziaria abbia statuito in via definitiva sui fatti sottoposti ad un secondo procedimento, è necessario non solo che tale decisione sia divenuta definitiva, ma anche che essa sia stata pronunciata previa una valutazione nel merito della causa¹⁴⁹³.

Per quanto attiene alla condizione «*idem*», dalla formulazione stessa dell'articolo 50 della Carta discende che esso vieta di perseguire o sanzionare penalmente una stessa persona più di una volta per lo stesso reato.

Il requisito dell'*idem* attiene all'identità del fatto oggetto dei due procedimenti. Secondo la giurisprudenza della Corte (in particolare *bpost*, C-117/20, e *Nordzucker*, C-151/20), esso si verifica quando sussiste una triplice coincidenza:

1. Identità del trasgressore (*idem reus*), ossia la stessa impresa o gruppo economico destinatario della sanzione;

¹⁴⁹¹ Si ricorda come ai sensi del Regolamento (CE) 1/2003, art. 23, le sanzioni amministrative pecuniarie applicate dalle autorità di concorrenza nelle ipotesi di violazione degli articoli 101 e 102 TFUE possono raggiungere un massimo edittale del 10% del fatturato annuo dell'impresa.

¹⁴⁹² C. giust. UE, sentenza 22 marzo 2022, causa C 117/20, *bpost SA*, cit. par. 26, «(o)ccorre sottolineare, a tal riguardo, che l'applicazione dell'articolo 50 della Carta non si limita unicamente ai procedimenti e alle sanzioni qualificati come «penali» dal diritto nazionale, bensì comprende – prescindendo da una siffatta qualificazione in diritto interno – procedimenti e sanzioni che devono essere ritenuti dotati di natura penale sul fondamento dei due ulteriori criteri indicati al punto precedente», (v., in tal senso, sentenza del 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15, EU:C:2018:197, par. 30), inoltre, par. 27, «(n)el caso di specie, tuttavia, è sufficiente constatare che, come precisato dal giudice del rinvio, i due procedimenti di cui trattasi nel procedimento principale sono volti all'irrogazione di sanzioni amministrative aventi carattere penale, cosicché la qualificazione penale di tali procedimenti, alla luce dei criteri ricordati al punto 25 della presente sentenza, non è in discussione».

¹⁴⁹³ Il *bis* si realizza dunque solo in presenza di una seconda azione sanzionatoria avente carattere sostanzialmente penale indipendentemente dalla sua formale qualificazione. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, CEDU, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, ricorsi nn. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 e 5370/72; C. giust. UE dell'Unione europea, causa C-524/15, *Menci*, EU:C:2018:197. Si veda per analogia, C. giust. UE, sentenza del 5 giugno 2014, *M*, C-398/12, EU:C:2014:1057, par. 28-30.

2. Identità del fatto materiale (*idem factum*), vale a dire la medesima condotta, nel medesimo contesto spazio-temporale e con la stessa finalità economica¹⁴⁹⁴;
3. Identità dell'interesse giuridico tutelato, ossia la protezione del medesimo bene giuridico da parte delle due normative applicate¹⁴⁹⁵.

L'assenza di uno solo dei requisiti determina la non applicabilità di tale principio.

La possibilità che si escluda l'applicabilità del *ne bis in idem*, e dunque la possibilità che due indagini e sanzioni (l'una ai sensi del diritto della concorrenza e l'altro ai sensi del DMA) si applichino in parallelo, potrebbe essere rafforzata proprio dall'ultimo requisito elencato, attinente alla diversità dell'interesse giuridico tutelato.

Come afferma la stessa legge sui mercati digitali, l'interesse giuridico che perseguito è differente da quello del diritto della concorrenza e non si sovrappone con esso. Astrattamente, dunque, sarebbe ipotizzabile l'applicazione delle sanzioni ai sensi del DMA, volte a garantire l'equità e la contendibilità dei mercati digitali e, simultaneamente l'*enforcement* del diritto della concorrenza, a garanzia di una concorrenza non falsata nel mercato interno, aventi ad oggetto la medesima condotta della medesima piattaforma (*gatekeeper* e in posizione dominante)

A *fortiori*, questo ragionamento sarebbe corroborato dalle recenti decisioni della Corte di Giustizia in materia di *ne bis in idem* e diritto della concorrenza.

Nel citato caso *bpost*¹⁴⁹⁶, la società belga era stata oggetto di una duplice sanzione pecuniaria relativamente alla medesima condotta da parte

¹⁴⁹⁴ Infatti, l'identità dei fatti materiali deve essere intesa come un insieme di circostanze concrete derivanti da eventi che sono, in sostanza, gli stessi, in quanto coinvolgono lo stesso autore e sono indissociabilmente legati tra loro nel tempo e nello spazio. Si veda in tal senso, Corte EDU, 10 febbraio 2009, *Sergueï Zolotoukhine c. Russia*, CE:ECHR:2009:0210JUD001493903, par. 83-84, nonché Corte EDU, 20 maggio 2014, *Pirttimäki c. Finlandia*, CE:ECHR:2014:0520JUD003523211, par. 49-52.

¹⁴⁹⁵ C. giust. UE, sentenza 22 marzo 2022, in causa C 117/20, *bpost SA*, cit., par. 43, «(u)na siffatta possibilità di cumulare i procedimenti e le sanzioni rispetta il contenuto essenziale dell'articolo 50 della Carta, a condizione che la normativa nazionale non consenta di perseguire e di sanzionare i medesimi fatti a titolo dello stesso reato o al fine di perseguire lo stesso obiettivo, ma preveda unicamente la possibilità di un cumulo dei procedimenti e delle sanzioni ai sensi di normative diverse».

¹⁴⁹⁶ C. giust. UE, sentenza del 22 marzo 2022, causa C 117/20, *bpost SA*, cit.

di due autorità differenti, La prima sanzione è stata applicata dall'autorità belga delle telecomunicazioni; la seconda, dall'autorità belga di concorrenza (*Autorité de la concurrence*). Dinanzi all'ipotesi di violazione del principio del *ne bis in idem* sancito dall'articolo 50 della Carta, la Corte di Giustizia ha in realtà ritenuto che non vi fosse alcuna violazione, posto che le due sanzioni miravano a perseguire obiettivi sostanzialmente differenti¹⁴⁹⁷.

La prima sanzione applicata alla *bpost* era fondata sulla regolamentazione di settore postale (rispettivamente alle disposizioni in materia di trasparenza e non discriminazione nei prezzi postali); la seconda, era fondata sul diritto della concorrenza, per abuso di posizione dominante nel mercato postale.

¹⁴⁹⁷ *Ibidem*, par. 47, «È quindi legittimo che, al fine di garantire la prosecuzione del processo di liberalizzazione del mercato interno dei servizi postali provvedendo al contempo al buon funzionamento di quest'ultimo, uno Stato membro reprime gli inadempimenti, da un lato, alla normativa settoriale avente per oggetto la liberalizzazione del mercato interessato e, dall'altro, alle norme applicabili nel diritto della concorrenza, come previsto dal considerando 41 della direttiva 97/67». Par. 48, «Riguardo al principio di proporzionalità, quest'ultimo richiede che il cumulo di procedimenti e di sanzioni previsto dalla normativa nazionale non superi i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti (sentenza del 20 marzo 2018, Menci, C-524/15, EU:C:2018:197, punto 46 e giurisprudenza ivi citata)». Al par. 49, «A tal riguardo, occorre sottolineare che le autorità pubbliche possono legittimamente optare per risposte giuridiche complementari a determinati comportamenti nocivi per la società mediante diversi procedimenti che formano un insieme coerente in modo da trattare sotto i suoi diversi aspetti il problema sociale in questione, purché tali risposte giuridiche combinate non rappresentino un onere eccessivo per la persona di cui trattasi (v., in tal senso, Corte EDU, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia, CE:ECHR:2016:1115JUD002413011, §§ 121 e 132). Pertanto, il fatto che due procedimenti perseguano obiettivi di interesse generale distinti, che è legittimo tutelare cumulativamente, può essere preso in considerazione, nell'ambito dell'analisi della proporzionalità di un cumulo di procedimenti e di sanzioni, quale fattore diretto a giustificare tale cumulo, a condizione che tali procedimenti siano complementari e che l'onere supplementare rappresentato da detto cumulo possa così essere giustificato dai due obiettivi perseguiti». Al par. 50, «Orbene, norme nazionali che prevedono la possibilità di un cumulo dei procedimenti e delle sanzioni a titolo di una normativa settoriale e del diritto della concorrenza sono idonee a realizzare l'obiettivo di interesse generale che è quello di garantire l'applicazione effettiva di ciascuna delle due normative in questione, dal momento che esse perseguono gli obiettivi legittimi distinti di cui ai punti 45 e 46 della presente sentenza. A tale titolo, spetterà al giudice del rinvio valutare, alla luce delle disposizioni nazionali che hanno dato luogo ai procedimenti avviati rispettivamente dall'autorità di regolamentazione del settore postale e dall'autorità garante della concorrenza, se il cumulo di sanzioni di natura penale può essere giustificato, nella controversia di cui al procedimento principale, dal fatto che i procedimenti avviati da tali autorità riguardano scopi complementari vertenti su aspetti differenti della medesima condotta illecita».

La duplicazione sanzionatoria nei confronti della medesima impresa per la medesima condotta può ritenersi legittima qualora le due procedure perseguano finalità giuridiche differenti, riconducibili a distinti interessi protetti dall'ordinamento. In tal caso, l'applicazione congiunta delle due misure non integra una violazione del principio *ne bis in idem*, in quanto ciascuna trova giustificazione autonoma nella diversa ratio dell'intervento normativo, l'una volta alla repressione di condotte anticoncorrenziali, l'altra alla tutela di obiettivi regolatori o settoriali, realizzando nel complesso una risposta coerente e proporzionata dell'ordinamento¹⁴⁹⁸.

Ciò consente di ritenere astrattamente ammissibile un'applicazione congiunta delle disposizioni di cui all'articolo 102 TFUE e al *Digital Markets Act*, in quanto i due strumenti, pur potendo riguardare la medesima condotta economica, perseguono interessi giuridicamente distinti.

La Corte di Giustizia, inoltre, sempre nella più recente giurisprudenza in materia di *ne bis in idem* nel diritto della concorrenza, si è pronunciata nel caso *Nordzucker*¹⁴⁹⁹. Nel caso *Nordzucker*, la società era già stata sanzionata dal *Bundeskartellamt* tedesco per violazione dell'articolo 101 TFUE, quando l'autorità austriaca della concorrenza (*Bundeswettbewerbsbehörde*) manifestò l'intenzione di avviare un ulteriore procedimento nei confronti della stessa impresa, fondato sulle medesime condotte ma riferite al mercato geografico austriaco. La Corte di giustizia ha escluso la violazione del principio *ne bis in idem*, ritenendo che non sussistesse una piena identità del fatto materiale, poiché le due autorità indagavano comportamenti economicamente simili ma riferiti a contesti territoriali distinti, con effetti concorrenziali prodotti in mercati geografici distinti. Di conseguenza, l'assenza di coincidenza del mercato geografico ha impedito di ravvisare l'*idem factum* necessario per l'operatività del principio.

Le considerazioni sopra esposte inducono a ritenere che, in linea astratta, possa ritenersi ammissibile un cumulo di procedimenti fondati rispettivamente sul *Digital Markets Act* e sull'articolo 102 TFUE, qualora

¹⁴⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹⁹ C. giust. UE, sentenza del 22 marzo 2022, in causa C-151/20, *Nordzucker AG e a.*, cit.

siano soddisfatte le condizioni delineate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. In particolare, il caso *bpost* (C-117/20) legittima tale possibilità in presenza di una diversità di finalità giuridiche perseguite, mentre il caso *Nordzucker* (C-151/20) la ammette qualora sussista una differenza nei mercati rilevanti interessati.

Ne consegue che una medesima condotta potrebbe, in ipotesi, essere oggetto di intervento parallelo. Da un lato, ai sensi del DMA, in quanto violazione di obblighi regolatori *ex ante* relativi alla contendibilità dei mercati digitali; dall'altro, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, laddove la stessa condotta integri un abuso di posizione dominante in un mercato nazionale o specifico.

Pur riconoscendo la fondatezza di tale impostazione, alcune considerazioni inducono a riformulare il quesito in termini più articolati, suggerendo una lettura meno lineare e più approfondita della questione.

La prima considerazione è di natura sostanziale.

Pur riconoscendo che il *Digital Markets Act* e il diritto della concorrenza perseguano obiettivi formalmente distinti, risulta in concreto complesso tracciare una linea di demarcazione netta tra gli stessi. Come si può concretamente distinguere la garanzia di mercati equi e contendibili, da mercati in cui si garantisce che la concorrenza non sia falsata? In questo caso, non si potrebbe prevedere un cumulo di procedimenti e sanzioni qualora si tratti di due strumenti legislativi volti a perseguire il medesimo obiettivo o interesse legittimo.

A voler distinguere i due obiettivi e ritenerli complementari, occorre ricordare le parole della Corte in *bpost*; «*le autorità pubbliche possono legittimamente optare per risposte giuridiche complementari a determinati comportamenti nocivi*» mediante diversi procedimenti che formano un insieme coerente in modo da trattare sotto i suoi diversi aspetti il problema sociale in questione, purché «*tali risposte giuridiche combinate non rappresentino un onere eccessivo per la persona di cui trattasi*»¹⁵⁰⁰. In questo caso, un cumulo di sanzioni ai sensi del DMA e del diritto della concorrenza potrebbero risultare, vista la complementarità, un onere pressoché sproporzionato.

¹⁵⁰⁰ C. giust. UE, sentenza del 22 marzo 2022, causa C 117/20, *bpost SA*, cit. par. 50.

La seconda considerazione emerge da una lettera analitica del testo del regolamento. Lo stesso DMA prevede dei meccanismi di coordinamento e collaborazione tra la Commissione europea e le autorità nazionali di concorrenza negli articoli 37 e 38 del DMA.

L'articolo 37 richiede che queste collaborino e coordinino *«le loro azioni di esecuzione per garantire un'applicazione coerente, efficace e complementare degli strumenti giuridici disponibili applicati ai gatekeeper ai sensi del presente regolamento»*¹⁵⁰¹.

In maniera sostanzialmente dirimente, l'articolo 38 introduce un meccanismo procedurale volto ad evitare le ipotesi di applicazione congiunta. Qualora un'autorità nazionale di concorrenza intenda avviare un'indagine ai sensi del diritto della concorrenza su una piattaforma designata come *gatekeeper* *«tale autorità informa la Commissione per iscritto della prima misura formale di indagine, prima dell'avvio di tale misura o immediatamente dopo di esso»*. Qualora l'autorità di concorrenza, inoltre, intenda imporre obblighi ai *gatekeeper* sulla base del diritto della concorrenza *«tale autorità comunica alla Commissione, al più tardi 30 giorni prima della sua adozione, il progetto di misura indicandone i motivi»*¹⁵⁰². Inoltre, si prevede che le autorità nazionali di concorrenza possano avviare indagini nei confronti dei *gatekeeper* per valutare il rispetto degli obblighi di cui agli articoli 5, 6 e 7 del DMA; in questo caso, devono informare la Commissione europea prima del compimento del primo atto formale di indagine, comunicare i risultati delle indagini e, l'apertura da parte della Commissione di un procedimento ai sensi del DMA, preclude alle autorità nazionali competenti la possibilità di condurre tale indagine o determina la sua conclusione qualora essa sia già in corso¹⁵⁰³.

Pertanto, alla luce delle considerazioni esposte, l'ipotesi di una applicazione congiunta delle due discipline appare, allo stato, sostanzialmente esclusa. Ciò non esclude, tuttavia, che un'autorità nazionale della concorrenza possa decidere di avviare o proseguire un'indagine ai sensi dell'articolo 102 TFUE in relazione a una condotta

¹⁵⁰¹ Regolamento (UE) 1925/2022, *Digital Markets Act*, (DMA), art. 37.

¹⁵⁰² *Ibidem.*, art. 38.

¹⁵⁰³ *Ibidem.*

già oggetto di intervento nell'ambito del *Digital Markets Act*, qualora ritenga sussistenti profili di abuso di posizione dominante non integralmente coperti dal regolamento. Per queste questioni, valgono tutte le considerazioni esposte nel capitolo sesto.

Nelle altre circostanze, sarà verosimilmente la Corte di giustizia dell'Unione europea a dover chiarire, in via definitiva, i limiti di interferenza e di coordinamento tra enforcement *antitrust* e disciplina regolatoria dei *gatekeeper*.

7.2.5 Le radici del Digital Markets Act e la protezione dei dati

La legge sui mercati digitali (DMA) e il regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR) perseguono scopi e obiettivi diversi e hanno ambiti di applicazione diversi. Mentre il GDPR mira a proteggere le persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e a garantire la libera circolazione dei dati personali nell'Unione, il DMA mira a contrastare le pratiche sleali e i loro potenziali effetti dannosi per gli utenti commerciali e per gli utenti finali, stabilendo una serie di norme armonizzate applicabili ai *gatekeeper* al fine di garantire mercati digitali europei equi e contendibili.

Il DMA e il GDPR presentano una chiara complementarità sia negli obiettivi sia nelle tutele che offrono. Il rispetto degli obblighi previsti dal GDPR si collega direttamente alla finalità del DMA di limitare i vantaggi competitivi legati al controllo dei dati da parte dei *gatekeeper*.

Questa duplice dimensione, che si riflette nelle condotte di mercato vietate, conferisce al *Digital Markets Act* una natura sostanzialmente ibrida. Esso, infatti, disciplina il comportamento dei *gatekeeper* con l'obiettivo di preservare mercati digitali equi e contendibili, riconoscendo al contempo che tali finalità non possono essere pienamente realizzate senza il rispetto delle norme del GDPR che regolano la circolazione e l'utilizzo dei dati personali, il principale *asset* competitivo dell'economia digitale.

Lo stesso regolamento riconosce che *«i vantaggi basati sui dati»*¹⁵⁰⁴ rappresentano uno dei principali fattori di sfruttamento da parte dei *gatekeeper*, incidendo in modo significativo sulla contendibilità dei mercati digitali. Tali vantaggi, derivanti dall'accumulazione e dall'utilizzo esclusivo di ingenti quantità di dati personali e non personali, possono infatti alterare gli equilibri competitivi, rafforzare posizioni dominanti e ostacolare l'ingresso di nuovi operatori. Allo stesso tempo, essi determinano un impatto rilevante sull'equità dei rapporti commerciali tra i fornitori dei servizi di piattaforma di base e i rispettivi utenti, siano essi imprese o consumatori finali.

Ancor più direttamente, il DMA prevede che *«(g)li interessi degli utenti finali in materia di protezione dei dati e di privacy sono rilevanti ai fini di qualsiasi valutazione degli effetti potenzialmente negativi della pratica adottata dai gatekeeper, consistente nel raccogliere e nell'accumulare grandi quantità di dati provenienti dagli utenti finali»*¹⁵⁰⁵. Questo a dimostrazione che il rispetto delle prescrizioni del GDPR rileva, senza alcun dubbio, sulla valutazione della correttezza del comportamento dei *gatekeeper*. Difatti, la garanzia di un livello adeguato di trasparenza delle pratiche di profilazione di cui si avvalgono i *gatekeeper*, compresa a titolo esemplificativo la profilazione ai sensi dell'articolo 4, punto 4) del regolamento (UE) 2016/679, *«agevola la contendibilità dei servizi di piattaforma di base»*¹⁵⁰⁶.

La trasparenza esercita una *«pressione esterna sui gatekeeper affinché non rendano la profilazione approfondita dei consumatori una norma del settore, dato che i potenziali concorrenti o le start-up non possono accedere ai dati in una misura e con un'accuratezza analoghe, né su una scala paragonabile»*¹⁵⁰⁷. Una maggiore trasparenza dovrebbe consentire alle altre imprese che forniscono servizi di piattaforma di base *«di differenziarsi meglio attraverso l'uso di maggiori garanzie della privacy»*¹⁵⁰⁸.

¹⁵⁰⁴ *Ibidem*, considerando 2.

¹⁵⁰⁵ *Ibidem*, considerando 72.

¹⁵⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁰⁸ *Ibidem*.

In linea generale, rispetto al rapporto con il GDPR, il regolamento DMA regolamento integra e «*lascia impregiudicata*» la sua applicazione¹⁵⁰⁹.

Al contempo, nel promulgare il DMA, il legislatore ha preso in considerazione la necessità di proteggere la *privacy* integrando quest'ultima nella formulazione degli obblighi e dei divieti. Difatti «*gli obblighi sanciti dal presente regolamento sono pertanto necessari per rispondere alle preoccupazioni di interesse pubblico identificate, (...) tenendo conto della necessità di tutelare l'ordine pubblico e la privacy e di contrastare le pratiche commerciali fraudolente e ingannevoli*»¹⁵¹⁰.

Sulla base di tali premesse, è pacifico affermare che il DMA predispone una regolamentazione *ex ante* volta a promuovere mercati equi e contendibili nei quali, il trattamento equo dei dati personali, costituisce parte delle garanzie necessarie per il loro raggiungimento.

Il rafforzamento del controllo sui dati personali è evidente in molte delle disposizioni del DMA¹⁵¹¹. Tuttavia, è opportuno concentrarsi sulle disposizioni più rilevanti. Un primo esempio è quello dell'articolo 6, paragrafo 9, il quale rafforza la portabilità dei dati nel contesto dei mercati digitali, prevedendo l'obbligo dei *gatekeeper*, su richiesta e a titolo gratuito, dell'effettiva portabilità dei dati personali e non personali degli utenti finali, il cui accesso deve essere di elevata qualità, continua e in tempo reale, al fine di utilizzarli in una piattaforma alternativa¹⁵¹².

Vi è poi l'articolo 15, il quale stabilisce l'obbligo per il *gatekeeper* di presentare alla Commissione una descrizione sottoposta ad audit indipendente di tutte le tecniche di profilazione dei consumatori che il *gatekeeper* applica ai suoi servizi di piattaforma di base o attraverso di essi¹⁵¹³.

¹⁵⁰⁹ *Ibidem*, considerando 12.

¹⁵¹⁰ *Ibidem*, considerando 35.

¹⁵¹¹ Si pensi, ad esempio all'articolo 6, paragrafo 2, del Regolamento DMA, il quale vieta al *gatekeeper* di utilizzare, in concorrenza con i propri utenti commerciali, i dati non accessibili al pubblico (compresi i dati relativi a click, ricerche e visualizzazioni e i dati vocali) generati o forniti da tali utenti commerciali nel contesto del loro utilizzo dei servizi del *gatekeeper*. Inoltre, l'articolo 6, paragrafo 4, vieta al *gatekeeper* di limitare la capacità degli utenti finali di passare da un'applicazione software e da un servizio all'altro.

¹⁵¹² Regolamento (UE) 1925/2022, *Digital Markets Act*, (DMA), art. 6, par. 9.

¹⁵¹³ *Ibidem*, art. 15.

Infine, l'articolo 5, paragrafo 2, in combinato con l'articolo 13, i quali saranno oggetto di successiva trattazione dettagliata, costituiscono le disposizioni da cui emerge la connessione più forte tra il trattamento dei dati personali, il consenso valido e, il potere di mercato¹⁵¹⁴, dunque tra regolamento GDPR e concorrenza.

A livello istituzionale, la connessione tra concorrenza, regolazione e protezione dei dati, si ravvisa nell'articolo 40 del Regolamento. Tale disposizione prevede l'istituzione di un meccanismo di cooperazione, il cd. *high-level group*, il quale svolge funzioni consultive in merito all'interpretazione e all'applicazione della legge sui dati digitali da parte della Commissione europea, è composto da vari membri, tra cui il comitato europeo per la protezione dei dati e il garante europeo della protezione dei dati¹⁵¹⁵.

A dimostrazione della crescente rilevanza tra il *Digital Markets Act* ed il GDPR, l'*European Data Protection Board* ha rilasciato nel 2025 la bozza delle Linee guida *On the Interplay Between the Digital Markets Act and the General Data Protection Regulation*¹⁵¹⁶, attualmente sottoposte a consultazione pubblica. Trattandosi di un documento ancora non definitivo, allo stato degli atti non è possibile trarre indicazioni esaustive dalla sua analisi. Per una valutazione più puntuale è dunque necessario attendere la conclusione della consultazione pubblica e la successiva versione definitiva. Si accenna qui che, le indicazioni contenute nella bozza corroborano ogni argomentazione precedentemente svolta nonché, le indicazioni presentate nei paragrafi che seguiranno.

In linea generale, il regolamento DMA, con le sue disposizioni relative ai dati personali, ha il pregio di portare l'attenzione su una questione fondamentale, che lega il trattamento dei dati personali e la concorrenza: il rapporto tra potere economico e libertà individuali, presentandosi centrale, ancora una volta, nelle dinamiche competitive.

¹⁵¹⁴ *Ibidem*, artt. 5 e 13.

¹⁵¹⁵ *Ibidem*, art. 40.

¹⁵¹⁶ European Data Protection Board (EDPB), *Joint Guidelines on the Interplay between Digital Markets Act and the General Data Protection Regulation*, 2025, draft.

7.3 Articolo 5(2) del Digital Markets Act

Alla luce di quanto esposto, merita particolare attenzione la formulazione dell'articolo 5(2) del *Digital Markets Act*, il quale si presenta come la codificazione legislativa delle questioni sollevate nel caso *Meta/Bundeskartellamt* e rappresenta una delle espressioni più rilevanti dell'interazione tra diritto della concorrenza e tutela dei dati personali¹⁵¹⁷.

Con l'obbligo di presentare agli utenti finali una scelta specifica e di ottenere da loro un consenso valido, l'articolo 5(2) mira ad affrontare il problema del rafforzamento del consenso al trattamento dei dati personali, questione che offre ai *gatekeeper* potenziali vantaggi in termini di accumulo di dati, che a sua volta solleva barriere all'ingresso e ostacola la contendibilità nei mercati digitali.

Ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2 del DMA, ai *gatekeeper* è fatto divieto di effettuare le seguenti operazioni¹⁵¹⁸:

- a) trattare, ai fini della fornitura di servizi di pubblicità *online*, i dati personali degli utenti finali che utilizzano servizi di terze parti che si avvalgono dei servizi di piattaforma di base (CPS) del *gatekeeper*.
- b) combinare i dati personali del CPS pertinente con i dati personali di qualsiasi altro CPS o di qualsiasi altro servizio fornito dal *gatekeeper* o con i dati personali provenienti da servizi di terzi. Tale comma non specifica che la combinazione sia vietata esclusivamente in relazione alla fornitura di pubblicità personalizzata, applicandosi ad ogni uso "combinato" dei dati personali, come quelli relativi al miglioramento del servizio,

¹⁵¹⁷ Così anche S.VEZZOSO, *The Digital Markets Act Under Initial Scrutiny: A Variation-Selection-Adaptation Framework*, 2025.

¹⁵¹⁸ Regolamento (UE) 1925/2022, *Digital Markets Act*, (DMA), art. 5, par. 2, il *gatekeeper* «a) non tratta, ai fini della fornitura di servizi pubblicitari online, i dati personali degli utenti finali che utilizzano servizi di terzi che si avvalgono di servizi di piattaforma di base del *gatekeeper*; b) non combina dati personali provenienti dal pertinente servizio di piattaforma di base con dati personali provenienti da altri servizi di piattaforma di base o da eventuali ulteriori servizi forniti dal *gatekeeper* o con dati personali provenienti da servizi di terzi;nc) non utilizza in modo incrociato dati personali provenienti dal pertinente servizio di piattaforma di base in altri servizi forniti separatamente dal *gatekeeper*, compresi altri servizi di piattaforma di base, e viceversa; e d) non fa accedere con registrazione gli utenti finali ad altri servizi del *gatekeeper* al fine di combinare dati personali».

all'allenamento di sistemi di IA, nonché per creare nuovi prodotti o servizi;

- c) l'uso incrociato dei dati personali del CPS pertinente in altri servizi forniti separatamente dal *gatekeeper*, compresi altri CPS, e viceversa. L'utilizzo incrociato avviene nel momento in cui i dati raccolti in un servizio, ad esempio nei *social network*, vengono utilizzati per un servizio CPS della piattaforma, come quello della pubblicità personalizzata o altri servizi CPS; e,
- d) obbligare agli utenti finali di accedere con registrazione ad altri servizi del *gatekeeper* al fine di combinare i dati personali.

Le lettere a), b) e c) richiamano espressamente la condotta tenuta da Facebook, oggetto della decisione dell'autorità tedesca della concorrenza, nella quale tale disposizione trova la propria origine sostanziale. Difatti, tale articolo risulta essere la trasposizione normativa della teoria del danno elaborata nel caso *Meta/Bundeskartellamt* nell'ambito dell'abuso di posizione dominante per condizioni contrattuali inique¹⁵¹⁹.

I divieti relativi al trattamento dei dati personali ai fini della fornitura di servizi pubblicitari *online*, della combinazione, dell'utilizzo incrociato o dell'accesso degli utenti finali, non sono assoluti. In altri termini, tali operazioni possono essere implementate dal *gatekeeper*, qualora siano soddisfatte tre condizioni cumulative:

Rispetto la prima condizione, il *gatekeeper* deve sottoporre all'utente finale una "scelta specifica" concernente il consenso al trattamento, alla combinazione o all'uso incrociato e servizi distinti offerti.

In secondo luogo, l'utente deve essere posto in condizione di optare liberamente tra due alternative: da un lato, un servizio personalizzato subordinato alla prestazione del consenso ai sensi dell'articolo 5(2) del *Digital Markets Act*; dall'altro, un servizio equivalente quanto a

¹⁵¹⁹ Si ricorda brevemente. Facebook raccoglieva i dati personali degli utenti generati sia dalle attività poste in essere internamente alla piattaforma, sia dalle attività di navigazione su siti web o app di terzi (che si avvalevano degli strumenti di Facebook, i cd. *Facebook Business Tool*), sia i dati provenienti da altri servizi offerti da Facebook quali Whatsapp e Instagram, al fine di combinarli ed utilizzarli per finalità di pubblicità personalizzata nei vari servizi digitali offerti da Facebook.

funzionalità ma meno personalizzato, destinato a coloro che non intendano acconsentire a tali trattamenti¹⁵²⁰.

Infine, l'utente finale deve aver fornito un consenso valido ai sensi degli articoli 4, paragrafo 11, e 7 del GDPR al trattamento, all'integrazione o all'uso incrociato dei dati personali di cui all'articolo 5, paragrafo 2, lettere da a) a d), del DMA¹⁵²¹. L'articolo 5, paragrafo 2, prevede inoltre che, qualora il consenso prestato ai fini delle attività di trattamento sia stato rifiutato o revocato dall'utente finale, al *gatekeeper* è fatto divieto di ripetere la sua richiesta di consenso per la stessa finalità più di una volta nell'arco di un anno¹⁵²². L'articolo chiarisce altresì che il divieto non pregiudica la possibilità per il *gatekeeper* di avvalersi, ove ricorrano i presupposti, delle basi giuridiche alternative al consenso previste dall'articolo 6, paragrafo 1, lettere c), d) ed e), del GDPR, ossia il trattamento necessario per adempiere un obbligo legale, per tutelare interessi vitali o per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico¹⁵²³. Tale previsione conserva uno spazio, seppur residuale, per trattamenti fondati su finalità diverse dalla personalizzazione commerciale, in particolare laddove si rendano necessari per esigenze imperative connesse alla pubblica sicurezza o alla tutela della vita dell'interessato.

In linea generale, la base giuridica che il *gatekeeper* è tenuto a adottare come regola di principio per il trattamento dei dati personali ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2 è il consenso esplicito dell'interessato, conformemente a quanto previsto dall'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del GDPR.

¹⁵²⁰ Regolamento (UE) 1925/2022, *Digital Markets Act*, (DMA), art. 5, par. 2, «a meno che sia stata presentata all'utente finale la scelta specifica e quest'ultimo abbia dato il proprio consenso ai sensi dell'articolo 4, punto 11), e dell'articolo 7 del regolamento (UE) 2016/679».

¹⁵²¹ *Ibidem*. Nella sentenza *Meta* (C-252/21), la CGUE ha espresso un punto di vista simile, affermando che il dominio, quindi un'asimmetria di potere, non impedisce, in quanto tale, agli utenti (...) di dare validamente il loro consenso (par. 147). Sia il DMA che il GDPR possono quindi essere interpretati dal presupposto che il consenso possa essere liberamente dato a un'impresa con un significativo grado di potere. Si veda C. giust. UE, sentenza 4 luglio 2023, in causa C-252/21, *Meta Platforms*, cit.

¹⁵²² *Ibidem*, «Se l'utente finale ha negato o revocato il consenso prestato ai fini del primo comma, il *gatekeeper* non ripete la sua richiesta di consenso per la stessa finalità più di una volta nell'arco di un anno».

¹⁵²³ *Ibidem*, «Il presente paragrafo lascia impregiudicata la possibilità per il *gatekeeper* di avvalersi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettere c), d) ed e), del regolamento (UE) 2016/679, se del caso».

In tal modo, il legislatore europeo ha optato per un bilanciamento tra la tutela della libertà individuale e le esigenze di innovazione e personalizzazione dei servizi digitali, rimettendo la liceità del trattamento alla volontà informata dell'interessato¹⁵²⁴.

In prima battuta, tale disposizione risulta essere particolarmente interessante dal punto di vista sostanziale, vietando *ex ante* una pratica che, alla luce di quanto detto nei capitoli precedenti, integra gli estremi di abuso di posizione dominante ai sensi del 102 TFUE.

7.3.1 Il requisito della scelta specifica ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2 del DMA

Come prima accennato, le operazioni sopra indicate sono ammissibili, qualora si rispettino i requisiti previsti.

Il primo requisito dall'articolo 5(2), per le finalità di utilizzo a fini commerciali, combinazione ed utilizzo incrociato dei dati personali è la nozione di "scelta specifica".

L'articolo 5, paragrafo 2, è bene qui ricordarlo, prevede che le suddette operazioni siano vietate *«a meno che sia stata presentata all'utente finale la scelta specifica e quest'ultimo abbia dato il proprio consenso ai sensi dell'articolo 4, punto 11, e dell'articolo 7 del regolamento (UE) 2016/679»*.

La nozione di "scelta specifica" rappresenta uno dei punti di maggiore complessità interpretativa che ha caratterizzato l'*enforcement* del DMA. Il significato di tale formula viene chiarito, seppur in modo non esaustivo, dai considerando 36 e 37 del regolamento.

Quale è il contenuto della scelta specifica che deve essere offerta all'utente al fine di assicurare la *compliance* al DMA?

Il considerando 36 precisa che i *gatekeeper* devono consentire agli utenti finali di esercitare una scelta libera e consapevole circa l'adesione a pratiche di trattamento (o di accesso con registrazione), *«offrendo*

¹⁵²⁴ È interessante notare che durante la stesura del DMA, i responsabili politici hanno considerato di introdurre nell'articolo 5(2) DMA un divieto assoluto di accumulo di dati personali da parte di un *gatekeeper*, ritenendolo conclusivamente tale scelta sproporzionata. Invece, hanno scelto di dare agli utenti il controllo, supponendo la libertà possa ancora essere esercitata nonostante il chiaro squilibrio di potere tra individui e guardiani.

un'alternativa meno personalizzata ma equivalente, e senza subordinare l'utilizzo del servizio di piattaforma di base o di talune sue funzionalità al consenso dell'utente finale»¹⁵²⁵.

Il successivo considerando 37, delinea il contenuto, sebbene non sia esaustivo al riguardo, di tale alternativa meno personalizzata ma equivalente, che deve essere presentata all'utente.

«(l)'alternativa meno personalizzata non dovrebbe essere differente o di qualità inferiore rispetto al servizio fornito agli utenti finali che prestano il proprio consenso, a meno che il deterioramento della qualità non sia una conseguenza diretta del fatto che il gatekeeper non possa procedere al trattamento dei dati personali o fare accedere con registrazione gli utenti finali a un servizio»¹⁵²⁶.

Rispetto all'alternativa meno personalizzata, impone che «(n)el momento in cui presta il consenso, e soltanto ove pertinente, l'utente finale dovrebbe essere informato del fatto che non prestare il consenso può determinare un'offerta meno personalizzata ma che, per tutto il resto, il servizio di piattaforma di base resterà invariato e che nessuna funzionalità sarà rimossa»¹⁵²⁷.

Ciò che il DMA impone è che i *gatekeeper* vadano a modificare i propri modelli basati sulla redditività basata sulla monetizzazione secondaria dei dati personali, offrendo agli utenti finali l'accesso al medesimo servizio (senza che questo sia degradato in alcuna sua parte) senza le attività di raccolta e trattamento dei dati (combinazione e uso incrociato) per la pubblicità personalizzata.

Garantire la scelta specifica implica che il *gatekeeper* offra effettivamente un servizio alternativo meno personalizzato, ma equivalente, ai suoi utenti finali che rifiutano il consenso al trattamento, all'interconnessione o all'uso incrociato dei dati personali di cui all'articolo 5, paragrafo 2, invece di lasciare agli utenti finali solo la possibilità di non utilizzare affatto il servizio.

La previsione di una alternativa meno personalizzata è dunque interpretata come un mezzo per affrontare l'accumulo di dati personali da

¹⁵²⁵ Regolamento (UE) 1925/2022, *Digital Markets Act*, (DMA), considerando 36.

¹⁵²⁶ *Ibidem*, considerando 37.

¹⁵²⁷ *Ibidem*.

parte dei *gatekeeper* e la correlata erosione della contendibilità del mercato, permettendo agli utenti di esercitare un controllo più incisivo rispetto alla sorte dei propri dati personali.

Sebbene ciò sia vero, le altre ipotesi di abuso di posizione dominante relative a clausole contrattuali inique rimangono di competenza delle autorità di concorrenza.

7.3.3 L'alternativa meno personalizzata ma equivalente come meccanismo per riequilibrare lo squilibrio di potere

La scelta specifica deve essere tra una alternativa personalizzata del servizio e una “alternativa meno personalizzata”.

Come si deve interpretare, in termini pratici, la nozione di alternativa meno personalizzata? La piattaforma deve astenersi da ogni tipologia di raccolta di dati personali o, contrariamente, alcuni dati personali possono essere oggetto di trattamento? Si pensi ai dati di geolocalizzazione. Inoltre, l'impresa può fornire una versione meno personalizzata, nella quale si astiene dall'implementazione di pubblicità personalizzata, ma si finanzia tramite forme di pubblicità differenti, come la pubblicità contestuale o la pubblicità basata sugli interessi?

La portata dell'alternativa meno personalizzata è complessa da determinare, in assenza di una chiara guida da parte della Commissione.

Il contenuto sostanziale e pratico dell'alternativa equivalente ma meno personalizzata prevista ai fini della validità dall'articolo 5, paragrafo 2, del DMA non è esplicitamente definito né nelle disposizioni operative del regolamento né nei suoi considerando, imponendo quindi un'interpretazione sistematica che tenga conto dello scopo e del contesto normativo in cui essa si inserisce.

Tuttavia, tale obbligo incide in maniera diretta sui *business model* delle piattaforme digitali *gatekeeper* e, la sua precisa definizione è necessaria per le imprese garantendo certezza giuridica ed un bilanciamento di interessi tra tutela dei dati personali e libertà di impresa. Come è noto, l'interesse economico di molte imprese digitali si fonda proprio sulla raccolta estensiva di dati personali, effettuata attraverso pratiche di combinazione e incrocio tra dati interni ed esterni,

principalmente al fine di fornire pubblicità personalizzata e servizi digitali ottimizzati. Una eventuale alternativa equivalente ma meno personalizzata ridurrebbe la possibilità per le imprese di svolgere tali attività riducendo, in primis, i profitti derivanti da pubblicità comportamentale, nonché i miglioramenti dei servizi o l'introduzione di nuovi servizi.

Il considerando 37, al riguardo, si limita a fornire indicazioni generali, senza delineare in modo puntuale le caratteristiche essenziali di tale alternativa, dando luogo a non poche incertezze. Stabilisce che *«(l)'alternativa meno personalizzata non dovrebbe essere differente o di qualità inferiore rispetto al servizio fornito agli utenti finali che prestano il proprio consenso»*¹⁵²⁸.

Afferma che un deterioramento della qualità è ammesso (rimanendo nell'equivalenza del servizio) solo se questo *«sia una conseguenza diretta del fatto che il gatekeeper non possa procedere al trattamento dei dati personali o fare accedere con registrazione gli utenti finali a un servizio»*¹⁵²⁹.

Ne consegue che il livello di personalizzazione rappresenta l'unico elemento suscettibile di variazione tra le due opzioni offerte all'utente, mentre le funzionalità e le caratteristiche essenziali del servizio devono restare inalterate. In altri termini, l'alternativa richiesta dal DMA è una variante del medesimo servizio che si distingue solo per il minore (o assente?) trattamento dei dati personali. Aggiunge che *«l'utente finale dovrebbe essere informato del fatto che non prestare il consenso può determinare un'offerta meno personalizzata ma che, per tutto il resto, il servizio di piattaforma di base resterà invariato e che nessuna funzionalità sarà rimossa»*¹⁵³⁰.

Dal punto di vista delle imprese, tale obbligo impone innegabilmente una specifica regola che limita la libertà d'impresa e la redditività dei *business model* implementabili.

In *Meta Platforms* (C-252/21), la CGUE ha articolato un punto di vista simile, osservando che mentre il dominio non impedisce apertamente agli utenti di acconsentire liberamente, può comunque influenzare la loro

¹⁵²⁸ Regolamento (UE) 1925/2022, *Digital Markets Act*, (DMA), considerando 37.

¹⁵²⁹ *Ibidem*.

¹⁵³⁰ *Ibidem*.

libertà di scelta, in quanto «*potrebbero non essere in grado di rifiutare o ritirare il consenso senza pregiudizio*»¹⁵³¹. La Corte ha inoltre osservato che una posizione dominante «*può creare un chiaro squilibrio [...] favorendo, tra l'altro, l'imposizione di condizioni che non sono strettamente necessarie per l'esecuzione del contratto*»¹⁵³². In tali situazioni, gli individui non dovrebbero essere «*obbligati ad astenersi completamente dall'utilizzare il servizio*» e dovrebbe essere offerta «*un'alternativa equivalente*» che non comporti tali operazioni di trattamento dei dati¹⁵³³.

Il DMA, come anche il GDPR (il quale è stato interpretato dalla CGUE), sembra riconoscere che l'imposizione di un servizio alternativo e meno personalizzato sia meccanismo utile riequilibrare le posizioni di potere tra consumatori/utenti e *gatekeeper*.

In entrambi i casi, comunque, la portata esatta di tale alternativa rimane indeterminata.

In assenza di una definizione normativa dettagliata, appare necessario adottare un approccio bilanciato, in grado di ponderare due interessi contrapposti: da un lato, la tutela della *privacy*, dell'autodeterminazione informativa e della validità del consenso; dall'altro, la libertà d'impresa delle piattaforme digitali, le quali, nel modello attuale, offrono servizi “gratuiti” che si finanziano proprio attraverso la monetizzazione dei dati raccolti.

Al di là di queste questioni, di immediata rilevanza, la possibilità di scelta tra due alternative di cui una “meno personalizzata” garantisce l'effettività del principio del libero consenso attribuendo agli utenti la scelta di essere sottoposti alla pubblicità personalizzata o a pratiche che permettono una circolazione di dati (combinazione e uso incrociato) che sono al di fuori del controllo dell'utente.

¹⁵³¹ C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 148.

¹⁵³² *Ibidem*, par. 149.

¹⁵³³ *Ibidem*, par. 150.

7.3.4 Il nuovo consenso ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2 del DMA

Il secondo requisito richiesto dall'articolo 5, paragrafo 2 riguarda la prestazione di un consenso valido al trattamento, alla combinazione e all'uso incrociato di dati personali ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 11, e dell'articolo 7 del RGPD.

È bene specificare in apertura che il consenso richiesto ai sensi del DMA è giuridicamente distinto e aggiuntivo rispetto al consenso al trattamento dei dati personali che la piattaforma deve richiedere ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR).

Si delinea, nella pratica, un nuovo consenso ai sensi del DMA. Da un lato, deve rispettare i requisiti previsti per il consenso come previsto dal GDPR (in particolare gli articoli 4, par. 11, 7, par. 4, e 5, nonché i considerando 42 e 43). Dall'altro introduce elementi di funzionalizzazione specifica, ed è articolato secondo le logiche del DMA.

In particolare, ai sensi del DMA, per essere valido il consenso deve essere “specifico” e “libero”. Per essere soddisfatti, tali requisiti richiedono la presenza di una granularità tra le scelte di consenso (e non consenso) offerte agli utenti finali, per ciascuna delle finalità previste all'articolo 5, paragrafo 2 del DMA; qualora gli utenti non acconsentano a tali operazioni, agli utenti deve essere garantita la possibilità di accedere alla piattaforma, offrendo un'alternativa equivalente e meno personalizzata al servizio digitale di cui trattasi (la scelta specifica).

Il rifiuto alle operazioni dovrebbe essere espresso mediante un'azione positiva, con la quale gli utenti selezionano un'opzione altrettanto accessibile che consente loro di indicare in modo inequivocabile il loro rifiuto. Le opzioni di accettazione e di rifiuto dovrebbero essere presentate in termini paritari, senza indurre gli utenti finali a acconsentire¹⁵³⁴.

Sempre ai fini della validità, le richieste di consenso devono descrivere le finalità del trattamento senza vaghezza o ambiguità in merito

¹⁵³⁴ Regolamento (UE) 1925/2022, *Digital Markets Act*, (DMA), considerando 37.

al loro significato o intent per evitare di manipolare o ingannare gli utenti¹⁵³⁵.

Difatti, sebbene non direttamente indicato nell'articolo, è desumibile dal combinato disposto dell'articolo 5 con l'articolo 13 del DMA e dai relative considerando.

I *gatekeeper* non dovrebbero «*progettare, organizzare o gestire le loro interfacce online in modo tale da ingannare, manipolare ovvero compromettere o falsare in altro modo, in misura rilevante, la capacità degli utenti finali di prestare liberamente il proprio consenso*»¹⁵³⁶.

Nel considerando 36 della legge sui mercati digitali si afferma che le opzioni dovrebbero essere presentate «*in modo proattivo all'utente finale (...) in maniera esplicita, chiara e semplice*». Al considerando 37, «*i gatekeeper non dovrebbero progettare, organizzare o gestire le loro interfacce online in modo tale da ingannare, manipolare ovvero compromettere o falsare in altro modo, in misura rilevante, la capacità degli utenti finali di prestare liberamente il proprio consenso*».

Tali indicazioni non presentano una immediata applicabilità pratica, essendo di volta in volta necessario che la Commissione europea valuti *ex post* la corretta presentazione del consenso e l'eventuale presenza di meccanismi di in grado di minarne la libertà.

A tale riguardo, appare utile richiamare le evidenze empiriche emerse dagli studi condotti da Utz et al¹⁵³⁷, in relazione al consenso all'uso dei *cookie* previsto dal GDPR. In una delle loro ricerche, gli autori hanno rilevato che la collocazione visiva degli avvisi di consenso (ad esempio, nella parte inferiore sinistra dello schermo) incide significativamente sulla probabilità che l'utente interagisca con essi. In particolare, è stato dimostrato che gli utenti risultano più propensi ad accettare il tracciamento se l'interfaccia prevede una scelta binaria rapida, rispetto a meccanismi che impongono una selezione granulare per categorie o soggetti terzi. Come osservano gli stessi autori: «*Dimostriamo che la pratica diffusa del*

¹⁵³⁵ Come anche prescritto European Data Protection Board (EDPB), Parere 03/2013 del Gruppo di Lavoro articolo 29 sulla protezione dei dati, sulla limitazione delle finalità (WP 203), 2 aprile 2013, p. 17.

¹⁵³⁶ *Ibidem*.

¹⁵³⁷ Si veda C. UTZ ET AL., *(Un)informed Consent: Studying GDPR Consent Notices in the Field*, in *ACM Library*, 2019, p. 1.

nudging ha un grande effetto sulle scelte che gli utenti fanno. I nostri esperimenti dimostrano che decisioni apparentemente marginali sul piano del design possono avere un impatto sostanziale sul modo in cui le persone interagiscono con gli avvisi di consenso»¹⁵³⁸.

Tali risultati mettono in evidenza come l'architettura dell'interfaccia possa determinare, in senso manipolativo, la volontà dell'utente, vanificando l'obiettivo di ottenere un consenso libero, specifico e informato.

Dunque, in mancanza di un controllo ex post da parte della Commissione europea (posta l'ampiezza della formulazione), vi è il rischio che l'effetto della norma si riduca a un onere formale per l'utente, chiamato ad effettuare un semplice clic aggiuntivo senza un effettivo cambiamento nella gestione e nell'uso dei dati personali da parte della piattaforma.

Alla luce di quanto precede, si può affermare che il DMA introduca, accanto al consenso per la raccolta dei dati personali interni alla piattaforma richiesto dal GDPR, una seconda categoria di consensi, distinta ma interconnessa.

Le innovazioni normative introdotte dal DMA possono dunque essere sintetizzate come segue: i) il trattamento dei dati personali da parte dei *gatekeeper*, continuerà a richiedere il consenso ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), del GDPR; ii) per le attività di raccolta esterna, combinazione e utilizzo incrociato dei dati saranno richiesti ulteriori consensi, la cui validità dipende non solo dal rispetto dei requisiti del GDPR, ma anche dall'adempimento delle condizioni aggiuntive previste dal DMA (tra cui la presentazione di una scelta specifica e la fornitura di un'alternativa meno personalizzata ma equivalente).

Tale impostazione normativa mira a rafforzare la posizione dell'utente finale quale soggetto centrale delle dinamiche di mercato digitali, restituendogli un maggiore controllo sulle modalità di utilizzo dei propri dati. La finalità sottesa a tale disciplina è, in ultima analisi, quella di rafforzare la capacità decisionale dell'interessato, considerato quale

¹⁵³⁸ *Ibidem*.

“giudice ultimo” dell’offerta, secondo una prospettiva che affianca alla tutela concorrenziale una dimensione di autodeterminazione informativa.

Effettivamente, la proliferazione delle interfacce di consenso potrebbe contribuire a un fenomeno già noto di *consent fatigue*¹⁵³⁹, ossia un sovraccarico decisionale che rischia di compromettere l’effettività stessa della scelta. Tuttavia, l’intento del legislatore europeo non è quello di moltiplicare gli oneri informativi in chiave meramente formale, bensì di introdurre un meccanismo che tenga conto delle asimmetrie di potere e informative tra utenti e *gatekeeper*.

Ci si augura dunque che i *gatekeeper*, tramite il dialogo con la Commissione, facciano sì che le interfacce per la prestazione del consenso non sovraccarichino eccessivamente l’utente, razionalizzando le richieste di consenso per le medesime finalità convogliandole, ad esempio, all’interno di un unico “flusso” di consenso. I flussi di consenso nell’interfaccia utente dovrebbero essere presentati in modo neutro dal punto di vista sia fattuale e sia visivo, per evitare ipotesi di manipolazione e inganno.

7.3.4.1 Il caso Google e l’autorità di concorrenza italiana (AGCM): la formulazione del consenso ai sensi del DMA

Proprio in relazione alla modalità di presentazione del consenso, nel novembre del 2025, è stato chiuso con impegni il procedimento a carico di Google e sul consenso degli utenti, avviato dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)¹⁵⁴⁰. Tuttavia, tale caso non ha rilevanza meramente “nazionale”. Difatti, le modalità di presentazione del consenso sono, precisamente, quelle relative all’articolo 5(2) del DMA.

Tali contestazioni, non attengono né possono attenerne (come spiegato nei paragrafi precedenti) ad una mancata compliance del

¹⁵³⁹ Si veda, a tal proposito, l’iniziativa lanciata dall’EDPB, *EDPB: cookie pledge initiative should help protect fundamental rights and freedoms of users*, reperibile al link https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/letters/edpb-reply-commissions-initiative-voluntary-business-pledge_en. L’iniziativa sull’impegno dei cookie è stata sviluppata dalla Commissione europea in risposta alle preoccupazioni relative al cosiddetto fenomeno della “fatica dei cookie” e consiste in un impegno aziendale volontario per semplificare la gestione dei cookie e le scelte pubblicitarie personalizzate da parte dei consumatori.

¹⁵⁴⁰ AGCM, 21 novembre 2025, decisione PS12714.

regolamento DMA. L'*enforcement* di tale disciplina è rimesso alla competenza esclusiva della Commissione europea (e delle autorità nazionali competenti che applicano le norme in materia di concorrenza, ex articolo 38(7) DMA)¹⁵⁴¹, in cooperazione con la quale il presente procedimento è stato condotto.

Tale provvedimento è stato avviato per mancato rispetto da parte di Google degli articoli del Codice del consumo¹⁵⁴² precisamente degli articoli 20 (relativo al divieto di pratiche commerciali scorrette)¹⁵⁴³, 21 (relativo alle pratiche commerciali ingannevoli)¹⁵⁴⁴, 22 (relativo alle omissioni ingannevoli)¹⁵⁴⁵, 24 (relativo alle pratiche commerciali

¹⁵⁴¹ Regolamento (UE) 1925/2022, Digital Markets Act, art. 38, paragrafo 7, «*Se dotata della competenza e dei poteri di indagine previsti a tal fine dal diritto nazionale, un'autorità nazionale competente di uno Stato membro responsabile dell'applicazione delle norme di cui all'articolo 1, paragrafo 6, può, di sua iniziativa, svolgere nel suo territorio un'indagine su un caso di possibile non conformità agli articoli 5, 6 e 7 del presente regolamento. Prima di adottare la prima misura formale di indagine, tale autorità ne informa la Commissione per iscritto*».

¹⁵⁴² Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229.

¹⁵⁴³ *Ibidem*, art. 20, Divieto delle pratiche commerciali scorrette, «*1. Le pratiche commerciali scorrette sono vietate. 2. Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori. 3. Le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo. È fatta salva la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera. 4. In particolare, sono scorrette le pratiche commerciali: a) ingannevoli di cui agli articoli 21, 22 e 23 o b) aggressive di cui agli articoli 24, 25 e 26. 5. Gli articoli 23 e 26 riportano l'elenco delle pratiche commerciali, rispettivamente ingannevoli e aggressive, considerate in ogni caso scorrette*».

¹⁵⁴⁴ *Ibidem*, art. 21, Azioni ingannevoli «*1. È considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più dei seguenti elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (...), 2. È altresì considerata ingannevole una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, induce o è idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (...)*»

¹⁵⁴⁵ *Ibidem*, art. 22, Omissioni ingannevoli «*1. È considerata ingannevole una pratica commerciale che nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, nonché dei limiti del mezzo di comunicazione impiegato, omette informazioni rilevanti di cui il consumatore medio ha bisogno in tale contesto per prendere una decisione consapevole di natura commerciale*

aggressive)¹⁵⁴⁶ e 25 (rispetto alle pratiche che possono costituire coercizione o indebito condizionamento)¹⁵⁴⁷.

Dunque, qualora accertata, vi sarebbe stata una infrazione delle pertinenti disposizioni richiamate, non del regolamento DMA.

Al di là di tali profili, la rilevanza del provvedimento si evince in relazione alle modalità con cui la richiesta di consenso è stata redatta e diffusa da parte della piattaforma. In altri termini, il procedimento è stato volto a valutare se, le modalità di consenso attuate da Google in attuazione dell'articolo 5(2) DMA, fossero idonee a indurre in errore i consumatori e a condizionarne indebitamente le scelte.

Precisamente, si contestava a Google che la richiesta di consenso finalizzata a permettere l'uso combinato e incrociato dei dati personali degli utenti tra la pluralità dei suoi servizi, circolata su *Google Search*, omettesse informazioni rilevanti o che fossero fornite in modo lacunoso e impreciso, in relazione (i) al reale oggetto ed effetto che tale consenso produce sull'uso da parte di Google dei dati personali degli utenti, (ii) alla varietà e quantità di servizi Google rispetto ai quali può aver luogo un uso "combinato" e "incrociato" dei dati personali degli utenti, (iii) alla possibilità di modulare e personalizzare il consenso fornito limitandolo a solo alcuni dei servizi di Google.

Inoltre, si contestava: (i) il blocco temporaneo del servizio *Google Search* finché non veniva assunta una decisione attiva da parte degli utenti sulla richiesta di consenso, il quale avrebbe potuto influenzare gli stessi ad assumere una decisione sotto la pressione risultante dall'impossibilità

e induce o è idonea ad indurre in tal modo il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

¹⁵⁴⁶ *Ibidem*, art. 24, Pratiche commerciali aggressive, «1. È considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica o indebito condizionamento, limita o è idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induce o è idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso».

¹⁵⁴⁷ *Ibidem*, art. 25, Ricorso a molestie coercizione o indebito condizionamento, «1. Nel determinare se una pratica commerciale comporta, ai fini del presente capo, molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, sono presi in considerazione i seguenti elementi: a) i tempi, il luogo, la natura o la persistenza; (...) d) qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compresi il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista».

di fruire del servizio; (ii) la minaccia, nella richiesta di consenso, che laddove esso venisse negato, «*alcune funzionalità (...) [dei] servizi Google saranno limitate o non saranno disponibili*», potendo ciò indebitamente condizionare gli utenti ad acconsentire al collegamento dei servizi¹⁵⁴⁸. Sotto tali profili veniva dunque contestata la violazione degli articoli 24 e 25 del Codice del consumo.

Difatti, in primo luogo, la richiesta di consenso di Google focalizzava l'attenzione dell'utenza al “*collegamento di servizi*”, anziché menzionare espressamente che era finalizzata a ottenere l'autorizzazione all'uso combinato e incrociato dei dati personali dell'utenza per alimentare la pluralità dei servizi di Google. In secondo luogo, essa non conteneva un riferimento espresso alla base normativa per cui veniva circolata (l'articolo 5(2) DMA), né riportava la lista completa dei servizi Google, limitandosi a riportare i soli “*core-platform services*” (CPS), che sarebbero stati effettivamente collegati laddove si fosse cliccato il tasto “*Sì, collega*”. In terzo luogo, detta richiesta ometteva d'informare esplicitamente gli utenti che, oltre alla possibilità di accettare o rifiutare *in toto* il collegamento di tutti i servizi Google, aveva altresì la possibilità di modulare, in maniera personalizzata, il proprio consenso, scegliendo quanti e quali servizi collegare. In quarto luogo, essa appariva limitare eccessivamente la libertà di scelta dell'utenza venendo presentata attraverso il blocco - dapprima temporaneo (fintanto che è fruibile l'opzione “*Chiedimelo tra 3 giorni*”), poi definitivo - dei servizi su cui questa veniva distribuita (e.g., *Google Search*). Infine, rimarcava in maniera “eccessivamente intimidatoria” che, negandosi il consenso al collegamento dei servizi, “*alcune funzionalità che prevedono la condivisione di dati tra servizi Google saranno limitate o non saranno disponibili*”¹⁵⁴⁹.

Al fine di evitare l'applicazione di sanzioni e al fine di chiudere il procedimento, Google ha presentato impegni all'autorità di concorrenza, accettate nel novembre 2025¹⁵⁵⁰.

¹⁵⁴⁸ AGCM, 21 novembre 2025, decisione PS12714, p. 4.

¹⁵⁴⁹ *Ibidem*, p. 5.

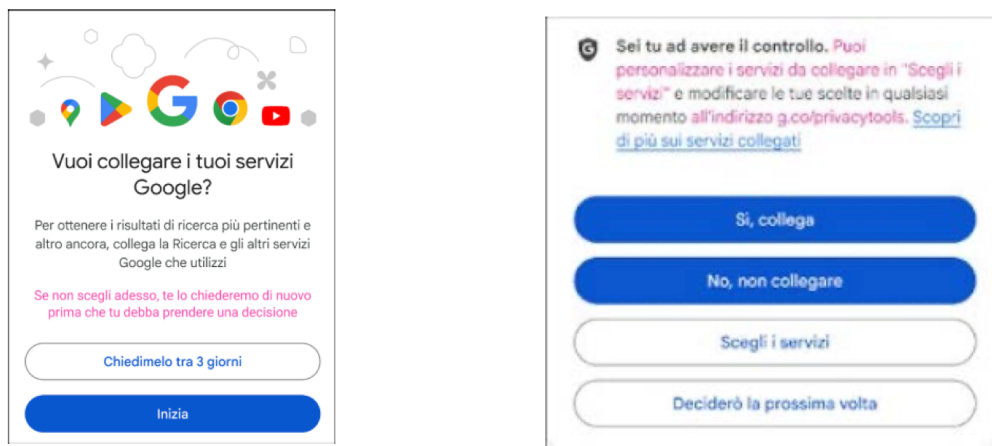
¹⁵⁵⁰ Impegni assunti ai sensi del procedimento PS12714, la versione non confidenziale è disponibile al link https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS12714_testo%20impegni.pdf

In dettaglio, attraverso gli impegni proposti, Google:

1. Chiarirà la finalità e le implicazioni della richiesta di consenso 5(2) DMA. In tal senso, Google, introdurrà la frase *“Quando i servizi sono collegati, possono condividere dati personali tra loro per combinarli o utilizzarli come descritto di seguito”* nella parte superiore della richiesta di consenso. Inoltre, sostituirà nel testo della richiesta la generica dicitura *“dati”* con *“dati personali”* (aggiungendo quindi l’aggettivo *“personali”*), modificando analogamente anche la pagina delle impostazioni e la *landing page* *“Scegli i servizi”* (precedentemente *“Altre opzioni”*). Infine, inserirà un riferimento esplicito e un collegamento ipertestuale all’articolo 5(2) DMA, base normativa e *ratio* della richiesta, nella sezione *“Scopri di più sui servizi collegati”*.
2. Integrerà le informazioni relative ai servizi non-CPS. Difatti, Google dovrà inserire nella sezione principale della richiesta di consenso informazioni aggiuntive sui non-CPS per chiarire che questi servizi sono sempre collegati tra loro. Tali informazioni verrebbero aggiunte anche nella *landing page* *“Scegli i servizi”*, nella quale viene anche reso chiaro che il servizio (o i servizi) CPS rispetto cui l’utente eserciti il suo consenso viene così collegato con tutti i servizi non-CPS, i quali a loro volta sono collegati tra loro. Inoltre, inserirà l’elenco dei suoi servizi non-CPS tramite collegamento ipertestuale (*“Visualizza l’elenco di tutti i servizi”*).
3. Modificherà le informazioni relative alla perdita di funzionalità per le ipotesi di diniego del consenso 5(2) DMA. Fermo restando che alcune funzioni dei servizi CPS non possono effettivamente essere disponibili o non funzionano altrettanto bene nel caso in cui l’utente neghi il consenso, Google: dovrà aggiungere nella sezione principale della richiesta di consenso, nella *landing page* *“Scegli i servizi”* e nella pagina *“Scopri di più sui servizi collegati”* la frase *“Se non collegati, la maggior parte delle funzionalità di questi servizi continuerà a funzionare”*. Dovrà riformulare il testo di parte della versione estesa della sezione *“Aspetti da tenere presenti”* per renderla più coerente con la suddetta nuova frase aggiunta nella sezione principale: *“Se i servizi Google non sono collegati, la maggior parte delle funzionalità continuerà a funzionare ma ...”*.
4. Renderà più esplicita la possibilità di rinviare la decisione circa la richiesta di consenso 5(2) DMA. Questo avverrà aggiungendo la frase *“Se*

non scegli adesso, te lo chiederemo di nuovo prima che tu debba prendere una decisione” (Fig. 1) nei due *pop-up* che precedono la richiesta di consenso. Inoltre, nella penultima richiesta di consenso, rinominerà il pulsante “Chiedimelo tra 3 giorni” in “Deciderò la prossima volta” (Fig. 1) per rendere chiaro, con congruo anticipo, che la successiva richiesta di consenso non sarà più rinviabile. Inoltre, equiparerà il numero di rinvii possibili su *YouTube* e *Play* (inizialmente solo uno) a quello previsto per *Search*, portando così a tre il numero di rinvii possibili per tutti e tre i servizi.

(Fig. 1)



5. Infine, renderà più esplicita la possibilità di “personalizzazione” della decisione circa la richiesta di consenso 5(2) DMA. Google si è quindi impegnata a rinominare il pulsante “*Altre opzioni*” in “*Scegli i servizi*”; a inserire la frase “*Puoi personalizzare i servizi da collegare in “Scegli i servizi” e modificare le tue scelte in qualsiasi momento all’indirizzo g.co/privacytools.*” vicino al pulsante ‘*Scegli i servizi*’; a inserire un messaggio aggiuntivo nella *landing page* ‘*Scegli i servizi*’ del seguente tenore: “*Personalizza quali servizi possono condividere dati personali tra loro e con tutti gli altri servizi Google collegati per combinarli o utilizzarli come descritto in precedenza*”; nonché, rinominare l’opzione “*Seleziona tutto*” presente nella *landing page* “*Scegli i servizi*” in “*Seleziona o deselecta tutto*”, trasformando tale pulsante in un rilascio

rapido di un consenso al collegamento di tutti i servizi o viceversa alla negazione *in toto* di esso¹⁵⁵¹.

Questi sono dunque gli impegni che Google ha assunto per chiudere il procedimento con l'autorità di concorrenza¹⁵⁵².

Il punto è dimostrare come, al netto dell'intersezione tra DMA e Codice del Consumo, le modalità di presentazione del consenso sono rilevanti e, possono indurre in errore il consumatore, nonchè a compiere una azione (positiva) che non avrebbero altrimenti realizzato. Questo dimostra, nuovamente, la centralità del consenso e del rapporto tra lo stesso e le dinamiche competitive (DMA, in questo caso).

7.4 Articolo 5, paragrafo 2 DMA e la sanzione nei confronti di Meta

Nelle sezioni che seguono si procederà ad approfondire le modalità di attuazione dell'articolo 5, paragrafo 2, del *Digital Markets Act* da parte di Meta, attore centrale nella riflessione sui limiti e le potenzialità della

¹⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 5-8.

¹⁵⁵² *Ibidem*. Quanto alle modalità di implementazione degli impegni presentati, Google si impegna a inviare la nuova versione della richiesta di consenso risultante dalle modifiche oggetto degli impegni descritti a tutti i nuovi account Google che verranno creati in Italia *pro futuro* e a tutti gli utenti italiani che, al momento del lancio della nuova versione della richiesta di consenso, avranno già ricevuto la precedente versione della richiesta ma non avranno ancora attivamente effettuato una scelta, accettando in tutto o in parte o negando il proprio consenso (quindi la invierà ai c.d. "utenti passivi"). In aggiunta, Google invierà una comunicazione individuale a tutti gli utenti italiani che al lancio della nuova richiesta di consenso risultante dagli impegni avranno già effettuato attivamente una scelta (c.d. "utenti attivi"). Si tratterà di un messaggio di posta elettronica *standard* riepilogativo della scelta effettuata, che al contempo evidenzierà le medesime informazioni che, a valle degli impegni, verranno inserite *pro futuro* nella nuova richiesta di consenso, cioè: (i) che la richiesta di consenso è prevista dall'articolo 5(2) DMA; (ii) che quando i servizi CPS di Google sono collegati questi possono condividere dati personali tra loro e con i non-CPS; (iii) che vi è la possibilità di personalizzare quali specifici CPS possono condividere dati personali tra loro e con gli altri servizi non-CPS di Google; (iv) che, se i servizi CPS di Google non sono collegati, la maggior parte delle funzioni resterà inalterata (e solo alcune funzioni basate sulla condivisione di dati saranno limitate o non disponibili). Detto messaggio di posta elettronica includerà anche appositi collegamenti ipertestuali (c.d. *hyperlink*): (i) al DMA, (ii) alla lista completa dei non-CPS, (iii) all'informativa sulla *privacy* di Google, nonché (iv) alla pagina dei controlli centrali dell'account Google in cui gli utenti possono selezionare i CPS che vogliono collegare, o deselectare quelli che non desiderano più mantenere collegati. Quanto alle tempistiche di implementazione, Google si impegna ad attuare la totalità delle misure prospettate entro sei mesi dalla data di adozione del presente provvedimento.

disciplina in materia di consenso e trattamento dei dati personali nei mercati digitali¹⁵⁵³.

Brevemente, il regolamento DMA è divenuto effettivo il giorno 7 marzo 2024, a decorrere dalla quale i *gatekeeper* avrebbero dovuto iniziare a rispettare tutti gli obblighi ed i divieti previsti e, per come specificati nella fase di *pre-compliance*, caratterizzata da un dialogo costante tra *gatekeeper*, *stakeholders* e Commissione europea.

Meta, dal canto suo, per garantire la conformità all'articolo 5(2) DMA (e, al GDPR), ha introdotto un nuovo meccanismo di accesso ai propri servizi digitali, basato sul modello “*Consent or Pay*”, al seguito del supposto “avallo” della sentenza Meta analizzata nel capitolo quinto.

Secondo il modello proposto, l’utente finale si trova dinanzi a due alternative effettive:

i) accedere gratuitamente ai servizi, prestando il consenso al trattamento e alla combinazione dei propri dati personali per la fornitura di pubblicità personalizzata (cd. *Subscription With Ads*);

ii) accedere agli stessi servizi mediante un abbonamento a pagamento, che esclude ogni forma di tracciamento e pubblicità personalizzata (cd. *Subscription with No Ads*, SNA), costituendo l’alternativa equivalente ma meno personalizzata richiesta dal DMA.

Meta sostiene che questo approccio garantisca il pieno rispetto dei requisiti per il consenso liberamente prestato come definito all'articolo 4, paragrafo 11, del GDPR nonché del consenso ai sensi del *Digital Markets Act*. Secondo la visione dell’impresa, infatti, il modello *Consent or Pay* garantirebbe agli utenti la possibilità di esercitare liberamente la propria autodeterminazione informativa, offrendo un’alternativa equivalente e meno personalizzata richiesta dall’articolo 5(2)¹⁵⁵⁴.

In altre parole, Meta ritiene che la versione a pagamento priva di pubblicità personalizzata, rappresenti un’alternativa meno personalizzata rispetto alla versione a cui si accede sulla base del consenso, che sia

¹⁵⁵³ In effetti, tra le imprese designate come *gatekeeper*, Meta insieme ad Apple, sono quelle che hanno sollevato le maggiori problematiche interpretative e applicative in merito alla conformità del proprio modello di business alle nuove regole europee. Si veda *infra*.

¹⁵⁵⁴ Meta, *Non-Confidential Public Summary of Meta’s Compliance Report*, 6 marzo 2024.

dunque identica a quest'ultima, tranne che per il livello della personalizzazione offerto.

Un'alternativa a pagamento costituisce una alternativa equivalente ad una gratuita?

Il modello *Consent or Pay* ha immediatamente sollevato perplessità sotto il profilo della compatibilità con l'articolo 5(2) del DMA rispetto alla concreta libertà del consenso prestato.

In data 25 marzo 2024, la Commissione europea ha formalmente avviato un'indagine nei confronti di Meta, volta a verificare se la soluzione adottata rispetti effettivamente gli obblighi imposti dal DMA. L'autorità preposta per l'enforcement del DMA (Direzione Generale Concorrenza e Direzione Generale *Connect*) ha pertanto indagato sul se il consenso raccolto attraverso tale schema possa considerarsi "libero" alla luce dell'equilibrio strutturale tra le parti e, se il *Consent or Pay* possa considerarsi come "alternativa equivalente e meno personalizzata", o al contrario, se si tratti di un consenso condizionato, in quanto subordinato all'alternativa economicamente onerosa di una sottoscrizione con pagamento pecuniario¹⁵⁵⁵.

Qualora la Commissione ritenga che l'alternativa proposta da Meta non soddisfi i requisiti di equivalenza qualitativa e funzionale o che l'imposizione di un corrispettivo economico rappresenti una forma di pressione tale da compromettere la libertà del consenso, potrà adottare una decisione che constati l'inadempimento dell'articolo 5, par. 2 del DMA e, irrogare le relative sanzioni pecuniarie¹⁵⁵⁶.

Alla luce di tali sviluppi, risulta evidente che il modello *Consent or Pay* implementato da Meta rappresenta un banco di prova decisivo per la tenuta dell'impianto normativo del DMA e per la sua interazione con il GDPR. La questione solleva interrogativi cruciali non solo sulla validità giuridica del consenso prestato in contesti dominati da forti asimmetrie di potere, ma anche sulla definizione concreta di "alternativa equivalente" e

¹⁵⁵⁵ Non si entrerà nel dettaglio della somma di denaro proposta da Meta per i social network Meta e Instagram. Si veda European Center for Digital Rights, *Noyb files GDPR complaint against Meta over "Pay or Okay"* al link <https://noyb.eu/sites/default/files/2023-11/Complaint%20-%20Meta%20Pay%20or%20Okay%20-%20REDACTED.pdf>

¹⁵⁵⁶ Regolamento (UE) 1925/2022, *Digital Markets Act*, (DMA), artt. 29 e 13, par. 4 e 6.

sulla possibilità, per le imprese digitali, di monetizzare la rinuncia al consenso attraverso il pagamento di un abbonamento.

7.4.1 Alcune riflessioni sulla validità del modello *Consent or Pay* di Meta alla luce del DMA

Prima di analizzare la decisione della Commissione, è necessario svolgere alcune riflessioni. L'articolo 5(2) del *Digital Markets Act* rinvia espressamente all'articolo 4, punto 11 e all'articolo 7 del GDPR per la definizione di consenso, è necessario far riferimento alla relativa interpretazione per stabilire se il consenso prestato dagli utenti nel modello *Consent or Pay* di Meta possa ritenersi valido.

Si pone, a questo punto, una questione cruciale: può davvero considerarsi libero e informato il consenso di un utente che, pur di evitare il pagamento di un corrispettivo per un servizio finora offerto gratuitamente, accetti il trattamento esteso dei propri dati personali e la personalizzazione dell'esperienza digitale?

Se l'utente si trova, nei fatti, costretto a scegliere tra prestare il consenso alla creazione di un "super profilo" pubblicitario o pagare per l'accesso, il concetto di "libertà" di compiere una scelta specifica rischia di svuotarsi.

In particolare, l'introduzione di un costo monetario per servizi come Facebook o Instagram, che tradizionalmente operano attraverso la monetizzazione secondaria dei dati personali, risulta idonea a influenzare in modo significativo la scelta degli utenti, inducendoli ad accettare il tracciamento pur di non sostenere un onere economico.

Il modello *Consent or Pay* non è né una innovazione di Meta, né è sconosciuto nella prassi dei servizi digitali. Tuttavia, a differenza di servizi come *Spotify* o *Apple Music*, che offrono contenuti musicali a pagamento protetti da *copyright* e, in alternativa, un servizio gratuito con pubblicità (cd. modelli *freemium*), il modello *Consent or Pay* applicato ai *social network* ha logiche estremamente differenti¹⁵⁵⁷. Gli esempi di servizi

¹⁵⁵⁷Alcuni servizi digitali che prevedono un corrispettivo monetario per l'accesso sono stati tradizionalmente offerti a fronte di un canone monetario (ad esempio, *Disney +*, *Netflix*) o hanno

digitali offerti dietro pagamento di un corrispettivo non riguardano i *social network* che intermediano contenuti organici di terzi privati (gli utenti della propria rete sociale), bensì piattaforme che forniscono accesso a contenuti protetti da diritti di proprietà intellettuale e concessi in licenza. Gli utenti di tali servizi sono generalmente consapevoli che tali contenuti, come articoli giornalistici o film, hanno un valore economico riconoscibile anche al di fuori dell'ambiente *online*, il che giustifica la disponibilità a corrispondere un prezzo per accedervi. La situazione è radicalmente diversa nel caso dei servizi di *social network*, in particolare Facebook e Instagram, dove i contenuti organici di terzi sono forniti e condivisi gratuitamente, privi dunque di un valore monetario autonomo esterno alla piattaforma. In tale contesto, gli utenti non hanno mai percepito l'accesso al servizio come un bene economico in senso stretto, ma piuttosto come uno spazio relazionale e informativo fondato sull'uso gratuito, seppur offrendo il "corrispettivo", dei propri dati personali.

Con il modello *Consent or Pay*, gli utenti finiscono paradossalmente per dover pagare una somma di denaro ai *gatekeeper*, non per accedere a contenuti ulteriori o servizi aggiuntivi, ma per l'accesso ad un servizio che non tratti i propri dati personali per finalità di remunerazione. In questo modo, si assegna un valore economico ad un servizio che intermedia contenuti gratuiti (potendo disquisire del costo economico per l'erogazione del servizio tutt'al più), basato sui mancati guadagni che sarebbero derivati dall'utilizzo commerciale dei dati personali.

Oltre che una questione di opportunità, il modello *Consent or Pay*, non può essere ritenuto una alternativa effettivamente equivalente.

Sebbene la versione a pagamento dei servizi di Meta rappresenti formalmente una "versione meno personalizzata", in quanto priva di pubblicità rivolte agli utenti finali, un servizio gratuito e uno a pagamento non possono, in linea generale, essere considerati alternative equivalenti.

riservato contenuti o funzionalità importanti agli abbonati di Premium (ad esempio, *Spotify*, *The Guardian*, *Le Monde*, *Bild*, *YouTube*).

La distinzione di natura economica tra le due opzioni incide infatti sulla libertà effettiva di scelta dell'utente e altera il bilanciamento tra controprestazione in dati personali e corrispettivo monetario, ponendo in dubbio la genuinità del consenso espresso.

Il prezzo è, infatti, un elemento determinante del servizio, da sempre qualificato come caratteristica che i consumatori considerano nella scelta tra servizi e prodotti differenti; quindi, l'introduzione di un costo altera le condizioni di accessibilità al servizio.

L'imposizione di una somma di denaro per servizi che in precedenza sono stati usufruiti gratuitamente, come Facebook e Instagram, è in grado di influenzare in misura significativa la scelta degli utenti finali, orientandoli verso il consenso all'uso dei loro dati personali¹⁵⁵⁸.

Il modello *Consent or Pay* si pone anche in conflitto con l'articolo 13 DMA¹⁵⁵⁹, intitolato «*anti-elusione*» in combinazione con l'articolo 5, paragrafo 2, del DMA. Articolo 13, paragrafo 6 DMA, prevede che il *gatekeeper* «*non alteri negativamente le condizioni o la qualità dei servizi di piattaforma di base forniti agli utenti commerciali o agli utenti finali che si avvalgono dei diritti o delle scelte di cui agli articoli 5, 6 e 7 né rende l'avvalersi di tali diritti o scelte oltremodo difficile, anche offrendo scelte all'utente finale in maniera non neutrale oppure compromettendo l'autonomia, il processo decisionale o la libera scelta degli utenti finali o degli utenti commerciali attraverso la struttura, la progettazione, la funzione o le modalità di funzionamento di un'interfaccia utente o di una parte della stessa*».

La non equivalenza sostanziale tra un servizio gratuito e uno a pagamento, unitamente alle conseguenze economiche del mancato consenso, determina infatti una proposta non neutrale di alternative, tale da compromettere l'autonomia decisionale e la libera autodeterminazione dell'utente nel rapporto con il *gatekeeper*.

¹⁵⁵⁸ Federal Trade Commission, caso PX3774, 2016, Meta document, «*Privacy has consistently been the top-rated area users want Facebook to improve*». Tale documento, dimostra come gli utenti finali di Meta abbiano manifestato già nel 2016 e, ora nel 2025, di preferire che Meta introducesse differenti *privacy policy* in termini di *privacy*, si scontra con il business model *consent or pay* dalla stessa piattaforma proposto.

¹⁵⁵⁹ Regolamento (UE) 1925/2022, *Digital Markets Act*, (DMA), art. 13.

Alla luce di queste considerazioni, l'offerta binaria di Meta non sembra essere conforme agli articoli 5, paragrafo 2 e 13, paragrafo 6 del DMA.

Invero, qualora la Commissione europea dovesse ritenere legittimo il modello *Consent or Pay*, verrebbe sostanzialmente meno l'effetto utile dell'articolo 5, paragrafo 2, del *Digital Markets Act*. I consumatori continuerebbero, infatti, a prestare il proprio consenso al trattamento e alla combinazione dei dati personali non per libera scelta, ma per la mancanza di alternative effettivamente accessibili, con il risultato di cristallizzare lo *status quo* e di compromettere la contendibilità e l'equità del mercato digitale che il DMA mira espressamente a garantire.

7.4.2 La limitazione della libertà di impresa (modelli di business basati sull'online advertisement)

La validità del modello *Consent or Pay* deve essere riferita al DMA, ai suoi obiettivi e, dunque, esclusivamente alle imprese che ricadono nel suo ambito soggettivo di applicazione. Non si tratta di valutare l'opportunità e la legittimità di tali *business model* rispetto ad altre imprese che non godono dei vantaggi dei *gatekeeper*.

Rispettivamente ad una piattaforma *gatekeeper* o dominante, il divieto di offrire l'alternativa a pagamento non sembra interferire in modo sproporzionato con il suo diritto di condurre un'attività e il diritto alla proprietà. Lo stesso articolo 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea garantisce l'esercizio della «la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali»¹⁵⁶⁰.

Tuttavia, i diritti e le libertà riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non hanno carattere assoluto. Devono essere esaminati alla luce della loro funzione nella società e possono quindi essere soggetti a interventi da parte delle autorità, che possono limitare l'esercizio dell'attività economica in nome dell'interesse pubblico.

¹⁵⁶⁰ Art. 16, Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), Si veda C. giust. UE, sentenza 14 maggio 1974, in causa 4-73, *Nold*, Racc. 1974, pag. 491, par. 14; C. giust. UE, sentenza 27 settembre 1979, in causa 230/78, *SpA Eridania e a.*, Racc. 1979, pag. 2749, par. 20 e 31.

In particolare, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1 della Carta¹⁵⁶¹, qualsiasi limitazione all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti da quest'ultima deve essere prevista dalla legge e rispettare l'essenza di tali diritti e libertà, nel rispetto del principio di proporzionalità, deve essere necessaria e soddisfare effettivamente gli obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione europea o la necessità di proteggere i diritti e le libertà altrui¹⁵⁶².

La protezione dell'equità e della contendibilità dei mercati digitali, nonché la protezione della *privacy*, costituiscono legittimi interessi pubblici in grado di giustificare un'interferenza con il diritto di condurre un'impresa e il diritto alla proprietà. Il principio di proporzionalità richiede che le misure pubbliche restrittive (come l'articolo 5, paragrafo 2, del DMA) siano idonee a raggiungere l'obiettivo perseguito, non vadano oltre ciò che è necessario e non possano essere sostituite da mezzi altrettanto efficaci ma meno restrittivi.

Pertanto, l'eventuale divieto del *Consent or Pay* con l'articolo 5, paragrafo 2 del DMA e la garanzia di una alternativa priva di personalizzazione, permette di garantire l'equità e la contendibilità dei mercati digitali interessati perché consente la libertà di scelta per quanto riguarda l'uso dei dati personali e quindi la possibilità per altri attori del mercato, che non hanno i vantaggi illustrati nel considerando 2 DMA, di contendere i mercati in questione. I requisiti per tali limitazioni sembrano, dunque, rispettati.

7.4.3 I limiti dell'interpretazione della CGUE sul consenso ai sensi del DMA

Come ultima considerazione, si deve analizzare nuovamente la sentenza della Corte di Giustizia del 4 luglio 2023 nel caso *Meta*

¹⁵⁶¹ Art. 52, Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE).

¹⁵⁶² Rispettivamente alla giurisprudenza della Corte, C. giust. UE, sentenza del 13 aprile 2000, causa C-292/97, par. 45 «... secondo una giurisprudenza costante, restrizioni all'esercizio dei diritti fondamentali possono essere operate, in particolare nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, purché tali restrizioni rispondano effettivamente a finalità di interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti».

*Platforms*¹⁵⁶³. Difatti, la difesa di Meta del *Consent or Pay*, trova fondamento all'interno di tale pronuncia.

Nella sentenza, alla Corte era stato chiesto se il primo comma dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), e l'articolo 9, paragrafo 2, lettera a) del GDPR potessero essere interpretati nel senso che il consenso dato dall'utente di un *social network* all'operatore di tale rete può essere considerato soddisfacente le condizioni di validità di cui all'articolo 4, paragrafo 11 di tale regolamento, in particolare la condizione che tale consenso debba essere liberamente dato, laddove tale operatore detiene una posizione dominante sul mercato rilevante¹⁵⁶⁴.

Sul punto, la Corte ha stabilito che gli utenti devono essere liberi di rifiutare individualmente, nel contesto del processo contrattuale, il consenso a particolari operazioni di trattamento dei dati non necessarie per l'esecuzione del contratto, senza essere obbligati ad astenersi integralmente dall'utilizzare il servizio offerto dall'operatore di *social network*. Pertanto, la Corte afferma che agli utenti deve essere offerta un'alternativa equivalente non accompagnata da tali operazioni di trattamento dei dati, «*se del caso a fronte di un adeguato corrispettivo*»¹⁵⁶⁵.

Tale locuzione potrebbe essere in *prima facie* interpretata nel senso che un fornitore di servizi ha la possibilità di richiedere una commissione per un servizio che è un'alternativa equivalente ma non è accompagnato dal trattamento dei dati personali dell'utente.

Tuttavia, la CGUE ha fatto questa affermazione interpretando il GDPR e non il DMA.

Mentre la nozione di “consenso” ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, del DMA è la stessa di quella utilizzata nel GDPR, il requisito di “scelta specifica” e “alternative equivalenti”, ai sensi dell'articolo 5(2) del DMA è aggiuntiva e specifica; di conseguenza, non è stata oggetto di interpretazione nella sentenza Meta.

¹⁵⁶³ C. giust. UE, sentenza 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, cit..

¹⁵⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁶⁵ C. giust. UE, sentenza 4 luglio 2023, in causa C-252/21, *Meta Platforms*, par. 150.

Ulteriormente, l'applicazione di tale adeguato corrispettivo, di cui al paragrafo 150, può avvenire “se del caso”.

Quell'espressione nella versione italiana della sentenza corrisponde all'originale “*le cas échéant*” in francese, che è la lingua ufficiale della CGUE, ha una sfumatura diversa, significa piuttosto “dove applicabile”.

Ne consegue «*le cas échéant contre une rémunération appropriée*» al paragrafo 150 della sentenza Meta dovrebbero essere interpretate come la possibilità (dove applicabile) che un fornitore di servizi digitali applichi un corrispettivo per l'accesso al servizio in assenza del trattamento dei dati personali. Tuttavia, tale interpretazione, non pregiudica il rispetto di altri regimi normativi come il DMA.

Sebbene astrattamente implementabile, non significa che in ogni caso, il bilanciamento tra tutela dei dati personali, concorrenza e libertà di impresa possa legittimare l'addebito di una somma di denaro a quegli utenti che hanno rifiutato il consenso al trattamento dei dati; né tale presunto diritto prevarrebbe sulle disposizioni di altri atti legislativi come il DMA.

Si può ulteriormente disquisire sul significato di “*rémunération*” e, nella versione italiana “corrispettivo”. Il fatto che Meta abbia diritto a ricevere un corrispettivo per l'offerta di un'alternativa meno personalizzata ma equivalente non implica necessariamente che tale remunerazione debba assumere forma monetaria diretta a carico dell'utente finale. Nulla esclude, infatti, che il *gatekeeper* possa essere adeguatamente compensato attraverso forme alternative di valorizzazione economica, ad esempio mediante un modello di servizio che limiti la raccolta dei dati personali ma consenta l'utilizzo di pubblicità contestuale o basata su interessi generali, meno invasiva e più rispettosa della sfera informativa dell'utente. Il diritto ad una remunerazione non è in dubbio, tuttavia i fatturati (elevati) di Meta potrebbero risentire. Fattispecie che non può essere tenuta in considerazione nella valutazione della validità del modello *Consent or Pay*.

In tale contesto, il DMA non è finalizzato a salvaguardare i modelli imprenditoriali, né il rispetto di tale regolamento è subordinato alla conservazione dei profitti che i *gatekeeper* hanno generato prima della sua adozione. Si aggiunge, difatti, che il legislatore dell'Unione ha affrontato

esplicitamente le considerazioni relative alla sostenibilità finanziaria delle disposizioni del DMA all'articolo 9, paragrafo 1¹⁵⁶⁶. Ai sensi di tale disposizione, se i vincoli imposti ai *gatekeeper* da un obbligo specifico di tale regolamento dovessero mettere a repentaglio, a causa di circostanze eccezionali che sfuggono al loro controllo la redditività economica della sua attività nell'Unione, la Commissione può decidere di sospendere in via eccezionale, in tutto o in parte, l'obbligo specifico. Tuttavia, questo non sembra essere il caso, anche perché non si esclude che la remunerazione possa avvenire con altre modalità.

7.4.4 Parere dell'EDPB 04/2024: *consent or pay* e posizione dominante

Al seguito dell'inaspettata pronuncia della Corte di Giustizia al paragrafo 150 della sua sentenza e della controversa implementazione del *Consent or Pay* da parte di Meta, è emersa l'esigenza di chiarimenti in merito alla validità del consenso in simili configurazioni.

Il 17 aprile 2024, il Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB) ha pubblicato un parere significativo che si inserisce pienamente nella riflessione condotta in questo lavoro, in quanto collega la nozione di consenso del GDPR alla disciplina del DMA, ponendo attenzione anche alla posizione dominante e agli squilibri di potere nei mercati digitali¹⁵⁶⁷.

È innanzitutto interessante delimitare l'ambito di applicazione.

Il parere si rivolge alle piattaforme digitali che posseggono una grande base di utenti nello Spazio economico europeo, tra le quali vengono

¹⁵⁶⁶ Regolamento (UE) 1925/2022, *Digital Markets Act*, (DMA), art. 9, par. 1 «Qualora il *gatekeeper* dimostri in una richiesta motivata che l'osservanza di un obbligo specifico di cui agli articoli 5, 6 o 7 relativo a un servizio di piattaforma di base elencato nella decisione di designazione a norma dell'articolo 3, paragrafo 9, metterebbe a rischio, a causa di circostanze eccezionali che sfuggono al controllo del *gatekeeper*, la redditività economica della sua attività nell'Unione, la Commissione può adottare un atto di esecuzione recante la sua decisione di sospendere in via eccezionale, in tutto o in parte, l'obbligo specifico di cui a tale richiesta motivata («decisione di sospensione»). In tale atto di esecuzione la Commissione motiva la propria decisione di sospensione individuando le circostanze eccezionali che giustificano la sospensione. Tale atto di esecuzione è limitato nella misura e per la durata necessarie a far fronte a tale minaccia alla redditività del *gatekeeper*. La Commissione si prefigge di adottare detto atto di esecuzione senza indugio e al più tardi entro tre mesi dalla ricezione di una richiesta motivata completa. Tale atto di esecuzione è adottato secondo la procedura consultiva di cui all'articolo 50, paragrafo 2».

¹⁵⁶⁷ European Data Protection Board (EDPB), *Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms*, 17 aprile 2024.

indicate le piattaforme dominanti e quelle qualificate come *gatekeeper* ai sensi del Regolamento DMA¹⁵⁶⁸. Pertanto, tale parere non si applica alle piattaforme di piccole dimensioni che non godono di ampie basi di utenti e, quindi di dati personali, e non si applicano altresì a piattaforme come testate giornalistiche che applicano il pagamento di una somma di denaro per tutelare la libertà di informazione e non per sopperire alla mancata pubblicità personalizzata¹⁵⁶⁹.

L'EDPB riconosce la legittimità, in astratto, dei modelli *Consent or Pay* anche per finalità di pubblicità personalizzata, ma chiarisce che questi possono essere compatibili con il GDPR solo se rispettano rigorosi criteri di validità del consenso, formulati alla luce sia del diritto alla protezione dei dati, sia di considerazioni proprie del diritto della concorrenza.

In particolare, il *Board* specifica quanto enunciato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Meta* al punto 150, assumendo una posizione parzialmente diversa. Afferma che:

*«l'offerta (solo) di un'alternativa a pagamento al servizio che include il trattamento per scopi di pubblicità comportamentale non dovrebbe essere la soluzione standard per i titolari del trattamento»*¹⁵⁷⁰.

La versione alternativa del servizio con pubblicità comportamentale non deve comportare un pagamento in denaro, ma offrire invece un'alternativa equivalente a titolo gratuito, senza alcun trattamento dei dati per scopi di pubblicità comportamentale¹⁵⁷¹.

Difatti, al fine di garantire una scelta effettiva ed evitare di presentare agli utenti una scelta binaria tra il pagamento di un corrispettivo e il consenso al trattamento per finalità di pubblicità comportamentale, *«i titolari del trattamento dovrebbero prendere in considerazione la possibilità di offrire gratuitamente anche un'ulteriore alternativa (alternativa gratuita senza pubblicità comportamentale)»*¹⁵⁷².

Dunque, l'alternativa che dovrebbe essere offerta dovrebbe essere gratuita, oltre che priva delle operazioni di trattamento.

¹⁵⁶⁸ *Ibidem*, par. 25 e ss.

¹⁵⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁷⁰ *Ibidem*, par. 73.

¹⁵⁷¹ *Ibidem*.

¹⁵⁷² *Ibidem*, par. 74.

Tuttavia, non potendo vietare *ab initio* il modello del *Consent or Pay*, il *modus operandi* dell'autorità è quello di prevedere dei criteri di validità per tali modelli, qualora implementati, che si fondano sulla libertà del consenso e sull'ammontare della somma richiesta.

Rispettivamente ai criteri per la validità del consenso, l'EDPB procede a integrare le considerazioni derivanti dal diritto della concorrenza come fattori rilevanti nella valutazione della libertà di consenso ai sensi del GDPR, facendo leva sullo squilibrio di potere tra la piattaforma che offre il modello e i suoi utenti.

Gli utenti, infatti, devono essere «*in grado di esercitare una scelta effettiva*», tenendo conto del «*rischio di inganno, intimidazione, coercizione o conseguenze negative significative*» o se «*vi sia un elemento di coercizione, pressione o incapacità di esercitare il libero arbitrio*» di fronte al potere dell'impresa¹⁵⁷³.

Specifica che la posizione dominante dell'impresa ai sensi dell'articolo 102 TFUE, combinata con gli effetti di rete e gli effetti di *lock-in* inerenti a tale posizione, costituiscono fattori che le autorità di protezione dei dati possono prendere in considerazione nelle loro valutazioni sulla libertà del consenso. Questo avviene in ambito dell'esistenza di squilibri di potere e di conseguenze negative dalla mancata prestazione del consenso¹⁵⁷⁴.

Tali fattori rappresentano circostanze eccezionali che impongono alla piattaforma dominante, in applicazione del principio di responsabilità, di dimostrare l'assenza di conseguenze negative derivanti dalla mancanza di consenso al fine di evitare l'imposizione di sanzioni.

Gli utenti non devono subire pregiudizi a seguito del rifiuto o della revoca del consenso.

Particolare attenzione è rivolta ai i servizi che hanno costruito un'ampia base di utenti offrendo i loro servizi gratuitamente. Tali servizi possono aver attirato un gran numero di utenti che «*non hanno la volontà o la capacità di pagare una tariffa e che si sono avvalsi del servizio confidando che non avrebbe avuto un impatto finanziario su di loro*»¹⁵⁷⁵.

¹⁵⁷³ *Ibidem*, par. 69.

¹⁵⁷⁴ *Ibidem*, par. 107 e ss.

¹⁵⁷⁵ *Ibidem*.

Nel corso del tempo, gli utenti potrebbero aver aumentato la loro dipendenza dal servizio a causa, tra l'altro, di effetti di rete e di *lock-in*. Se un servizio di questo tipo inizia successivamente a fornire agli utenti la possibilità di scegliere tra il trattamento dei dati personali e il pagamento di una tariffa, «*ciò potrebbe essere visto come un esempio di leva su un chiaro squilibrio a sfavore degli utenti, in quanto è improbabile che gli utenti siano in grado di esercitare la libera scelta in questa situazione*»¹⁵⁷⁶.

Un altro fattore importante nella valutazione dello squilibrio è la misura in cui l'interessato fa affidamento sul servizio fornito. L'esperienza dell'interessato di avere una scelta realmente libera è limitata se il servizio è considerato essenziale, ad esempio per cercare lavoro, per ottenere l'accesso ad informazioni essenziali per la vita quotidiana degli interessati o per partecipare al dibattito pubblico¹⁵⁷⁷.

Ulteriormente, l'EDPB fornisce alcuni chiarimenti sull'importo monetario richiesto dalla piattaforma a titolo di controprestazione. L'organismo riconosce che il suo ruolo non è quello di un regolatore dei prezzi e, pertanto, si astiene dallo stabilire criteri per la fissazione del loro ammontare. Tuttavia, impone che l'importo debba rispettare il principio di equità di cui all'articolo 5, paragrafo 1, lettera a), del GDPR, sia in termini economici sia nel garantire che «*il diritto alla protezione dei dati personali non si trasformi in una funzionalità premium riservata ai ricchi*»¹⁵⁷⁸.

Rispetto all'alternativa equivalente di cui al Considerando 36 del DMA, e la soluzione di conformità proposta da Meta, il parere funge da riferimento pratico per la Commissione europea; il *Consent or Pay* non costituisce una alternativa equivalente né, rispetterebbe i requisiti del consenso come previsti dal GDPR e dal DMA proprio per lo squilibrio di potere, per le conseguenze negative dal rifiuto del consenso e per la

¹⁵⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷⁷ In questi casi l'interessato può sentirsi obbligato ad accettare il tracciamento. L'EDPB ha precedentemente affermato che il consenso può essere valido solo se non vi sono elementi di costrizione o pressione, cfr. European Data Protection Board (EDPB), *Guidelines on Consent 05/2020*, cit. par. 24.

¹⁵⁷⁸ *Ibidem*, par. 133.

sostanziale impossibilità di ritenere equivalenti un servizio gratuito ed uno a pagamento.

Come prima accennato, infatti, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1 del DMA lo scopo è garantire per tutte le imprese la possibilità operare in mercati contendibili ed equi, con effetti positivi sui consumatori e sulla loro libertà di scelta tra servizi differenti. Il conseguimento di tali obiettivi attraverso l'attuazione di obblighi specifici, tra cui l'articolo 5, paragrafo 2, avrà inevitabilmente un impatto sui modelli di *business* dei *gatekeeper*.

Tutte queste implicazioni richiamano quanto è stato detto in materia di abuso di posizione dominante e squilibrio di potere, nei capitoli terzo, quinto e sesto.

Si aggiunge, inoltre che le considerazioni svolte dall'EDPB potrebbero rilevare ed essere utilizzate nel caso di procedimenti *antitrust* nonché come teoria del danno in specifiche ipotesi di abuso. Ove implementabile, si potrebbero astrattamente ravvisare ipotesi di abuso di posizione dominante da sfruttamento per prezzi eccessivi, in relazione ai livelli di *fees* imposte dalle imprese per l'accesso ai servizi senza personalizzazione pubblicitaria.

7.4.5 La sanzione di Meta

A conclusione del procedimento avviato nel marzo del 2024, la Commissione europea ha emanato il 23 aprile 2025 la prima decisione di *non-compliance* della storia del DMA nei confronti di Meta, sanzionando il *gatekeeper* un ammontare pari a 228 milioni di euro¹⁵⁷⁹. Il modello *consent or pay* implementato da Meta da novembre 2024, non è conforme all'articolo 5(2) del DMA¹⁵⁸⁰.

La Commissione ha ritenuto che «*l'opzione SNA nel modello pubblicitario Consent or Pay di Meta non costituisca un'alternativa meno personalizzata ma equivalente all'opzione With Ads*»¹⁵⁸¹, ritenendo altresì

¹⁵⁷⁹ Commissione europea, decisione DMA.100055 – *Meta – Article 5(2)*, 23 aprile 2025.

¹⁵⁸⁰ La decisione che constata la non conformità riguarda il periodo di tempo durante il quale agli utenti finali nell'UE è stata offerta solo l'opzione binaria “Consenso o pagamento” tra marzo 2024, quando gli obblighi DMA sono diventati legalmente vincolanti, e novembre 2024, quando è stato introdotto il nuovo modello di annunci di Meta.

¹⁵⁸¹ Commissione europea, decisione DMA.100055 – *Meta – Article 5(2)*, cit. par. 87.

che Meta non abbia offerto agli utenti finali una scelta specifica tra le opzioni di combinare o meno i loro dati personali, come previsto dall'articolo 5, paragrafo 2, primo comma, del regolamento (UE) 2022/1925.

Particolarmente interessanti sono le osservazioni della Commissione nella motivazione della decisione, che riprendono ampiamente le argomentazioni sopra esposte¹⁵⁸².

Rispettivamente all'assenza di scelta specifica, la Commissione ritiene che l'opzione cd. SNA (*Subscription with No Ads*) non possa considerarsi equivalente all'opzione *With Ads*, posto che il pagamento di una somma di denaro sia un elemento di differenziazione dei servizi offerti¹⁵⁸³. Mentre per l'accesso al servizio con pubblicità e trattamento, è sufficiente la prestazione del consenso con un *click*, l'accesso al servizio a pagamento richiede «che gli utenti finali abbiano accesso a un servizio di pagamento online (ad esempio, una carta di debito o di credito che può essere utilizzata per le transazioni online o un pagamento online e di inserire le informazioni di pagamento pertinenti nel sistema di Meta per completare la transazione»¹⁵⁸⁴.

Inoltre, la Commissione si spinge sino a svolgere considerazioni di merito piuttosto eloquenti¹⁵⁸⁵:

*«il pagamento di un canone mensile monetario impegna gli utenti finali a effettuare operazioni ricorrenti per un periodo di tempo prolungato e indefinito, il che comporta l'addebito di una somma di denaro che gli utenti finali non potranno successivamente spendere per altri articoli»*¹⁵⁸⁶.

Ulteriormente, la Commissione avanza considerazioni relative alla tutela degli utenti consumatori: «va tenuto conto anche del fatto che gli

¹⁵⁸² Per correttezza, si precisa che le argomentazioni precedentemente rese costituiscono il frutto della ricerca svolta tra nell'anno 2024; la decisione in oggetto è stata pubblicata nel 2025.

¹⁵⁸³ *Ibidem*, par. 89 e ss.

¹⁵⁸⁴ *Ibidem*, par. 90.

¹⁵⁸⁵ Queste osservazioni riprendono, per'altro, le osservazioni espresse dal BEUC, *The European Consumer Organisation Bureau Européen des Unions de Consommateurs, Beuc Assessment Of Meta's Latest Pay-Or-Consent Policy For Facebook And Instagram Users*, 2025, reperibile al link https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/BEUC-X-2025-002_Meta_s_latest_pay-or-consent_policy.pdf.

¹⁵⁸⁶ Commissione europea, decisione DMA.100055 – *Meta – Article 5(2)*, cit.

*utenti finali dei servizi di social networking online si sono abituati a utilizzare tali servizi, spesso per anni, senza pagamento monetario»*¹⁵⁸⁷.

La Commissione, da questa percezione del valore del servizio, fa discendere che gli utenti finali non hanno identificato chiaramente il valore monetario dei servizi Facebook e Instagram.

Inoltre, sebbene gli utenti finali non percepiscano la pubblicità personalizzata come elemento essenziale dei servizi di *social network*, essi si sono tuttavia abituati alla presenza di annunci pubblicitari come parte integrante dell'esperienza d'uso. Ne consegue che l'opzione di accedere a una versione a pagamento priva di pubblicità risulta, in concreto, poco appetibile per gli utenti di Facebook e Instagram, a differenza di quanto accade per altri servizi digitali, come le piattaforme di informazione o di streaming audiovisivo, nei quali il pagamento costituisce la condizione normale di accesso a contenuti che, *offline*, sono tradizionalmente offerti dietro corrispettivo economico.

L'aspetto forse più significativo, e strettamente connesso alle considerazioni svolte nell'intera ricerca, riguarda la dimensione intenzionale di talune condotte poste in essere dai *gatekeeper* digitali, le quali, pur apparendo formalmente conformi ai regolamenti ed alle normative applicabili, rivelano la volontà sostanziale di preservare l'attuale equilibrio economico e di mantenere immutato il redditizio *status quo* dei mercati digitali.

Infatti, la Commissione ammonisce chiaramente la piattaforma sottolineando la consapevolezza di Meta, come risulta dagli elementi empirici forniti dagli studi accademici citati nelle osservazioni di Meta, che gli utenti finali dei servizi *online* sono complessivamente poco disposti a pagare per la tutela della vita privata, anche quando preferirebbero un'esperienza meno personalizzata¹⁵⁸⁸.

¹⁵⁸⁷ *Ibidem*, par. 93.

¹⁵⁸⁸ T. MULLER-TRIBBENSEE ET AL., *Paying for Privacy: Pay-or-Tracking Walls*, in *Privacy Technologies and Policy: 12th Annual Privacy Forum, APF 2024, Karlstad, Sweden, Proceedings, 2024*. Questo articolo, citato nello Studio sulla pubblicità comportamentale di Meta, esplora il concetto di *pay-or-tracking wall*, in cui agli utenti viene data la possibilità di scegliere se pagare per la privacy o acconsentire a essere tracciati, presenta uno studio empirico sull'implementazione di questo modello da parte degli editori. Lo studio rileva che «*Il traffico dei pubblici non diminuisce quando si implementa un pay-or-tracking wall; La maggior parte degli utenti acconsente ad essere tracciata e solo pochi utenti pagano*» p. 4. Inoltre, lo studio fornisce dati che dimostrano che gli

La stessa Commissione evidenzia: «i documenti interni di Meta rivelano che (Meta) era ben consapevole che il suo modello pubblicitario "Consent or Pay" avrebbe portato la stragrande maggioranza degli utenti finali dei suoi servizi non pubblicitari a optare per l'opzione With Ads degli ambienti Facebook e Instagram»¹⁵⁸⁹.

La piattaforma era dunque pienamente consapevole della scarsa attrattività dell'opzione a pagamento e, verosimilmente, anche del maggiore interesse e della maggiore efficacia concorrenziale che avrebbe avuto una vera alternativa gratuita priva di trattamento dei dati personali. Tale soluzione, pur risultando meno redditizia per l'impresa, avrebbe favorito una maggiore apertura e contendibilità dei mercati digitali, in linea con la finalità pro concorrenziale del *Digital Markets Act*.

Ulteriormente, la Commissione svolge osservazioni al fine di motivare l'inapplicabilità del paragrafo 150 della sentenza *Meta Platforms* (C-252/21) al *Digital Markets Act*. Tale sentenza «non può essere interpretata nel senso che consente a Meta di fornire l'«alternativa meno personalizzata ma equivalente» ai sensi del considerando 36 del regolamento (UE) 2022/1925 dietro pagamento di una tariffa adeguata»¹⁵⁹⁰.

Questo vale a ribadire l'idea che la nozione giuridica di consenso ai sensi del DMA, non corrisponde alla nozione giuridica di consenso ai sensi del GDPR¹⁵⁹¹ e, pertanto, le considerazioni svolte nel caso Meta non

utenti optano in modo schiacciante per l'opzione di tracciamento, mentre pochissimi scelgono di pagare: «L'ultimo giorno osservato, un anno e cinque mesi dopo che l'editore ha introdotto il suo pay-or-tracking wall, l'opzione di tracciamento rappresentava il 99,06% degli utenti unici, il 98,65% delle visite e il 97,78% delle impressioni della pagina. Al contrario, l'opzione a pagamento rappresentava lo 0,94% degli utenti unici, l'1,35% delle visite e il 2,22% delle impressioni della pagina», p. 35.

¹⁵⁸⁹ Commissione europea, decisione DMA.100055 – *Meta* – Article 5(2), par. 96. La stessa Meta, già in fase di *pre-compliance*, negli scambi e negli incontri con la Commissione europea e, al seguito delle risposte alle *RFI*, aveva mostrato di essere consapevole del fatto che l'opzione *SNA* non sarebbe mai stata considerata un'alternativa equivalente all'opzione *With Ads*. Questo, ad esempio, è dimostrato dal fatto che la strategia di prezzo per l'opzione *SNA* incorporava l'aspettativa che gli utenti finali non avrebbero esercitato la loro scelta specifica. Ulteriori documenti a supporto sono coperti da segreto aziendale.

¹⁵⁹⁰ *Ibidem*, par. 101.

¹⁵⁹¹ *Ibidem*, par. 103 «A differenza della seconda condizione del «consenso», la prima condizione della «scelta specifica» è una nozione autonoma che non fa riferimento a una definizione contenuta nel regolamento (UE) 2016/679 o in qualsiasi altro strumento giuridico».

sono pienamente applicabili. La nozione di «*scelta specifica*» ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (UE) 2022/1925 deve essere interpretata secondo i principi generali dell'interpretazione giuridica.

La Commissione sostiene che l'obbligo di fornire l'alternativa equivalente non sia da interpretare come l'esclusione di qualsiasi modello di *business* fondato sulla pubblicità¹⁵⁹².

Anzi, è la stessa piattaforma che non nega la possibilità di pubblicare annunci pubblicitari non personalizzati o meno personalizzati sugli ambienti Facebook e Instagram che non richiederebbero ai suoi utenti finali di fornire il consenso e dunque, la personalizzazione. Diversamente, Meta sostiene che la mancata presentazione di una scelta che contempli un'alternativa gratuita caratterizzata da pubblicità contestuale e/o non personalizzata, sia dovuto al fatto che tale opzione non sia un modello commerciale (economicamente) praticabile¹⁵⁹³.

Tuttavia, come precedentemente argomentato, la tutela della redditività economica non risulta essere un valore considerato dal *Digital Markets Act*, al contrario dell'equità e della contendibilità dei mercati che l'articolo 5 mira a garantire. Sebbene ciò, lo stesso articolo 9 del DMA, prevede che qualora l'impresa subisca, a causa di circostanze eccezionali che sfuggono al controllo del *gatekeeper*, un pregiudizio per la redditività economica della sua attività nell'Unione, la Commissione può adottare un atto di esecuzione recante la sua decisione di sospendere in via eccezionale, in tutto o in parte, l'obbligo specifico di cui a tale richiesta motivata. Alla luce di ciò, poiché Meta non ha presentato alcuna istanza ex art. 9, non si può prendere in considerazione alcuna motivazione sul punto¹⁵⁹⁴.

Anzi, la Commissione ritiene che la soluzione di un modello alternativo caratterizzato da una pubblicità con annunci contestuali,

¹⁵⁹² *Ibidem*, par. 151 e ss.

¹⁵⁹³ *Ibidem*.

¹⁵⁹⁴ *Ibidem*. Pertanto, la stessa Commissione invita nella Decisione la stessa piattaforma a presentare, qualora lo ritenga necessario, richiesta motivata ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, di tale regolamento.

preveda una remunerazione per la piattaforma¹⁵⁹⁵, essendo la soluzione preferibilmente percorribile¹⁵⁹⁶.

La seconda parte della motivazione è relativa alla mancanza dei requisiti per la validità del consenso ai sensi delle prescrizioni del Regolamento (UE) 679/2016¹⁵⁹⁷.

L'assenza di libertà del consenso, come prescritta all'articolo 4, paragrafo 11 del GDPR, è riferita allo squilibrio di potere che sussiste tra l'utente e il *gatekeeper*¹⁵⁹⁸.

La designazione di Meta come *gatekeeper* in relazione a diversi CPS facenti parte dei suoi servizi non pubblicitari è quindi un forte indizio della posizione che Meta detiene nei confronti degli utenti finali di tali servizi e di come tale posizione possa portare a un grave squilibrio nel potere contrattuale con tali utenti finali¹⁵⁹⁹. Pertanto, sia la posizione dominante sia lo *status* di *gatekeeper*, costituiscono un elemento da considerare e integrano lo squilibrio di potere rispetto ai consumatori finali.

La Commissione, sulla base del caso di specie, ritiene che un utente finale non possa negoziare con Meta nessun'altra opzione oltre alle due opzioni offerte, ritenendo che gli utenti finali potrebbero sentirsi obbligati a optare per l'opzione *With Ads* e fornire il consenso per continuare a beneficiare di tali servizi¹⁶⁰⁰.

¹⁵⁹⁵ *Ibidem*, par. 157.

¹⁵⁹⁶ *Ibidem*. Tale modello non costituirebbe ipotesi di servizi degradati, perché la degradazione rilevante ai sensi dei considerando 36 e 37 si riferisce al servizio offerto e non alla personalizzazione pubblicitaria, la cui eventuale degradazione sarebbe imputabile esclusivamente alla scelta dei consumatori.

¹⁵⁹⁷ *Ibidem*, par. 175 e ss. In particolare, come è già avvenuto nel caso Meta/Bundeskartellamt che ha ispirato i legislatori europei alla formulazione dell'articolo 5, paragrafo 2, gli utenti non prestano un consenso libero alla combinazione dei loro dati personali ai fini della pubblicità personalizzata.

¹⁵⁹⁸ *Ibidem*, par. 183. Si legge anche «(i)n primo luogo, la designazione di un'impresa come *gatekeeper* a norma del regolamento (UE) 2022/1925 è un forte indizio del potere del titolare del trattamento di interferire con la libertà di scelta dell'interessato. A tale riguardo, il considerando 4 del regolamento (UE) 2022/1925 sottolinea che la combinazione di funzionalità offerte da un *gatekeeper* può portare, in molti casi, a un grave squilibrio del potere contrattuale e, di conseguenza, a pratiche e condizioni sleali per gli utenti finali dei CPS forniti dai *gatekeeper*, a scapito della scelta».

¹⁵⁹⁹ *Ibidem*, par. 184.

¹⁶⁰⁰ *Ibidem*, par. 185.

Ulteriormente, valuta anche la presenza di danni nel caso di rifiuto del consenso ai sensi del DMA, come previsto nei considerando 42 e 43 del GDPR¹⁶⁰¹.

Tale pregiudizio consiste nel dover pagare un canone mensile, o nell'abbandonare del tutto gli ambienti Facebook e Instagram; pregiudizio che si ritiene significativamente esteso, poiché a causa dei forti effetti di *lock-in* e di rete, tali ambienti sono parte integrante della vita quotidiana di oltre 45 milioni di utenti finali attivi mensilmente nella regione europea¹⁶⁰². Ciò rende più difficile per gli utenti finali che si trovano di fronte al modello pubblicitario *Consent or Pay* di Meta fare una scelta autentica o libera e, in particolare, rifiutare il consenso senza subire conseguenze negative¹⁶⁰³.

La Commissione, inoltre, ritiene che tali servizi offerti da Meta possano qualificarsi anche come servizi essenziali essendo «*parte integrante della vita quotidiana di molti cittadini dell'Unione, che li utilizzano, tra l'altro, per comunicare con la famiglia e gli amici, nonché per costruire una vita personale e professionale, per la contribuzione alle discussioni pubbliche e accedano alle informazioni, nella misura in cui molte persone non concepiscono una "vita senza l'uso dei social media"*»¹⁶⁰⁴. La Commissione, dunque, direttamente afferma che le piattaforme digitali esercitano il loro ruolo nella costruzione di un'infrastruttura sociale e diventano indispensabili nella vita quotidiana delle persone¹⁶⁰⁵.

¹⁶⁰¹ Ibidem, par. 189. «*La Commissione constata che il modello pubblicitario «Consent or Pay» di Meta non consente agli utenti finali degli ambienti Facebook e Instagram di negare il consenso alla combinazione dei loro dati personali provenienti da servizi non pubblicitari con i Meta Ads CPS dell'OAS senza subire un danno*».

¹⁶⁰² Ibidem.

¹⁶⁰³ Ibidem, par. 190.

¹⁶⁰⁴ Ibidem, par. 198.

¹⁶⁰⁵ Tali risultanze sono anche evidenziate dagli studi condotti da J. BRAILOVSKAIA, H. SCHILLACK AND J. MARGRAF, *Tell me why are you using social media (SM)! Relationship between reasons for use of SM, SM flow, daily stress, depression, anxiety, and addictive SM use – An exploratory investigation of young adults in Germany*, in *Computers in Human Behaviour*, 2020; J. PIERSON, *Digital platforms as entangled infrastructures*, in *European Journal of Communication*, 2021, reperibile al link https://cris.vub.be/ws/portalfiles/portal/76278288/EJC21_Pierson_Digital_platforms_as_entangled_infrastructures_Addressing_public_values_and_trust_in_messaging_apps.pdf.

Ulteriore punto interessante, attiene alla specifica qualificazione del comportamento di Meta rispetto alla non-compliance. La Commissione constata che «*Meta ha agito quantomeno per negligenza*»¹⁶⁰⁶. Il regolamento DMA proprio per la sua natura *ex ante* e, per facilitare la compliance dei *gatekeeper*, si è caratterizzato per un preciso periodo procedurale definito di *pre-compliance* segnato da costanti incontri tra la Commissione (DG Comp e DG Connect) con le parti interessate, dalle quali Meta avrebbe dovuto e potuto sapere che il modello *Consent or Pay* era ritenuto non conforme all'articolo 5 del DMA. La Commissione ha ordinato la cessazione della pratica e il divieto di reiterazione per il futuro.

Inoltre, a seguito di intensi scambi e riunioni con la Commissione europea, da novembre 2024 Meta ha introdotto un'altra versione del modello di annunci personalizzati gratuiti, offrendo una nuova opzione che presumibilmente utilizza meno dati personali per visualizzare annunci pubblicitari. La Commissione sta attualmente valutando questa nuova opzione e continua il suo dialogo con Meta, chiedendo alla società di fornire prove dell'impatto che questo nuovo modello di pubblicità ha nella pratica.

7.4.6 Verso una nuova forma di pubblicità? La pubblicità contestuale come alternativa equivalente, meno personalizzata e gratuita per i modelli data driven

Alla luce delle considerazioni finora sviluppate, ritengo che possano essere individuate soluzioni alternative capaci di conciliare, in modo equilibrato e proporzionato, la tutela della *privacy* e dei dati personali con l'esigenza di preservare la sostenibilità economica dei modelli di *business* fondati sulla pubblicità.

I modelli di monetizzazione dei dati, infatti, non dovrebbero essere demonizzati in quanto tali, ma piuttosto ricondotti entro un quadro di bilanciamento ragionevole tra interessi contrapposti. Se vi è consenso (libero e volontario) alla personalizzazione, non si ravvisa alcun problema di fondo. Nel caso opposto (o come possibile futura traiettoria), si possono

¹⁶⁰⁶ Commissione europea, decisione DMA.100055 – *Meta* – *Article 5(2)*, par. 315 e ss.

prospettare alcune ipotesi. Quanto qui detto è valido altresì per l'alternativa meno personalizzata ma equivalente prevista dall'articolo 5(2) del DMA.

Ad avviso di chi scrive, la pubblicità online potrebbe assumere la forma della pubblicità contestuale (cd. *contextual advertisement*), o pubblicità basata sugli interessi, cd. *segment advertisement*). Tali forme di pubblicità non hanno una definizione specifica nel diritto dell'Unione, tuttavia, si possono ravvisare alcune indicazioni nel parere “2/2010 on online behavioural advertising” adottato da *Article 29 Data Protection Working Party*¹⁶⁰⁷, che mette in contrapposizione tali due modelli pubblicitari con la pubblicità microtargettizzata o comportamentale.

Nel parere si definisce la pubblicità contestuale come una forma di pubblicità selezionata sulla base dei contenuti che l'interessato sta visualizzando in quel dato momento (dunque, con i contenuti all'interno del *feed*, se si tratta di rete sociale). Nel caso di un motore di ricerca, il contenuto può essere ricavato dalle parole chiave di ricerca, dalla precedente *query* di ricerca oppure dall'indirizzo IP dell'utente, se questo consente di dedurre la probabile ubicazione geografica¹⁶⁰⁸.

La pubblicità basata sugli interessi, quale pubblicità basata su caratteristiche degli interessati dei dati, quali l'età, il genere, la provenienza geografica, che gli stessi forniscono nel momento dell'accesso o della registrazione alla piattaforma¹⁶⁰⁹.

Si potrebbe anche prevedere un modello pubblicitario che consideri entrambi i modelli.

Tali modelli pubblicitari prevedono vantaggi e svantaggi.

Rispetto ai vantaggi, si sostiene qui che una pubblicità contestuale o basata su interessi selezionati volontariamente dall'utente – ad esempio mediante una lista di categorie di contenuti – potrebbe costituire una valida alternativa, compatibile sia con i principi del GDPR (articolo 4, paragrafo 11, e articolo 5, paragrafo 1, lettera c), sul principio di

¹⁶⁰⁷ Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 2/2010 on online behavioural advertising*, 00909/10/EN, WP 171.

¹⁶⁰⁸ *Ibidem*, nota 5.

¹⁶⁰⁹ *Ibidem*, nota 6.

minimizzazione dei dati, riducendo al minimo il trattamento di informazioni personali senza compromettere la funzionalità del servizio).

Inoltre, dal momento che tale forma di pubblicità non richiede la creazione di *super-profil*i degli utenti né la combinazione di dati provenienti da diverse fonti, non rientrerebbe nelle condotte vietate dall'articolo 5(2) e, non esigerebbe, di conseguenza, la raccolta del consenso dell'utente. Anzi, costituirebbe un'alternativa “meno personalizzata” e una “equivalente”, secondo quanto riconosciuto dalla Corte di giustizia e dal considerando 37 del *Digital Markets Act*.

Inoltre, tali forme di pubblicità basate su criteri contestuali e generici, sono in grado di garantire un'adeguata efficacia commerciale (il tasso di conversione), sebbene inferiore a quello della pubblicità personalizzata.

Infine, tale soluzione consentirebbe alle piattaforme digitali di mantenere una sostenibilità economica, pur rinunciando alle forme più aggressive di profilazione. La pubblicità basata su criteri generici o contestuali, infatti, potrebbe continuare a generare ricavi sufficienti a garantire la sopravvivenza e la competitività delle piattaforme, senza pregiudicare i diritti fondamentali degli utenti e favorendo un equilibrio più maturo tra logiche di mercato e tutela della persona.

Tali modelli pubblicitari, presentano svantaggi.

Il primo è legato all'assenza di normativa in materia o in posizioni ufficiali delle autorità di protezione dei dati. Come anticipato, né la pubblicità contestuale né quella fondata su interessi espressi godono ad oggi di una definizione e disciplina normativa, che si riverbera sulla mancanza di definizione del tipo di dati utilizzabili per tali pubblicità. I dati come l'età, il genere, la localizzazione approssimativa o le preferenze esplicitamente indicate nel profilo possono costituire dati personali e dunque, richiedere il consenso per il trattamento ai fini di pubblicità contestuale/basata sugli interessi? Tale incertezza interpretativa impone di interrogarsi se tali informazioni, pur apparentemente neutre o aggregate, debbano comunque essere considerate “dati personali” ai sensi del GDPR e, dunque, soggette alle corrispondenti garanzie di protezione.

Tuttavia, l'EDPB nel parere sulla validità del consenso nei modelli Consent or Pay, indica la pubblicità contestuale o basata sugli interessi come soluzione utile:

«This alternative must entail no processing for behavioural advertising purposes and may for example be a version of the service with a different form of advertising involving the processing of less (or no) personal data, e.g. contextual or general advertising or advertising based on topics the data subject selected from a list of topics of interests. This is also linked to the principle of data minimisation as recalled in Section 4.1: controllers should ensure that only personal data that is necessary for the purpose of placing such advertisement would be processed».

Da questo, sembra potersi desumere che la pubblicità contestuale preveda un ridotto trattamento dei dati personali (solo età, sesso, provenienza geografica etc), dove il consenso sarebbe comunque richiesto per il trattamento di tali dati personali ma, non ai sensi del DMA 5(2) in quanto non si tratta di pubblicità personalizzata (ma meno personalizzata). Dall'altro, la pubblicità basata sugli interessi, non includendo dati personali, ma soltanto dati direttamente indicati dall'utente, non richiederebbe neppure il consenso ai sensi del GDPR (tantomeno, il consenso ai sensi del DMA).

Ad avviso di chi scrive, il monitoraggio e la vigilanza sulla corretta implementazione di tali modelli (e, la garanzia che i dati personali non vengano trattati), è estremamente complesso nella pratica. Tuttavia, è un'opzione su cui ritengo si possa lavorare nel prossimo futuro.

Il secondo svantaggio è legato ai fatturati di tali modelli pubblicitari. Mettendosi dal lato *business*, si riconosce che tale tipologia di pubblicità, quale che sia la sua estensione, vada ad erodere in modo sostanziale gli introiti pubblicitari di un servizio di *social network* come quello di Meta.

Tuttavia, la libertà di impresa (la quale deve comunque entrare in bilanciamento nella contrapposizione tra gli interessi pubblici perseguiti) non deve essere tutelata al fine di garantire al titolare di continuare a generare i profitti che ha ottenuto prima che i legislatori europei regolamentassero il mercato digitale. L'entrata in vigore del *Digital Markets Act* ha profondamente ridefinito gli equilibri concorrenziali nei

mercati digitali, imponendo ai *gatekeeper* un ripensamento sostanziale dei propri modelli economici. In tale contesto, imprese come Meta non possono legittimamente pretendere di preservare inalterati i livelli di profitto derivanti da pratiche di super-profilazione dei dati personali. La circostanza che i ricavi per utente derivanti da forme di pubblicità meno personalizzate risultino verosimilmente inferiori rispetto a quelli generati da strategie basate su profili altamente dettagliati non assume, sotto il profilo giuridico (ed etico), rilievo determinante. Il legislatore europeo, infatti, è pienamente legittimato a perseguire un equilibrio tra gli interessi economici dei *gatekeeper* e gli interessi generali dell'Unione, quali l'equità, la contendibilità dei mercati e la tutela dei diritti fondamentali. In un ambito come quello disciplinato dal DMA, caratterizzato da scelte di natura politica, economica e sociale, al legislatore deve essere riconosciuto un ampio margine di discrezionalità, comprensivo della possibilità di introdurre misure che incidano in modo significativo sui modelli di *business* delle piattaforme dominanti, qualora ciò risulti necessario per garantire un ecosistema digitale più equo e competitivo.

7.5 Conclusioni

Alla luce delle suddette argomentazioni, si può concludere come segue. L'articolo 5, paragrafo 2, del *Digital Markets Act* mira a riequilibrare il rapporto strutturalmente asimmetrico tra i *gatekeeper* e gli utenti finali, attraverso l'imposizione di limiti stringenti al trattamento dei dati personali, e, al contempo, all'introduzione di una vera alternativa nell'accesso ai servizi digitali: un'alternativa meno personalizzata ma equivalente. I nuovi concetti di "alternativa meno personalizzata ma equivalente", del nuovo consenso ai sensi del DMA e della "scelta specifica" rappresentano il fulcro normativo e politico di tale intervento, collocandosi esattamente all'intersezione tra protezione dei dati personali, regolamentazione dei mercati digitali e, inevitabilmente, del diritto della concorrenza.

Nel valutare l'efficacia di questa norma è tuttavia necessario tenere in considerazione che la raccolta, la combinazione e l'uso incrociato dei dati personali non sono, in sé, pratiche intrinsecamente negative.

Al contrario, possono migliorare l'esperienza dell'utente, incrementare l'efficienza del servizio e abilitare, almeno in teoria, innovazioni rilevanti. Tuttavia, se il prezzo di tali efficienze consiste nella rinuncia alla libertà individuale e se l'innovazione prospera sull'opacità e sugli squilibri di potere, allora è legittimo e doveroso un intervento proporzionato da parte del legislatore. Né l'innovazione, né la redditività di tali modelli di *business* sono giustificazioni invocabili come scudo per consolidare rendite di posizione¹⁶¹⁰.

È proprio nella tensione tra potere e libertà che si gioca la scommessa politica e giuridica dell'articolo 5(2) del DMA. L'intreccio tra posizione dominante, asimmetrie informative e assenza di alternative autentiche rende evidente come, nei mercati digitali, la libertà dell'utente non possa più essere interpretata in chiave puramente formale.

In questo senso, la compatibilità tra DMA e GDPR assume un ruolo essenziale: se il primo impone un obbligo di offrire un'alternativa meno personalizzata, il secondo stabilisce i criteri sostanziali per la validità del consenso. L'interazione tra i due strumenti si fonda su un principio comune: il rifiuto di una concezione del consenso che si limiti a un atto di adesione passiva, decontestualizzato dalle condizioni strutturali che lo determinano.

La proposta di Meta, fondata sul modello *Consent or Pay*, ha messo alla prova questo impianto, sollevando interrogativi sulla libertà del consenso e sulla genuinità della scelta offerta agli utenti. Come rilevato sia dalla Commissione che dal Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB), una scelta binaria tra accettare la profilazione o pagare per accedere a un servizio precedentemente gratuito, non garantisce né la libertà del consenso né l'equivalenza dell'alternativa. Il parere dell'EDPB, nel riconoscere che la posizione dominante, combinata con effetti di rete e *lock-in*, può compromettere la volontà dell'utente, segna un passo significativo verso una comprensione più realistica e integrata del potere

¹⁶¹⁰ Effettivamente, il potenziale innovativo della combinazione dei dati nei settori più critici per il benessere collettivo, come la sanità o il cambiamento climatico, non dipende necessariamente dalla disponibilità illimitata di dati personali derivanti dall'uso di piattaforme digitali per finalità pubblicitarie.

nei mercati digitali. Inoltre, il riferimento al principio di equità e al rischio di escludere economicamente i meno abbienti rivela una tensione crescente: quella per cui la protezione dei dati non diventi una prerogativa riservata a chi può permettersi di pagare per la propria *privacy*.

Alla luce di queste considerazioni, l'articolo 5, paragrafo 2, si presenta come uno strumento regolatorio che impone non il divieto dell'economia dei dati, ma la sua riformulazione alla luce di un nuovo patto tra potere e responsabilità. La pubblicità contestuale o basata su interessi volontariamente selezionati, sostenuta in questa ricerca, rappresenta un'opzione tecnicamente percorribile e giuridicamente sostenibile, capace di garantire sostenibilità economica alle piattaforme e, al contempo, un maggiore rispetto dei diritti fondamentali degli utenti.

Il fatto che queste forme pubblicitarie generino minori ricavi rispetto alla profilazione non costituisce, in sé, un argomento giuridicamente rilevante: il legislatore europeo ha esercitato legittimamente il proprio margine di discrezionalità, bilanciando la libertà di impresa con la tutela della *privacy*, l'equità e la contendibilità dei mercati.

Eppure, a oltre un anno dall'entrata in vigore del DMA, emerge una sensazione di ambivalenza. Da un lato, il regolamento segna un punto di svolta nella storia della regolazione digitale europea; dall'altro, le resistenze alla *compliance* da parte dei *gatekeeper* e le incertezze applicative delle autorità competenti rischiano di comprometterne l'efficacia. La finalità del DMA non è propriamente sanzionatoria, bensì regolatoria e preventiva; tuttavia, l'eventuale ricorso a strumenti punitivi potrebbe segnare un parziale scostamento dallo spirito originario del regolamento, che mira a promuovere la contendibilità e la correttezza dei mercati digitali più che a reprimere *ex post* le condotte, considerando peraltro che le sanzioni economiche, da sole, raramente producono un effetto deterrente effettivo.

L'interrogativo finale resta, allora, se il rafforzamento del potere decisionale dell'utente, attraverso un consenso realmente libero e informato, possa tradursi in effetti pro concorrenziali e in maggiore contendibilità dei mercati.

La risposta è ancora aperta, ma il DMA ha tracciato una linea di principio: la concorrenza può prosperare dove l'unica scelta possibile è quella più libera.

CAPITOLO VIII - Riflessioni conclusive

«Tous ceux qui ont essayé de régler les problèmes économiques que posait le traité de Rome en oubliant le côté politique de la chose sont allés à un échec et aussi longtemps qu'on examinera [ces] problèmes uniquement sur le plan économique et sans penser à la politique, je le crains, nous irons à des échecs répétés»¹⁶¹¹

8.1 Sintesi del progetto di ricerca

Il percorso di ricerca ha preso avvio da due interrogativi di fondo, che ne hanno guidato la direzione teorica e metodologica: vi è spazio per includere, nel perimetro di una disciplina fondata su criteri economici, come il diritto della concorrenza, la tutela dei dati personali e della *privacy*? E, in che modo tale inclusione può condurre a un ripensamento complessivo del diritto della concorrenza europeo?

Muovendo da tali interrogativi, la ricerca ha ripercorso la profonda trasformazione dei mercati indotta dall'economia digitale, mettendo in luce come la tradizionale separazione tra diritto della concorrenza e tutela dei diritti fondamentali non sia più sostenibile nel contesto dei mercati digitali. L'impostazione tradizionale, improntata su una rigida separazione tra le sfere del diritto della concorrenza e della protezione dei dati personali – un vero e proprio approccio “a compartimenti stagni” – ha progressivamente rivelato la propria inadeguatezza. Tale paradigma, che aveva potuto reggere finché le dinamiche concorrenziali e la disciplina della *privacy* restavano ambiti autonomi, è venuto meno nel momento in cui la competizione si è strutturalmente intrecciata con la raccolta, l'elaborazione e lo sfruttamento dei dati personali, divenuti ormai risorsa essenziale e fattore determinante del potere di mercato delle piattaforme digitali.

¹⁶¹¹ P. SPAAK, *Discorso pronunciato alla Camera dei rappresentanti, 14 giugno 1961*. «*Quanti hanno tentato di risolvere i problemi economici posti dal trattato di Roma tralasciandone la dimensione politica si sono condannati al fallimento e fin quando esamineremo questi problemi solo sul piano economico, senza pensare alla politica, temo che saremo condannati a ripetuti fallimenti*», traduzione dell'autrice.

In questa prospettiva, la ricerca ha inteso proporre e teorizzare un approccio “congiunto” e “integrato”, capace di tenere insieme l’analisi competitiva e la tutela dei diritti fondamentali.

Tale teorizzazione non comporta una confusione tra i due ambiti normativi, ma la costruzione di un quadro unitario, volto a garantire che l’applicazione del diritto della concorrenza resti aderente alla realtà economica contemporanea, nel rispetto dei valori costituzionali che informano l’ordinamento dell’Unione europea.

Ogni capitolo ha avuto lo scopo di analizzare l’intersezione tra il diritto della concorrenza, la protezione dei dati personali e la *privacy* da varie prospettive. Dopo aver definito i fondamenti teorici e normativi dei due settori, la protezione dei dati personali e la *privacy* da un lato (capitolo secondo), e il diritto *antitrust* dall’altro (capitolo terzo), l’indagine ha analizzato le basi teoriche per la loro intersezione (capitolo quarto), sono state approfondite le più recenti evoluzioni giurisprudenziali e normative, dalle decisioni *Facebook/Bundeskartellamt*¹⁶¹² e *Meta Platforms* (C-252/21)¹⁶¹³ fino al Regolamento (UE) 1925/2022 *Digital Markets Act* (capitoli quinto, sesto e settimo)¹⁶¹⁴.

Nel complesso, è emerso come la digitalizzazione dell’economia, abbia ridefinito la natura stessa della concorrenza nei mercati digitali: il potere economico delle piattaforme digitali si fonda oggi sulla capacità di raccogliere, trattare e monetizzare i dati personali, producendo effetti che trascendono lo svolgimento della concorrenza sui meriti d’impresa. Tale potere di mercato ha determinato un forte squilibrio di potere tra le piattaforme e i consumatori. I modelli di *business* basati sulla raccolta massiva dei dati personali hanno progressivamente sfidato l’effettività del regolamento GDPR quando la controparte contrattuale è un’impresa con forte potere di mercato, compromettendone la capacità di garantire il controllo degli interessati sui propri dati personali nonché la tutela dell’autodeterminazione informativa.

Ne consegue che la persistente frammentazione nell’applicazione delle due discipline rischia di produrre significativi vuoti di tutela,

¹⁶¹² Bundeskartellamt, 6 Febbraio 2019, B6-22/16 – *Facebook*.

¹⁶¹³ C. giust. UE, sentenza 4 Luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, cit.

¹⁶¹⁴ Regolamento (UE), 1925/2022, *Digital Markets Act*, (DMA).

minando la capacità dell'ordinamento dell'Unione di fronteggiare le nuove e pervasive forme di potere economico privato.

Al contrario, un approccio integrato nel quale il diritto della concorrenza si apra a considerare – tra i parametri di valutazione, negli istituti giuridici, nelle teorie del danno e negli obiettivi di tale politica – la tutela dei dati personali e della sfera privata, appare idoneo a salvaguardare la coerenza complessiva dell'ordinamento dell'Unione, nonché consente di adattare le categorie tradizionali dell'*antitrust* alle trasformazioni imposte dall'economia dei dati.

A partire da queste premesse, nelle pagine che seguono vengono illustrati i principali risultati conseguiti dalla ricerca, articolati secondo l'evoluzione logica e tematica dei capitoli che la compongono.

8.2 Approccio congiunto tra diritto della concorrenza e protezione dei dati personali e privacy

Uno dei risultati più significativi emersi dalla ricerca, concerne la dimostrazione dell'inadeguatezza dell'approccio “disgiunto”, tradizionalmente adottato dalle istituzioni europee, nel regolare le condotte delle piattaforme digitali dominanti, il cui potere di mercato si fonda sull'acquisizione, l'elaborazione e lo sfruttamento sistematico dei dati personali.

La ricerca ha mostrato che, in presenza di violazioni relative al trattamento dei dati personali poste in essere dalle piattaforme dominanti, l'applicazione del regolamento GDPR si rivela insufficiente a garantire una tutela effettiva, sia per ragioni strutturali che per limiti concettuali.

Da un lato, la ricerca ha evidenziato che i mercati digitali sono caratterizzati da “fallimenti di mercato”. In particolare, l'istituto del consenso, disciplinato agli articoli 6, lettera a)¹⁶¹⁵, 7, paragrafo 4¹⁶¹⁶ e 4, paragrafo 11 del GDPR¹⁶¹⁷, perde gran parte della sua funzione di garanzia nei rapporti contrattuali tra utenti e piattaforme dominanti. Lo squilibrio di potere, le asimmetrie informative, unitamente al paradosso della

¹⁶¹⁵ Ibidem, art. 6, par. 1, lett. a)

¹⁶¹⁶ Ibidem, art. 7, par. 4

¹⁶¹⁷ Ibidem, art. 4, par. 11.

*privacy*¹⁶¹⁸ che caratterizzano tali rapporti, compromettono la libertà della scelta dell'utente¹⁶¹⁹, che si trova costretto ad accettare termini imposti unilateralmente, perdendo il controllo sui propri dati personali e sulla propria autodeterminazione informativa¹⁶²⁰.

Dall'altro lato, è stato messo in luce che il sistema di *enforcement* del GDPR non disponga di strumenti adeguati a incidere sulle cause strutturali dello squilibrio di potere economico. Le autorità nazionali per la protezione dei dati non sono dotate delle competenze né delle risorse per valutare le implicazioni concorrenziali di tali condotte, e le sanzioni pecuniarie previste, fino al 4% del fatturato globale¹⁶²¹, non incidono in modo significativo sugli elevati ricavi delle piattaforme dominanti. Inoltre, il regolamento non contempla misure di tipo comportamentale o strutturale applicabili alle imprese in caso di violazione¹⁶²², limitandosi a strumenti sanzionatori di natura pecuniaria, spesso inidonei a incidere in modo sostanziale sulle pratiche commerciali poste in essere dai grandi operatori digitali.

Da ciò deriva che il solo *enforcement* del diritto della protezione dei dati personali, non sia in grado di riequilibrare i rapporti di forza tra le parti né di ripristinare condizioni di mercato realmente competitive nei mercati basati sui dati¹⁶²³.

In parallelo, la ricerca ha mostrato che il diritto della concorrenza, così come applicato fino a tempi recenti, abbia risentito di

¹⁶¹⁸ Si rimanda al capitolo quarto, par. 4.6.2.

¹⁶¹⁹ *Ibidem*, considerando 42 e 43.

¹⁶²⁰ Secondo le parole di S. RODOTÀ, in *Tecnologie e Diritto*, Bologna, 2021, p. «(...) la *privacy* si presenta anche come «il diritto di mantenere il controllo sulle proprie informazioni e di determinare le modalità di costruzione della propria sfera privata». E, considerando piuttosto gli aspetti relazionali della *privacy*, essa si presenta come «rivendicazione di limiti a difesa del diritto di ognuno a non essere semplificato, oggettivato e valutato fuori contesto». La *privacy* si colloca così anche nel quadro del «diritto all'autodeterminazione informativa», come sancito nel 15 dicembre 1983 da un'innovativa sentenza della Corte costituzionale tedesca, BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83.

¹⁶²¹ Regolamento (UE) 679/2016, GDPR, art. 83, par. 5.

¹⁶²² Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, cit. art. 7, la possibilità di applicare in caso di violazione delle disposizioni di concorrenza, congiuntamente alle sanzioni pecuniarie, anche «rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa».

¹⁶²³ Si rimanda al capitolo quarto, par. 4.5.10 per l'illustrazione della maggiore effettività delle sanzioni e dei rimedi comportamentali applicabili alle autorità di concorrenza avverso le condotte lesive del GDPR, che ledono mercato e consumatori europei.

un'impostazione prettamente economica, derivante dal cd. "*more economic approach*" adottato dalla Commissione europea a partire dalla fine degli anni Novanta¹⁶²⁴. Tale orientamento, ispirato alle idee di Bork¹⁶²⁵, ha ridotto l'obiettivo della politica *antitrust* alla tutela del cd. *consumer welfare* in termini esclusivamente economici¹⁶²⁶, rendendo complessa la considerazione di altre forme di danno, compreso quello della protezione dei dati e della *privacy*, pur direttamente collegate al potere di mercato.

Il risultato di questa impostazione è stato un approccio disgiunto tra concorrenza e tutela dei dati personali, in base al quale i profili di protezione dei diritti fondamentali venivano sistematicamente esclusi dall'analisi concorrenziale e, rimessi alla sola applicazione del GDPR con i limiti sopra evidenziati. Tale prospettiva è stata chiaramente visibile nell'analisi del caso *Asnef/Equifax*¹⁶²⁷. In particolare, la Corte di Giustizia in sede di impugnazione aveva ritenuto che «*eventuali questioni relative alla sensibilità dei dati personali non sono, in quanto tali, una questione di diritto della concorrenza, ma possono essere risolte sulla base delle disposizioni pertinenti che regolano la protezione dei dati*»¹⁶²⁸. Tale impostazione è rimasta sostanzialmente immutata nelle decisioni *Facebook/Whatsapp*¹⁶²⁹, *Google/DoubleClick*¹⁶³⁰, *Google/FitBit*¹⁶³¹, *Apple/Shazam*¹⁶³².

Il lavoro di ricerca ha invece dimostrato come questo approccio separato non sia più coerente con la realtà dei mercati digitali.

Il potere di mercato delle piattaforme si fonda, infatti, sull'accumulazione, l'elaborazione e la monetizzazione dei dati, e il suo esercizio abusivo nei mercati, produce effetti tanto sulle dinamiche

¹⁶²⁴ Come illustrato ampiamente nel capitolo terzo. Si rimanda a A. C. WITT, *The more economic approach to EU antitrust law*, op. cit., cap. 4-8.

¹⁶²⁵ Si veda l'opera monumentale di R. H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, op. cit.; R. H. BORK, *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, op. cit., p. 7 ss.

¹⁶²⁶ Si rimanda al capitolo sesto per la spiegazione dettagliata e al paragrafo 9.5 del presente capitolo.

¹⁶²⁷ Commissione europea, decisione COMP/M.3905, *Asnef/Equifax*, cit.

¹⁶²⁸ C. giust. UE, sentenza 23 novembre 2006, in causa C-238/05, *Asnef-Equifax*, cit. par. 63.

¹⁶²⁹ Commissione europea, M.7217, *Facebook/WhatsApp*, cit.

¹⁶³⁰ Commissione europea, M.4731, *Google/DoubleClick*, cit.

¹⁶³¹ Commissione europea, M.9960, *Google/Fitbit*, cit.

¹⁶³² Commissione Europea, M.8788, *Apple/Shazam*, cit.

competitive che richiedono tutela, tanto sui diritti garantiti dal regolamento GDPR.

Difatti, mentre in passato le imprese sfruttavano la propria posizione di dominio al fine di ottenere direttamente dai consumatori un *surplus* economico, oggi sfruttano il loro potere per raccogliere una quantità potenzialmente illimitata di dati personali a danno di concorrenti (non in grado di ottenere il medesimo quantitativo di dati personali e di affrontare le barriere all'ingresso) e, dei consumatori digitali.

Nel *Position paper on the Interplay between Data Protection and Competition Law*, l'*European Data Protection Board* afferma che le valutazioni sulla legittimità dei trattamenti di dati personali non possono essere del tutto separate dall'analisi concorrenziale, in particolare quando il trattamento costituisce uno strumento di esclusione o sfruttamento di posizione dominante¹⁶³³.

Con tale ricerca si è voluto elaborare e teorizzare l'approccio congiunto tra diritto della concorrenza e tutela dei dati personali. Il punto di partenza è costituito dall'analisi della sentenza *Meta Platforms* (C-252/21)¹⁶³⁴ analizzata nel quinto capitolo ed originata dalla decisione dell'autorità di concorrenza tedesca (*Bundeskartellamt*)¹⁶³⁵.

Tale decisione rappresenta il primo esempio concreto di applicazione integrata dei due regimi. La Corte di giustizia, nel rinvio pregiudiziale, ha affermato che «*la conformità o la non conformità*» di una data pratica «*alle disposizioni del GDPR, può costituire, se del caso, un importante indizio fra le circostanze del caso di specie, per stabilire se siffatto comportamento costituisca un ricorso a mezzi su cui s'impenna la concorrenza normale, nonché per valutare le conseguenze di una determinata pratica sul mercato o per i consumatori*»¹⁶³⁶.

A differenza che l'approccio del 2006 in *Asnef/Equifax*, la Corte di Giustizia riconosce chiaramente che la violazione delle norme in materia di protezione dei dati personali possa costituire “un indizio importante”

¹⁶³³ European Data Protection Board (EDPB), *Position paper on the Interplay between Data Protection and Competition Law*, op. cit., p. 3 e ss.

¹⁶³⁴ C. giust. UE, sentenza 4 Luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, cit.

¹⁶³⁵ Bundeskartellamt, 6 Febbraio 2019, B6-22/16 – *Facebook*.

¹⁶³⁶ C. giust. UE, 4 Luglio 2023, C-252/2, *Meta Platforms*, par. 47.

per l'accertamento di un abuso di posizione dominante. Afferma, parimenti, che *«l'accesso ai dati personali e la possibilità di trattamento di tali dati sono diventati un parametro significativo della concorrenza fra imprese dell'economia digitale»*¹⁶³⁷, divenendo dunque parametri competitivi a pieno titolo.

Ulteriormente, ha avallato tale impostazione anche sul piano istituzionale. Si prevede che, le autorità di concorrenza, nell'ambito dell'esercizio delle proprie funzioni e purché ciò sia funzionale all'analisi di una possibile violazione di concorrenza¹⁶³⁸, *«debba»* valutare *«la conformità o non conformità di detto comportamento alle disposizioni del GDPR»*¹⁶³⁹.

Alla luce di questo quadro, la ricerca si è concentrata sull'attualizzazione di tali assunzioni e dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia, riflettendo sulla loro portata e sulla loro rilevanza, al fine di “ripensare” le categorie del diritto della concorrenza nei mercati digitali.

8.3 La tutela della vita privata come parametro della concorrenza nei mercati digitali

Nel presente lavoro si è proceduto a teorizzare il modo in cui i dati personali e la *privacy* possano essere inclusi nei parametri competitivi.

Il capitolo terzo difatti, ha messo in mostra come i tradizionali parametri di concorrenza indicati dalla Commissione europea negli orientamenti del 2009, siano articolati in prezzo, quantità, qualità, scelta ed innovazione¹⁶⁴⁰, i quali riflettono un'impostazione analitica di matrice

¹⁶³⁷ *Ibidem*, par. 51.

¹⁶³⁸ Art. 5, Regolamento (CE) 1/2003 *«Competenze delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri»*.

¹⁶³⁹ C. giust. UE, 4 Luglio 2023, C-252/2, *Meta Platforms*, par. 37-43.

¹⁶⁴⁰ Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti cit., par. 19. Si nota difatti come la Commissione europea, nelle Linee guida sugli abusi di posizione dominante del 2009 ha affermato che l'attuazione coercitiva del 102 TFUE ha lo scopo di garantire che le imprese dominanti *«non ostacolino lo svolgimento della concorrenza effettiva precludendo il mercato ai loro concorrenti in modo anticoncorrenziale con conseguenti effetti negativi per il benessere dei consumatori, sia in forma di prezzi più elevati di quelli altrimenti vigenti sia in altra forma, ad esempio limitando la qualità o riducendo la scelta dei consumatori»*. Rimarcando la centralità del prezzo, afferma che *«l'espressione «aumentare i prezzi» comprende il potere di mantenere i prezzi al di sopra del livello concorrenziale e viene utilizzata*

economica. La ricerca ha inoltre mostrato come, nella prassi applicativa della Commissione, la centralità di tali parametri sia in larga misura concentrata sull'elemento del prezzo, in quanto principale indicatore dell'efficienza allocativa e del benessere del consumatore¹⁶⁴¹, coerentemente con l'approccio economico di derivazione statunitense che informa la moderna analisi concorrenziale europea.

Pertanto, al fine di inquadrare la protezione dei dati personali ed il loro trattamento (quali elementi non economicamente valutabili) tra i parametri di concorrenza, è stato necessario sviluppare un approccio interpretativo evolutivo.

Posto che la concorrenza effettiva tra imprese sia finalizzata a migliorare tali parametri al fine di aumentare il benessere dei consumatori (cd. *consumer welfare*)¹⁶⁴², nel capitolo sesto si è sostenuto che, nei mercati digitali, i parametri esistenti della qualità e della scelta, dovessero essere soggetti ad una ridefinizione coerente con ciò che accade nei mercati *zero-price*.

In primo luogo, si sostiene che, nei mercati digitali, caratterizzati dall'assenza dell'elemento del prezzo come corrispettivo per l'accesso ai servizi, la qualità del servizio costituisca uno dei parametri principali di concorrenza¹⁶⁴³. Posto che la controprestazione non è di natura pecuniaria ma, in termini di cessione di dati personali alla dominante, si teorizza che il corretto trattamento dei dati personali ed il rispetto della *privacy*, costituiscano componenti qualitative del servizio digitale offerto gratuitamente.

Questo è avvalorato dai plurimi studi empirici analizzati, i quali dimostrano come i consumatori digitali europei, nel momento in cui

per designare in forma abbreviata i vari modi in cui i parametri della concorrenza — quali prezzi, produzione, innovazione, scelta o qualità di beni o servizi — possono essere influenzati a beneficio dell'impresa dominante e a scapito dei consumatori».

¹⁶⁴¹ Si rimanda al capitolo terzo, paragrafi 3 e ss, nonché al paragrafo 9.6.

¹⁶⁴² Si veda per una trattazione generale dell'impostazione antitrust europea P. MANZINI, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, op. cit. cap. I; M. MOTTA, M. POLO, *Antitrust. Economia e politica della concorrenza*, nuova edizione, Il Mulino, 2025, cap. I e II.

¹⁶⁴³ Sul punto, si veda P. MANZINI, *Figli di un dio minore: gli abusi da sfruttamento nel diritto antitrust europeo*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, p. 18, «Per quanto riguarda la *privacy*, (...)rappresenta un elemento significativo della qualità dei servizi, sul quale le imprese ormai competono al pari e più che sul prezzo»,

valutano qualitativamente un servizio digitale, accordino una crescente rilevanza alle modalità di trattamento dei dati personali, alla loro trasparenza e alla fiducia verso le piattaforme digitali¹⁶⁴⁴. I consumatori, dunque, preferiscono accedere ad un servizio digitale con una maggiore garanzia di tutela dei dati personali e della *privacy*, abbandonando o non scegliendo servizi che offrono livelli di tutela inferiori.

Il rispetto della *privacy*, della sorte e del controllo dei propri dati personali nell'economia digitale, si sostiene che costituisca un "elemento di differenziazione orizzontale" tra due servizi sostituibili.

Ulteriormente, tale teorizzazione risulta avvalorata a livello istituzionale dai cambiamenti di orientamento della Commissione europea, rispetto a quanto sopra enunciato del documento del 2009. La Commissione ha proceduto ad aggiornare la versione degli orientamenti in materia di mercato rilevante del 2024¹⁶⁴⁵ e ha rilasciato la bozza delle Linee guida sugli abusi escludenti nel 2025¹⁶⁴⁶. Entrambe, adattandosi alla digitalizzazione dei mercati, annoverano tra gli elementi che compongono il parametro della qualità dei servizi, «la tutela della vita privata»¹⁶⁴⁷.

¹⁶⁴⁴ Cisco, *Data Transparency's Essential Role in Building Customer Trust*, 2022 Consumer Privacy Survey, giugno 2022, reperibile al link: https://www.cisco.com/c/dam/en_us/about/doing_business/trust-center/docs/cisco-consumer-privacy-survey-2022.pdf. Si veda Cisco *Consumer Privacy Report: The growing imperative of getting of getting data privacy right*, 2019, reperibile al link: <https://www.cisco.com/c/dam/en/us/products/collateral/security/cybersecurity-series-2019-cps.pdf>.

¹⁶⁴⁵ Commissione europea, Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini del diritto della concorrenza dell'Unione, *Gazzetta ufficiale*, C 1645, 2024.

¹⁶⁴⁶ Commissione europea, Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione della concorrenza, *forthcoming* 2025.

¹⁶⁴⁷ Commissione europea, Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini del diritto della concorrenza dell'Unione, *Gazzetta ufficiale*, C 1645, 2024, par. 15. «In terzo luogo, nel definire il mercato rilevante, la Commissione prende in considerazione i vari parametri della concorrenza che i clienti considerano pertinenti nel settore e nel periodo valutati. Tali parametri possono contemplare il prezzo del prodotto, ma anche il suo grado di innovazione, la sua qualità sotto vari aspetti (quali, ad esempio, la sostenibilità, l'efficienza delle risorse, la durata, il valore e la varietà di usi offerti dal prodotto, la possibilità di integrarlo con altri prodotti, l'immagine trasmessa o la sicurezza e la tutela della vita privata), nonché la sua disponibilità, anche in termini di tempi di consegna, resilienza delle catene di approvvigionamento, affidabilità della fornitura e costi di trasporto. L'importanza relativa che i clienti assegnano a tali parametri può cambiare nel corso del tempo». La medesima indicazione si ravvisa in Commissione europea, Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione della concorrenza, *forthcoming* 2025, nota 5.

Analizzando le più recenti posizioni della Commissione nel *Policy Brief* del 2024 che tratta della concorrenza non sui prezzi in materia di concentrazioni, la Commissione chiaramente indica: «*I parametri della concorrenza corrispondono tipicamente alle caratteristiche dei prodotti e dei servizi (finali) apprezzate dai consumatori, quali, ad esempio, il prezzo, la qualità, l'innovazione, l'impatto ambientale e la protezione dei dati personali e della privacy*»¹⁶⁴⁸, addirittura affermando che la protezione dei dati personali e della *privacy* possano assumere valenza di parametro competitivo autonomo. Anche tale opzione risulta praticabile.

Ad ogni modo, sebbene la rilevanza della tutela della vita privata come componente della qualità di un servizio digitale sia oggi pacifica (e, rivoluzionaria se paragonata ai precedenti approcci della Commissione), nel capitolo sesto si va oltre. Si studia la difficoltà di valutare la diminuzione della qualità del servizio (quindi della vita privata) al fine di integrare la riduzione del parametro competitivo ed attivare l'intervento di concorrenza, prospettando soluzioni¹⁶⁴⁹.

Dato il carattere particolarmente soggettivo e personale di qualità del servizio e, dato il carattere soggettivo della valutazione della *privacy*¹⁶⁵⁰, si rendeva necessario individuare un parametro univoco da cui desumere la riduzione della qualità del servizio e, dunque, della tutela della vita privata. Si sostiene, senza ombra di dubbio, che il punto specifico in cui un degrado della qualità possa innescare l'intervento dell'autorità *antitrust*, sia costituito dalla violazione delle disposizioni in materia di tutela della *privacy* e di protezione dei dati personali come previsto dal Regolamento GDPR (UE) 679/2016. La violazione di tali normative – dunque, la riduzione dei livelli di tutela accordati ai portatori di tali diritti – determina la riduzione qualitativa del servizio offerto. Qualora, invece, tali garanzie risultino formalmente rispettate e la piattaforma dominante preveda uno *standard* addirittura superiore a quello “minimo” previsto dal GDPR in termini di protezione dei dati personali,

¹⁶⁴⁸ European Commission, *Competition Policy Brief, Non-Price Competition: EU Merger Control Framework and Case Practice*, 2024, p. 1.

¹⁶⁴⁹ Si rimanda al capitolo sesto, par. 6.3.1.

¹⁶⁵⁰ Si rimanda al capitolo secondo, par. 2.3.

la riduzione della qualità si deve valutare caso per caso, a seconda della fattispecie di riferimento e conducendo indagini presso i consumatori.

Quanto detto, si noti, non vale ad affermare la necessaria prevalenza della protezione dei dati personali e della *privacy*, posto il loro *status* giuridico privilegiato nel diritto dell'Unione¹⁶⁵¹. Questi, devono essere bilanciati con altri possibili effetti che possono derivare dalle condotte delle imprese dominanti, né possono costituire un pretesto per legittimare condotte anticoncorrenziali¹⁶⁵². In tale prospettiva, è stata esaminata la decisione dell'Autorità della concorrenza francese nel caso *Apple – App Tracking Transparency (ATT)*, la quale evidenzia il *trade-off* tra l'aumento delle garanzie di tutela della *privacy* degli utenti e il rischio di distorsioni concorrenziali a danno degli operatori concorrenti¹⁶⁵³.

In secondo luogo, sempre nel capitolo sesto, si sostiene che l'ulteriore via per incorporare la protezione dei dati e la *privacy* nei parametri di concorrenza, consista nell'inquadrare la *privacy* dell'ambito del concetto di scelta del consumatore (la cd. *consumer choice*¹⁶⁵⁴).

È tramite lo studio delle opere di Adam Smith, in *The Wealth of Nation*¹⁶⁵⁵, che è stato individuato il fondamento e la rilevanza del concetto di scelta dei consumatori. Come già indicato nel capitolo terzo, Smith, elaborando il concetto della mano invisibile, ritiene che siano i mercati competitivi a guidare le imprese e i consumatori, al fine di promuovere il benessere generale¹⁶⁵⁶. In questo senso, la scelta dei consumatori tra servizi e prodotti differenti dei produttori viene intesa come la forza

¹⁶⁵¹ Difatti, costituiscono diritti fondamentali ai sensi degli articoli 7 e 8 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea. Si rimanda al capitolo secondo per la loro trattazione dettagliata e, ai paragrafi 9.5 e 9.6 del presente capitolo.

¹⁶⁵² Così anche G. COLANGELO, *Il caso Apple mostra come limitare la concorrenza con la chiave della privacy*, in *Il Foglio*, 25 novembre 2025, p. 4.

¹⁶⁵³ Autorité de la concurrence, *Decision 25-D-02 of 31 March 2025 regarding practices implemented in the sector for mobile application advertising on iOS devices*, 2025. Si rimanda al capitolo sesto par. 6.7.2. Inoltre, si sottolinea come le pratiche di consenso previste da Apple abbiano generato confusione nei consumatori.

¹⁶⁵⁴ Si veda l'importante opera di N. W. AVERITT, R. H. LANDE, *Consumer choice: the practical reason for both antitrust and consumer protection law*, op. cit.

¹⁶⁵⁵ A. SMITH, *The Wealth of Nations*, op. cit.

¹⁶⁵⁶ *Ibidem*, Libro IV, cap. II, p. 400, Smith affermò espressamente che, «*dirigendo (l') industria in modo tale che i suoi prodotti possano essere del massimo valore, egli [cioè, l'individuo] intende solo il proprio guadagno, e in questo, come in molti altri casi, è guidato da una mano invisibile a promuovere un fine che non faceva parte della sua intenzione*», traduzione dell'autrice.

trainante della concorrenza che, in ultima analisi, porta alla promozione del benessere generale. In altri termini, la concorrenza è concepita come rivalità tra produttori, che nelle loro decisioni di produzione e fornitura sono guidati dalle scelte dei consumatori¹⁶⁵⁷. I produttori, pertanto, offrono al mercato ciò che i consumatori scelgono.

La successiva scuola di pensiero ordoliberal, dalle cui idee i padri fondatori dell'Unione hanno redatto le disposizioni di concorrenza previste dai trattati¹⁶⁵⁸, riprendono l'intuizione di Smith¹⁶⁵⁹. Il ruolo del diritto della concorrenza è (anche quello) di tutelare questa come ordine all'interno del quale gli individui (attori economici e consumatori) sono liberi di operare le proprie scelte sul mercato¹⁶⁶⁰. I consumatori (sovrani o capitani del mercato¹⁶⁶¹) devono poter effettuare delle scelte di mercato reali e, per far sì che ciò avvenga, è necessario che la struttura di mercato contempli una pluralità di imprese che offrono servizi alternativi.

Tuttavia, più è elevato il grado di concentrazione di mercato e minore è la libertà di scelta tra servizi differenti.

A partire da questi concetti, nel capitolo sesto si procede ad elaborare l'applicazione della scelta del consumatore ai mercati digitali. Si teorizzano le "dimensioni della scelta". Tradizionalmente, la scelta dei consumatori tutelata dal diritto della concorrenza è quella tra servizi e prodotti differenti, che verrebbe minata dall'esclusione dal mercato di

¹⁶⁵⁷ P. BEHRENS, *The consumer choice paradigm in German ordoliberalism and its impact on EU competition law*, op. cit., pp. 126-128.

¹⁶⁵⁸ Non si riprende qui la spiegazione, rimandando all'ampia trattazione svolta nel capitolo terzo, paragrafi 3.1, 3.5, 3.6, 3.7.

¹⁶⁵⁹ Questo è anche sottolineato da P. BEHRENS, *The consumer choice paradigm in German ordoliberalism and its impact on EU competition law*, op. cit., sez. III dell'articolo.

¹⁶⁶⁰ P. BEHRENS, *The consumer choice paradigm in German ordoliberalism and its impact on EU competition law*, op. cit. sez. IV, par. 5.

¹⁶⁶¹ L. VON MISES, *Human Action: A Treatise on Economics*, New York, 4a ed. 1996. La versione originale tedesca era pubblicato nel 1940, p. 269, «La direzione di tutte le attività economiche è, nella società di mercato, compito degli imprenditori. A loro spetta il controllo della produzione. Essi sono al timone e governano la nave. Un osservatore superficiale potrebbe credere che essi siano sovrani. Ma non è così. Essi sono vincolati a obbedire incondizionatamente agli ordini del capitano. Il capitano è il consumatore. Né gli imprenditori, né gli agricoltori, né i capitalisti determinano ciò che deve essere prodotto. Sono i consumatori a farlo. Se un uomo d'affari non obbedisce scrupolosamente agli ordini del pubblico, quali gli vengono trasmessi dalla struttura dei prezzi di mercato, egli subisce perdite, fallisce e viene così rimosso dalla sua posizione eminente al timone. Altri uomini, più capaci di soddisfare la domanda dei consumatori, prendono il suo posto», traduzione dell'autrice.

operatori economici alternativi; questo, nel capitolo, viene indicato come scelta in una dimensione “esterna”. La riduzione della scelta tra servizi digitali differenti nei mercati digitali è evidenziata sia dalle decisioni della Commissione¹⁶⁶², sia dalla realtà dei mercati: non ci sono concorrenti alternativi alle note piattaforme digitali (Google, Apple, Amazon, Meta, Microsoft) o, per lo meno, non sono ampiamente utilizzati dai consumatori.

Tuttavia, nei mercati digitali non si registra soltanto un’assenza di concorrenza effettiva e di prodotti sostituibili; tali mercati sono altresì caratterizzati dall’assenza di una competizione tra modelli di servizio fondati su differenti standard di protezione dei dati personali¹⁶⁶³. L’utente non dispone di un’alternativa reale tra un servizio più rispettoso della *privacy* e uno meno garantista, il che rivela una forma di omologazione concorrenziale che svuota di significato la libertà di scelta.

Si sostiene che i consumatori trarrebbero beneficio da una concorrenza tra imprese volta a migliorare la tutela dei dati personali, al pari di quanto beneficiano di una concorrenza per la riduzione dei prezzi.

La mancanza di concorrenza su tale parametro, tuttavia, è dovuta ad una questione che è evidenziata da questo lavoro di ricerca: una concorrenza per l’offerta di livelli di tutela dei dati elevati – anche oltre lo standard minimo del GDPR – determinerebbe una minore quantità di dati personali raccolti e trattati e, dunque, minori entrate economiche per la piattaforma¹⁶⁶⁴.

La riflessione sulle caratteristiche della concorrenza nei mercati digitali e sulla tradizione ordoliberalista della scelta del consumatore ha permesso di avanzare un’ulteriore dimensione di scelta del consumatore: la sua dimensione “interna” rispetto alle condizioni (di *privacy policy*) del servizio a cui accedono.

¹⁶⁶² Commissione europea, decisione AT.39740, *Google Search (Shopping)*, 27 luglio 2017, pp. 27-55.

¹⁶⁶³ Sulla concorrenza per il profilo della protezione dei dati personali, si veda F. COSTA-CABRAL, O. LYNSEY, *Family ties: the intersection between data protection and competition*, op. cit.

¹⁶⁶⁴ Questo è evidenziato, tra gli altri, nel capitolo settimo, in cui si espongono gli obblighi del regolamento (UE) 1925/2022, *Digital Markets Act* (DMA) e, la sanzione irrogata nei confronti di Meta per aver implementato il modello “*Consent or Pay*”, piuttosto che fornire agli utenti la possibilità di scelta ai propri servizi digitali gratuitamente e senza il trattamento dei dati personali per la pubblicità personalizzata.

In questa prospettiva, gli utenti devono disporre di modalità di accesso granulari ai servizi, potendo scegliere in modo informato quali e quanti dati personali condividere, senza subire discriminazioni o limitazioni nell'utilizzo del servizio in caso di rifiuto. La restrizione della libertà di scelta dei consumatori riguarda le condizioni e le modalità concrete di accesso a tali servizi, che incidono direttamente sull'autodeterminazione informativa dei consumatori, sull'equità e sulla proporzionalità dello scambio e del vantaggio attribuito alla piattaforma.

Tale dimensione "interna" della scelta, rileva per le teorie di concorrenza, nel momento in cui è il frutto dell'esercizio abusivo del potere dell'impresa.

La rilevanza di tale concettualizzazione è confermata dall'articolo 5, paragrafo 2 del Regolamento (UE) 1925/2022 *Digital Markets Act*¹⁶⁶⁵. Tale articolo impone un vero e proprio obbligo alle piattaforme designate come *gatekeeper*, a fornire agli utenti la scelta tra l'accesso a servizi digitali con un trattamento dei dati personali a fini di pubblicità personalizzata e l'accesso al medesimo servizio senza il trattamento dei dati personali a fini di pubblicità personalizzata¹⁶⁶⁶. Inoltre, gli utenti devono prestare il proprio consenso sia alla combinazione e sia all'utilizzo incrociato dei propri dati tra i servizi di piattaforma (CPS) che sono offerti dal *gatekeeper*.

Un'impostazione simile è ravvisabile nel caso *Apple Music Streaming*¹⁶⁶⁷. La Commissione europea ha sottolineato il danno non economico ai consumatori in termini di riduzione della scelta offerta agli utenti Apple, rispetto alle modalità di sottoscrizione agli abbonamenti

¹⁶⁶⁵ Regolamento (UE), 1925/2022, *Digital Markets Act*, (DMA) art. 5, par. 2.

¹⁶⁶⁶ *Ibidem*, considerando 36 «Per non compromettere in modo sleale la contendibilità dei servizi di piattaforma di base, i gatekeeper dovrebbero consentire agli utenti finali di scegliere liberamente di seguire tali pratiche di trattamento dei dati e accesso con registrazione offrendo un'alternativa meno personalizzata ma equivalente, e senza subordinare l'utilizzo del servizio di piattaforma di base o di talune sue funzionalità al consenso dell'utente finale» e considerando 37 «L'alternativa meno personalizzata non dovrebbe essere differente o di qualità inferiore rispetto al servizio fornito agli utenti finali che prestano il proprio consenso, a meno che il deterioramento della qualità non sia una conseguenza diretta del fatto che il gatekeeper non possa procedere al trattamento dei dati personali o fare accedere con registrazione gli utenti finali a un servizio. Non prestare il consenso non dovrebbe essere più complicato di prestare il consenso».

¹⁶⁶⁷ Commissione europea, decisione AT.40437 – *Apple – App Store Practices (Music Streaming)*, cit.

Spotify, qualificandolo come abuso di posizione dominante da sfruttamento ai sensi del 102 TFUE.

Ulteriormente, nel 2021 è entrato in vigore il decimo emendamento alla legge tedesca sulla concorrenza (*GWB Digitalization act*), modernizzando ed estendendo il controllo delle pratiche abusive¹⁶⁶⁸. Nello specifico, ai sensi della sezione 19°, paragrafo 4a del GWB, l'autorità di concorrenza può vietare, all'impresa designata come impresa di fondamentale importanza per la concorrenza nel mercato¹⁶⁶⁹, di «*subordinare l'utilizzo dei servizi al fatto che l'utente accetti il trattamento dei dati provenienti da altri servizi dell'impresa o da un fornitore terzo senza dare all'utente una scelta sufficiente se, come e a quale scopo tali dati siano trattati*»¹⁶⁷⁰. In altri termini, vieta l'abuso di posizione dominante da sfruttamento che si sostanzia nell'imposizione di termini e condizioni che concernono direttamente la *privacy* (le *privacy policy* o i T&C sulla *privacy*), qualora agli utenti non venga fornita una scelta effettiva.

Dalle considerazioni complessivamente svolte nella ricerca, dunque, si sostiene che qualora un'impresa dominante limiti o alteri tali parametri, sia ipotizzabile una restrizione dei parametri concorrenza meritevole di attenzione da parte delle autorità competenti. Una più chiara definizione di questo quadro analitico, che potrebbe trovare progressiva formalizzazione attraverso strumenti di *soft law* o prassi interpretative da parte della Commissione o delle Autorità garanti, contribuirebbe ad accrescere la prevedibilità delle decisioni in materia.

Infine, posta la rilevanza dei dati personali e della *privacy* come parametri di concorrenza, nel capitolo sesto, si è proceduto a teorizzare un aggiornamento delle metodologie di calcolo del mercato rilevante¹⁶⁷¹.

Nell'ambito del calcolo del mercato rilevante e, rispettivamente alla sostituibilità della domanda, si propone il perfezionamento del test

¹⁶⁶⁸ Legge tedesca sulla concorrenza, (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*), Bundesgesetzblatt (Federal Law Gazette) I, 2013, p. 1750.

¹⁶⁶⁹ *Ibidem*, sez. 19a, par. 1 (traduzione dell'autrice).

¹⁶⁷⁰ *Ibidem*, sez. 19a, rubricata «*Abusive Conduct of Undertakings of Paramount Significance for Competition Across Markets*», par. 4 (traduzione dell'autrice).

¹⁶⁷¹ Per la definizione di mercato rilevante e le considerazioni svolte, si veda capitolo sesto.

SSNIP¹⁶⁷² test SSNDQ¹⁶⁷³, al fine di catturare gli effetti della riduzione della *privacy* sulle scelte dei consumatori. Si teorizza una variante a tali test, il test SSNDP (*Small but Significant Non-Transitory Decrease in Privacy*)¹⁶⁷⁴. Tale test offrirebbe una metrica coerente con la natura dei mercati *zero-price*. In questo caso, al fine di individuare il novero dei prodotti appartenenti al medesimo mercato (il mercato rilevante), sarebbe possibile ipotizzare una riduzione significativa e non transitoria dei livelli di *privacy* e di protezione dei dati personali previsti dall'impresa, al fine di valutare se, i consumatori, dinnanzi a tale riduzione, siano propensi a rivolgersi a piattaforme alternative. Questo contribuirebbe a individuare le pressioni competitive nei mercati di prodotti offerti gratuitamente ed il potere dominante della piattaforma sul lato gratuito del mercato¹⁶⁷⁵. Si analizza la mancanza di ostacoli sia normativi che tecnici all'implementazione di tale test.

8.4 Riscoprire l'abuso di posizione dominante da sfruttamento nei mercati digitali

Nei capitoli terzo e sesto, ulteriormente, si è proceduto ad analizzare la categoria degli abusi di posizione dominante da sfruttamento,

¹⁶⁷² Lo strumento tradizionale utilizzato per il calcolo del mercato rilevante (nell'ambito della sostituibilità della domanda) è il cosiddetto SSNIP test (*small but significant non-transitory increase in price*), che mira a individuare l'insieme dei prodotti o servizi tra i quali i consumatori sostituirebbero le proprie scelte a fronte di un piccolo ma significativo e non transitorio aumento di prezzo da parte di un ipotetico monopolista (compreso tra il 5 % e il 10 %).

¹⁶⁷³ Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza (C/2024/1645), par. 3.

¹⁶⁷⁴ Questo lo si desume dalla Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza (C/2024/1645), par. 15. «*Nel definire il mercato rilevante, la Commissione prende in considerazione i vari parametri della concorrenza che i clienti considerano pertinenti nel settore e nel periodo valutati. Tali parametri possono contemplare il prezzo del prodotto, ma anche il suo grado di innovazione, la sua qualità sotto vari aspetti (quali, ad esempio, la sostenibilità, l'efficienza delle risorse, la durata, il valore e la varietà di usi offerti dal prodotto, la possibilità di integrarlo con altri prodotti, l'immagine trasmessa o la sicurezza e la tutela della vita privata) (...) L'importanza relativa che i clienti assegnano a tali parametri può cambiare nel corso del tempo*»

¹⁶⁷⁵ Similmente, E. DEUTSCHER, *How to Measure Privacy-Related Consumer Harm in Merger Analysis? A Critical Reassessment of the EU Commission's Merger Control in Data-Driven Markets*, op. cit., pp. 15 e ss.

vietati ai sensi dell'102 TFUE¹⁶⁷⁶. Tale categoria è caratterizzata da una casistica decisionale e giurisprudenziale ridotta, oltre che da teorie del danno basate sullo sfruttamento (ovvero, sull'estrazione di un *surplus*) economico dei consumatori europei.

Tuttavia, negli ultimi anni, tale categoria concettuale è stata al centro di un ritrovato dibattito, soprattutto nei mercati digitali, proprio per la sua natura protettiva nei confronti dei consumatori¹⁶⁷⁷.

Pertanto, nel capitolo sesto, le categorie tradizionali dell'abuso di sfruttamento vengono rimodellate per essere applicate ai mercati a prezzo zero, al fine di teorizzare ipotesi di sfruttamento dei consumatori digitali in termini di estrazione indebita di un *surplus* informativo derivante dai dati personali.

La ricerca ha messo in mostra come l'eccessiva raccolta di dati personali possa essere affrontata con le due articolazioni dell'articolo 102 del TFUE, lettera a), il quale ritiene abusiva una condotta che consiste «*nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque*»¹⁶⁷⁸.

La dottrina dei prezzi eccessivi presuppone, naturalmente, l'esistenza di un "prezzo". Pertanto, si propone un aggiustamento teorico, riprendendo i criteri *United Brands*¹⁶⁷⁹, ipotizzando una comparazione tra prezzi eccessivi ed una eccessiva raccolta di dati personali, al fine di catturare gli effetti da sfruttamento verso i consumatori. Si stabilisce inizialmente quali siano i dati personali che possano integrare l'elemento del "prezzo". A tal fine, si riprende quanto stabilito dalla Direttiva (UE) 770/2019, secondo la quale la "controprestazione" per l'accesso ai servizi digitali è rappresentata da quei dati non necessari all'esecuzione del

¹⁶⁷⁶ Si rimanda per la trattazione dell'istituto a P. DE PASQUALE, F. FERRARO, *La disciplina di concorrenza applicabile alle imprese*, p. 263 e ss, in TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Vol. II, Editoriale Scientifica, 2025;

¹⁶⁷⁷ Sulla necessità di riscoprire l'abuso di posizione dominante da sfruttamento nei mercati digitali, si è espressa da ultimo A. C. WITT, *Unfair Trading Conditions—the Revival of a Dormant Concept of EU Competition Law*, op. cit., p. 1, «Negli ultimi anni, tuttavia, le principali agenzie europee per la concorrenza sembrano aver (ri)scoperto il concetto e lo hanno utilizzato per intervenire contro i presunti comportamenti sleali, principalmente da parte delle aziende Big Tech nei mercati digitali», traduzione dell'autrice.

¹⁶⁷⁸ Art. 102, TFUE, par. 2, lettera a).

¹⁶⁷⁹ C. giust. UE, sentenza 14 febbraio 1978, in causa 27/76, *United Brands/Commissione*, par. 250 e ss.

contratto, finalizzati alla monetizzazione secondaria tramite la pubblicità personalizzata, miglioramento del servizio e personalizzazione dei contenuti¹⁶⁸⁰. Successivamente, si valuta la sproporzione rispetto al costo o valore percepito del servizio digitale (in altri termini, la *willingness to “share”* i dati personali) e, si valuta l'eccessività dei dati raccolti (e delle connesse finalità) in sé (in termini assoluti) o a servizi comparabili (in termini relativi).

In questo caso, si è utilizzato a fini integrativi il *benchmark normativo* del GDPR, la cui violazione può costituire indice di eccessività e sproporzione dei dati raccolti, integrando tale forma di abuso.

Ulteriormente, sono stati adattati i criteri elaborati dall'Avvocato Generale Whal, nelle sue conclusioni in *Latvian Copyright Society*¹⁶⁸¹. L'AG ha suggerito la formulazione di alcuni principi applicabili ai prezzi eccessivi ai sensi dell'articolo 102 TFUE¹⁶⁸², i quali sono stati rielaborati rispetto ai mercati digitali. A tal fine, la ricerca ipotizza la configurazione di prezzi eccessivi in presenza di:

1) presenza di barriere all'ingresso ed espansione¹⁶⁸³: in questo caso, nel capitolo terzo, sono state messe in luce le barriere all'ingresso presenti nei

¹⁶⁸⁰ Direttiva (UE) 770/2019, art. 3. Questo si applica «fatto salvo il caso in cui i dati personali forniti dal consumatore siano trattati esclusivamente dall'operatore economico ai fini della fornitura del contenuto digitale o del servizio digitale a norma della presente direttiva o per consentire l'assolvimento degli obblighi di legge cui è soggetto l'operatore economico e quest'ultimo non tratti tali dati per scopi diversi da quelli previsti».

¹⁶⁸¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl, 6 aprile 2017, causa C-177/16, *Latvian Copyright Society*, cit.

¹⁶⁸² *Ibidem*, par. 46, in cui l'AG ha ritenuto che i criteri *United Brands* potessero essere difficili da rintracciare nella pratica: «possono esservi casi in cui solo uno di questi metodi di determinazione del prezzo di riferimento può essere disponibile oppure idoneo. In questi casi, ritengo di estrema importanza che l'autorità prenda in considerazione altri indicatori, che siano in grado di avvalorare o, per converso, di mettere in dubbio il risultato di tale metodo».

¹⁶⁸³ *Ibidem*, par. 48, «In primo luogo, un prezzo non può essere facilmente fissato in modo significativo al di sopra del livello concorrenziale quando il mercato non è protetto da rilevanti barriere all'ingresso o all'espansione. In caso contrario, come già detto, il mercato dovrebbe in linea di principio essere in grado di auto-correggersi nel breve-medio termine: i prezzi elevati normalmente dovrebbero attirare nuovi concorrenti o incoraggiare i concorrenti esistenti ad espandersi. Ecco perché – come dichiarato all'inizio delle presenti conclusioni – sono convinto che i prezzi non equi ai sensi dell'articolo 102 TFUE possano esistere solo in mercati regolamentati, in cui le autorità pubbliche esercitano qualche forma di controllo sull'intensità della domanda e, di conseguenza, lo spazio per una concorrenza libera e aperta è ridotto. Ovviamente più sono elevate e durature le barriere create dal legislatore, più un'impresa dominante dovrebbe essere in grado di esercitare il proprio potere di mercato».

mercati digitali come ostacoli all'interoperabilità, gli effetti *lock-in* e *switching costs* elevati;

2) assenza di autorità di regolamentazione di settore apposite per reprimere ipotesi di prezzi eccessivi¹⁶⁸⁴: sul punto, si ritiene che, nonostante la presenza delle autorità dei dati, l'intervento delle autorità di concorrenza sia legittimato al seguito della sentenza della Corte di Giustizia *Meta Platforms* (C-252/21), la quale attribuisce la competenza alle autorità di concorrenza a valutare, *incidenter tantum*, la violazione delle disposizioni del GDPR¹⁶⁸⁵;

3) presenza di controparti contrattuali dell'impresa dominante con ridotto potere di acquisto o negoziazione¹⁶⁸⁶: precisamente, nei capitoli quarto e quinto è stato evidenziato lo squilibrio di potere e le asimmetrie informative tra piattaforme dominanti e consumatori. Nella stessa giurisprudenza della Corte di giustizia nel caso *Meta Platforms* (C-252/21), si stabilisce che sia la posizione dominante della piattaforma a rendere il consenso non libero, qualora all'utente sia richiesto di fornire una quantità di dati personali diversa (per estensione e fonte di raccolta) da quella che avrebbero accettato in una situazione di concorrenza effettiva.

La ricerca dimostra che tali teorizzazioni siano percorribili, seppur sia necessario adattarle alla fattispecie concreta di riferimento e la necessità di ulteriori ricerche di tipo economico in materia. Dopotutto, il diritto

¹⁶⁸⁴ Conclusioni dell'AG N. Wahl, C-177/16, *Latvian Copyright Society*, cit. par. 49 «è più improbabile che si raggiunga un prezzo notevolmente superiore a un prezzo concorrenziale nei mercati in cui vi è un regolatore di settore che ha il compito, tra l'altro, di fissare o vigilare sui prezzi praticati dalle imprese attive in tale settore. Le autorità di settore sono chiaramente meglio attrezzate rispetto alle autorità garanti della concorrenza per vigilare sui prezzi e, se necessario, agiscono per porre rimedio ad eventuali abusi».

¹⁶⁸⁵ C. giust. UE, 4 Luglio 2023, C-252/2, *Meta Platforms*, cit. par. 37-43.

¹⁶⁸⁶ Conclusioni dell'AG N. Wahl, C-177/16, *Latvian Copyright Society*, cit. par. 50, «In terzo luogo, un'impresa con potere di mercato è chiaramente meno in grado di sfruttare la sua posizione quando negozia con acquirenti di spessore. Per fare un esempio, per quanto riguarda le licenze per l'utilizzo delle opere musicali protette da diritti d'autore, la posizione negoziale dei piccoli negozi è verosimile che sia diversa da quella delle piattaforme internazionali (come Spotify) o dei gruppi di imprese grandi e sofisticate (come le «major» di Hollywood). La dimensione e la forza finanziaria di un'impresa (o di un gruppo di imprese) potrebbero effettivamente avere un peso significativo nelle trattative. Tuttavia, può anche essere di grande importanza in questo contesto la misura in cui i prodotti oggetto di licenza costituiscono un contributo importante (o addirittura indispensabile) per l'attività dei clienti».

della concorrenza è un diritto casistico e le sue teorie del danno si evolvono e si affastellano al seguito della prassi decisionale.

Successivamente, si è proceduto ad analizzare l'altra categoria rilevante ai sensi dell'articolo 102 del TFUE lettera a), relativa alle «*altre condizioni di transazione non eque*».

Si prende le mosse dalla vicenda *Facebook/Bundeskartellam* che ha fornito la teoria del danno per condizioni contrattuali inique. Tuttavia, questo è avvenuto alla luce del diritto nazionale di concorrenza tedesco, ossia la Sezione 19 del GWB¹⁶⁸⁷, che disciplina l'abuso di posizione dominante nel diritto tedesco della concorrenza e sui suoi precedenti e, non, sull'articolo 102 TFUE¹⁶⁸⁸.

Alla luce di ciò, ho proceduto alla formulazione della teoria del danno ai sensi dell'articolo 102 TFUE, riconducendo l'analisi al quadro giuridico dell'Unione.

In tale ricostruzione, si sostiene sia necessario fare riferimento alle condizioni contrattuali previste all'interno delle *privacy policy* e/o termini e condizioni d'uso predisposte dalla piattaforma, al fine di valutare la loro iniquità. Per tale valutazione, vengono mutati i criteri elaborati dalla Corte di Giustizia ha fornito puntali indicazioni nel caso *Meta* che, alla luce della giurisprudenza in materia come *SABAM*¹⁶⁸⁹, *DSD*¹⁶⁹⁰ e *Michelin*¹⁶⁹¹, possono avallare tale impostazione senza eccessive criticità applicative.

In altre parole, le condizioni contrattuali relative alle *privacy policy* e al trattamento dei dati personali possono essere considerate inique ai sensi dell'articolo 102, lettera a), del TFUE quando non sono necessarie o

¹⁶⁸⁷ Legge tedesca sulla concorrenza, (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*), Bundesgesetzblatt (Federal Law Gazette) I, 2013, p. 1750, cit. sez. 19.

¹⁶⁸⁸ Questo ha comportato che la costruzione della teoria del danno operata dall'autorità di concorrenza, si sia basata su precedenti nazionali e non su precedenti comunitari. Si veda capitolo quinto per ulteriori precisazioni. La Corte d'Appello tedesca, Oberlandesgericht, ha successivamente sollevato domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 del TFUE, al fine di valutare la compatibilità della decisione con il diritto europeo.

¹⁶⁸⁹ C. giust. UE, sentenza 27 marzo 1974, in causa C-127/73 *BRT v SABAM*, cit.

¹⁶⁹⁰ Commissione europea, decisione COMP/34.493, *Duales System Deutschland (DSD)*, cit. par. 112. Per il criterio di proporzionalità rimanda a C. giust. UE, sentenza 14 febbraio 1978, in causa 27/76, *United Brands/Commissione*, par. 190.

¹⁶⁹¹ C. giust. UE, sentenza 9 novembre 1983, in causa 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-industrie-Michelin*, cit.

proporzionate rispetto al loro oggetto¹⁶⁹², limitano i diritti dei consumatori più di quanto sia necessario¹⁶⁹³, limitano la scelta tra opzioni più favorevoli (dimensione interna) e si caratterizzano per assenza di trasparenza¹⁶⁹⁴. Richiede altresì di svolgere una valutazione dell'equilibrio degli interessi coinvolti, al fine di valutare la proporzionalità della pratica¹⁶⁹⁵. Nel caso *Meta Platforms* (C-252/21) la Corte di Giustizia aggiunge ulteriori elementi da considerare: 1) la personalizzazione dei contenuti per la pubblicità personalizzata o dei contenuti, non può considerarsi necessaria per la fornitura del servizio digitale di *social network*¹⁶⁹⁶; 2) il trattamento dei dati deve essere necessario per la realizzazione dell'interesse legittimo dell'impresa (la libertà economica dell'impresa e alla realizzazione del profitto¹⁶⁹⁷), e gli interessi o le libertà

¹⁶⁹² C. giust. UE, sentenza 27 marzo 1974, in causa C-127/73 *BRT v SABAM* cit., par. 15, «*obblighi che non sono assolutamente necessari al conseguimento del suo obiettivo e che, di conseguenza, ledono in modo ingiustificato la libertà di un membro di esercitare i propri diritti d'autore*».

¹⁶⁹³ La Commissione europea ha interpretato tale criterio in Commissione europea, decisione IV/29.971, *GEMA statutes* 82/204/EEC, cit., par. 36, «*ecceda i limiti assolutamente necessari per una protezione effettiva (criterio dell'indispensabilità) e se esso limiti la libertà del singolo titolare del diritto d'autore di disporre della sua opera non più del necessario (equità)*».

¹⁶⁹⁴ C. giust. UE, sentenza 9 novembre 1983, causa 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-industrie-Michelin*, cit. par. 14, «*sfrutta la propria posizione dominante in modo abusivo ai sensi dell'art. 86 del trattato l'impresa che vincoli a se i rivenditori mediante un sistema di sconti concessi in ragione delle quantità vendute in un determinato periodo di riferimento relativamente lungo, in modo che alla fine del periodo stesso aumenti per l'acquirente l'incentivo ad effettuare gli acquisti necessari per ottenere il vantaggio o non subire la perdita prevista per l'intero periodo, tanto più se l'effetto sia accentuato dalla notevole differenza fra la quota di mercato dell'impresa dominante e quelle dei suoi principali concorrenti, i quali devono tener conto del valore assoluto dello sconto annuale per obiettivo dell'impresa dominante e fissare il proprio sconto, in termini relativi rispetto al volume più ridotto degli acquisti del rivenditore presso di essi, in una percentuale molto elevata e se la mancanza di trasparenza dell'intero sistema di sconti dell'impresa dominante fa sì che i rivenditori si trovino in una situazione d'incertezza e non possano generalmente prevedere con sicurezza le conseguenze del conseguimento o meno dei loro obiettivi*».

¹⁶⁹⁵ *Ibidem*, par. 112.

¹⁶⁹⁶ C. giust. UE, 4 Luglio 2023, C-252/2, *Meta Platforms*, par. 102.

¹⁶⁹⁷ Regolamento (UE) 679/2016, GDPR, considerando 4, «*Il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo. Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità*» tra cui «*la libertà d'impresa*». In questo caso, è la previsione delle finalità del trattamento, possono presentare varie finalità e, una delle più note, è l'utilizzo a finalità commerciale dei dati personali. Tuttavia, si ritiene sia necessario valutare, caso per caso, se il trattamento previsto sia necessario al perseguimento della finalità prevista.

e i diritti fondamentali della persona interessata non devono prevalere su tali finalità¹⁶⁹⁸.

Ulteriormente, l'assenza di trasparenza nelle *privacy policy* è l'elemento fondamentale nella teoria del danno in *Google/Bundeskartellamt*¹⁶⁹⁹.

E' stata formulata l'applicabilità dei criteri sopra richiamati anche a casi ulteriori e ipotetici che, pur non ancora oggetto di interventi giurisprudenziali, sollevano questioni rilevanti sotto il profilo della proporzionalità, della necessità, della trasparenza e della libertà di scelta dell'utente¹⁷⁰⁰.

Un primo esempio può essere rappresentato dalla modifica unilaterale delle condizioni di *privacy* da parte del titolare del trattamento, effettuata senza preventiva comunicazione agli utenti e senza l'acquisizione di un nuovo consenso. Tale prassi, risulterebbe problematica in quanto altera retroattivamente il quadro informativo su cui l'utente aveva fondato la propria decisione di aderire al servizio, violando i principi di correttezza e trasparenza di cui all'art. 5, paragrafo 1, lettera a) GDPR¹⁷⁰¹, nonché i requisiti del consenso ai sensi degli articoli 4, paragrafo 1¹⁷⁰² e 7, paragrafo 4 del GDPR¹⁷⁰³.

Un'ulteriore ipotesi riguarda la modifica retroattiva delle condizioni di trattamento, con la quale il titolare preveda la condivisibilità dei dati personali precedentemente raccolti con soggetti terzi o il

¹⁶⁹⁸ C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/2, *Meta Platforms*, par. 105 e ss. Questo ragionamento è piuttosto interessante. In linea generale, si basa sul cd. triplice test previsto per l'utilizzo come base giuridica dell'articolo 6, lettera f), cd. base giuridica dell'interesse legittimo. La Corte prevede che, nel caso Meta, le esigenze di sicurezza e personalizzazione dei servizi non fossero in grado di superare gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali degli utenti.

¹⁶⁹⁹ *Bundeskartellamt*, B7-70/21, Decision pursuant to Section 19a (2). L'autorità di concorrenza, dopo aver valutato la mancanza di scelta per gli utenti rispetto al trattamento dei dati personali e la mancanza di trasparenza ai sensi del GDPR, ha imposto alla piattaforma l'ordine di conformarsi all'articolo 19a, paragrafo 2, punto 4 (a) «*subordinare l'uso dei servizi al consenso dell'utente al trattamento dei dati di altri servizi dell'impresa o di un fornitore terzo senza dare all'utente una scelta sufficiente su se, come e per quale scopo tali dati siano trattati*».

¹⁷⁰⁰ Si veda, sulla posizione debole del consumatore rispetto alla controparte contrattuale e alla necessità di trasparenza delle clausole contrattuali F. BATTAGLIA, *Il consumatore digitale nel diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. 62 e ss.

¹⁷⁰¹ Regolamento (UE) 679/2016, GDPR, articolo 5, paragrafo 1, lettera a), che prevede i principi di «*liceità, correttezza e trasparenza*».

¹⁷⁰² *Ibidem*, art. 4, par. 11.

¹⁷⁰³ *Ibidem*, art. 7, par. 4.

loro utilizzo per finalità nuove e ulteriori, come, ad esempio, l'addestramento di modelli di intelligenza artificiale (IA) o l'elaborazione di sistemi predittivi. In tali casi, la modifica viene comunicata solo in un momento successivo, quando i dati sono già stati riutilizzati o condivisi. Questa condotta risulterebbe lesiva dei principi di limitazione della finalità (art. 5, paragrafo 1, lettera b) del GDPR¹⁷⁰⁴) e di minimizzazione del trattamento (art. 5, paragrafo 1, lettera c) GDPR¹⁷⁰⁵), poiché consente un uso dei dati eccedente e non proporzionato rispetto agli scopi originari per i quali erano stati conferiti. Questo determinerebbe, inoltre, un serio rischio di asimmetria informativa e di riduzione della concorrenza tra servizi, poiché gli utenti, non essendo tempestivamente informati, non possono valutare alternative più rispettose della propria *privacy* (posta la loro esistenza).

Ancora, un profilo di particolare rilievo è quello dell'ottenimento del consenso mediante meccanismi manipolativi o ingannevoli, riconducibili ai cosiddetti *dark pattern*¹⁷⁰⁶. Tali tecniche, consistenti in interfacce progettate per indurre l'utente a compiere scelte favorevoli al titolare, violano il principio di consenso informato e inequivocabile di cui all'art. 4, paragrafo 11 del GDPR, nonché la *ratio* complessiva del regolamento, che fonda la legittimità del trattamento sulla libertà sostanziale del soggetto interessato. Si pensi, ad esempio, alla presentazione di *banner* per la raccolta del consenso in cui il pulsante "Accetta tutto" è evidenziato graficamente, mentre l'opzione "Rifiuta" è nascosta o collocata in sezioni meno accessibili. Oppure, si pensi alle informative strutturate in modo volutamente complesso o ambivalente, che rendono difficile la comprensione delle effettive conseguenze della scelta. Similmente, anche la modifica successiva della *privacy policy* accompagnata da un'interfaccia disegnata per favorire l'accettazione automatica delle nuove condizioni costituisce una forma di manipolazione cognitiva, idonea a neutralizzare la volontà consapevole dell'utente.

¹⁷⁰⁴ Ibidem, art. 5, par. 1, lett. b) che prevede il principio di «limitazione della finalità»

¹⁷⁰⁵ Ibidem, lett. c), che prevede il principio di «minimizzazione dei dati».

¹⁷⁰⁶ Si veda European Data Protection Board (EDPB), *Guidelines 3/2022 on Dark patterns in social media platform interfaces: How to recognise and avoid them*, op. cit.

Tali prassi, benché formalmente presentate come aggiornamenti contrattuali o scelte “tecniche”, incidono in realtà sulla struttura concorrenziale del mercato digitale, poiché restringono la possibilità per il consumatore di orientarsi verso soluzioni alternative e più rispettose della propria sfera informativa. Esse, pertanto, non solo si pongono in contrasto con i principi fondamentali del diritto alla protezione dei dati, ma possono anche configurare un profilo di abuso di posizione dominante ove poste in essere da imprese che godano di un significativo potere di mercato, determinando un effetto di *lock-in* informativo e di erosione della libertà contrattuale dell’utente-consumatore.

Infine, si è anche dimostrata l’utilizzabilità dei precedenti europei per sanzionare pratiche discriminatorie di fissazione algoritmica dei prezzi¹⁷⁰⁷, sia come prezzi eccessivi tanto come condizioni differenti per prestazioni equivalenti ai sensi dell’articolo 102 del TFUE, lett. c)¹⁷⁰⁸. Sebbene la questione sia ancora allo studio posta la rapidità dell’innovazione dei sistemi algoritmici, sono stati individuati spunti interessanti per individuare una teoria generale.

8.5 L’ampliamento del concetto di “benessere” dei consumatori

8.5.1 Dal “more economic approach” alla definizione del consumer welfare

Nel capitolo terzo, sono stati analizzati gli obiettivi del diritto europeo della concorrenza prendendo ad esempio il modello teorico offerto da Ezrachi: benessere dei consumatori, struttura efficace del mercato, equità, efficienza ed innovazione, libertà economica e libertà di competere, integrazione nel mercato interno¹⁷⁰⁹. In particolare, l’obiettivo del benessere dei consumatori, il cd. *consumer welfare*, è stato l’obiettivo più controverso nei dibattiti accademici, poiché caratterizzato da una

¹⁷⁰⁷ C. giust. UE, sentenza 19 aprile 2018, in causa C-525/16, *MEO*, cit.

¹⁷⁰⁸ Art. 102, par. 2, lettera c), TFUE, il quale ravvisa l’esistenza di abuso di posizione nella che si sostanzia «nell’applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza».

¹⁷⁰⁹ Si veda l’intero manoscritto di A. EZRACHI, *EU Competition Law Goals and the Digital Economy*, op. cit.

pronunciata vaghezza definitoria¹⁷¹⁰. Come commentò Werden «(...) *most would agree that the proper enforcement of the antitrust laws focuses on consumer welfare. But the superficial consensus on this point masks a deep disagreement about what ‘consumer welfare’ means*»¹⁷¹¹.

Sebbene ciò, la centralità del “consumatore” come obiettivo di concorrenza è evidenziata dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia. Lo scopo dell’articolo 102 del TFUE è «*quello di evitare che i comportamenti di un’impresa che detiene una posizione dominante abbiano l’effetto, a danno dei consumatori, di ostacolare, ricorrendo a mezzi o a risorse diversi da quelli su cui si impernia una concorrenza normale, la conservazione del grado di concorrenza esistente sul mercato o lo sviluppo di tale concorrenza*». Aggiunge che, tale disposizione, mira a sanzionare le pratiche che «*possono provocare un danno diretto ai consumatori*» e, «*quelle che li danneggiano indirettamente pregiudicando la struttura di effettiva concorrenza*»¹⁷¹².

Il capitolo terzo illustra la nozione di “benessere dei consumatori”, nel suo sostrato economico e nella visione della Commissione europea. Brevemente, la formula *consumer welfare* compare nell’opera dell’Autore e Giudice Robert Bork¹⁷¹³ ed è stata fatta propria dalla Scuola di Chicago¹⁷¹⁴. Successivamente, si evidenzia come la Commissione europea, si avvicini (sebbene sia dibattuta la misura dell’allineamento) ad una visione di concorrenza maggiormente economica, per convergere gli

¹⁷¹⁰ Cfr. C. giust. UE, sentenza del 19 aprile 2018, causa C-525/16, *MEO*, cit.

¹⁷¹¹ G. WERDEN, *Essays on Consumer Welfare and Competition Policy*, op. cit. p. 5.

¹⁷¹² C. giust. UE, sentenza 12 maggio 2022, C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, ECLI:EU:C:2022:379, par. C-85/7644. Per la costante giurisprudenza sul punto, si veda: C. giust. UE, sentenza 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche/Commissione*, cit., par. 91; sentenza 27 marzo 2012, C-209/10, *Post Danmark*, cit. par. 24; sentenza 30 gennaio 2020, C-307/18, *Generics (UK)* e a., cit. par. 148; sentenza 15 marzo 2007, C-95/04 P, *British Airways/Commissione*, cit. par. 106-107; sentenza 17 febbraio 2011, C-52/09, *TeliaSonera Sverige*, cit., par. 24.

¹⁷¹³ R. H. BORK, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, op. cit., p. 90, «*Consumer welfare is greatest when society’s economic resources are allocated so that consumers are able to satisfy their wants as fully as technological constraints permit. Consumer welfare, in this sense, is merely another term for the wealth of the nation*». Cfr. R. PARDOLESI, *Tutto (o quasi) quel che avreste voluto sapere sul principio del consumer welfare in diritto antitrust*, in op. cit., par. 1.2 e ss.

¹⁷¹⁴ Si veda, a tal proposito H. HOVENKAMP, *The Antitrust Text*, in *Indiana Law Journal*, 2023; E. FOX, *Against Goals*, in *Fordham Law Review*, 2018; W. E. KOVACIC, *The Chicago Obsession in the Interpretation of US Antitrust History*, op. cit.; L. KHAN, *The Ideological Roots of America’s Market Power Problem*, op. cit.

standard di concorrenza a livello internazionale ed affrontare le sfide di imprese già all'epoca globalizzate.

Il suo significato economico, tuttavia, è ben spiegato nel glossario redatto dall'OECD:

*«Consumer welfare refers to the individual benefits derived from the consumption of goods and services. In theory, individual welfare is defined by an individual's own assessment of his/her satisfaction, given prices and income. Exact measurement of consumer welfare therefore requires information about individual preferences. In practice, applied welfare economics uses the notion of consumer surplus to measure consumer welfare. When measured over all consumers, consumers' surplus is a measure of aggregate consumer welfare. In antitrust applications, some argue that the goal is to maximize consumers' surplus, while others argue that producer benefits should also be counted»*¹⁷¹⁵.

Il cd. *more economic approach*, ha determinato che il soggetto ultimo tutelato dall'azione di concorrenza sia il consumatore ed il suo benessere in termini economici. La Commissione europea elabora, nelle sue comunicazioni, una definizione di benessere dei consumatori; negli orientamenti sugli abusi di posizione dominante del 2009 ha affermato che l'attuazione coercitiva del 102 TFUE ha lo scopo di garantire che le imprese dominanti *«non ostacolino lo svolgimento della concorrenza effettiva precludendo il mercato ai loro concorrenti in modo anticoncorrenziale con conseguenti effetti negativi per il benessere dei consumatori, sia in forma di prezzi più elevati di quelli altrimenti vigenti sia in altra forma, ad esempio limitando la qualità o riducendo la scelta dei consumatori»*¹⁷¹⁶. Rimarcando la centralità del prezzo, afferma che *«l'espressione «aumentare i prezzi» comprende il potere di mantenere i prezzi al di sopra del livello concorrenziale e viene utilizzata per designare in forma abbreviata i vari modi in cui i parametri della concorrenza – quali prezzi, produzione, innovazione, varietà o qualità di*

¹⁷¹⁵ R. S. KHEMANI, D. M. SHAPIRO, *OECD Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, cit., p. 29.

¹⁷¹⁶ Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti cit., par. 19.

*beni o servizi – possono essere influenzati a beneficio dell'impresa dominante e a scapito dei consumatori»*¹⁷¹⁷.

Questo significa che, con la svolta verso il *more economic approach*, il benessere tutelato dal diritto della concorrenza è un benessere di tipo economico. Questo segue la logica della massimizzazione dell'interesse egoistico del consumatore, sulla scorta che lo stesso agisca nel mercato al fine di ottenere un *surplus* di tipo economico, posto che le transazioni sul mercato, tradizionalmente avvengono a fronte del pagamento di un corrispettivo.

Coerentemente con questo approccio, la rilevanza della qualità e della scelta, quali parametri di concorrenza, viene riportata ad una valutazione sulla base di presupposti legati al prezzo pagato per il prodotto o servizio¹⁷¹⁸. Difatti, nel tentativo di trasformare queste ulteriori dimensioni in parametri di riferimento misurabili, le autorità garanti della concorrenza li hanno spesso ravvicinati attraverso l'uso del parametro di riferimento per il *surplus* dei consumatori. Il prezzo è dunque visto come *proxy*¹⁷¹⁹ su cui valutare le varie massimizzazioni di benessere del consumatore, anche in termini di qualità o di innovazione e, in generale, in termini di efficienza¹⁷²⁰.

¹⁷¹⁷ *Ibidem*.

¹⁷¹⁸ Si ricorda difatti, l'Autorità Olandese di concorrenza, nella decisione ACM, DM/2014/206028, 2014, *Analysis of the sustainability arrangements concerning the Chicken of Tomorrow*. In tale decisione, l'autorità di concorrenza ha ravvisato una ipotesi di prezzi eccessivi imposti al seguito di un accordo tra più imprese, dove l'aumento del prezzo (1,46 euro rispetto a quanto precedentemente praticato) era giustificato dalle stesse per i benefici ambientali che avevano apportato. In questo caso, l'autorità è giunta alla conclusione dell'esistenza di un prezzo eccessivo, tramite indagini presso i consumatori interessati, nelle quali è emerso che il prezzo che i consumatori sarebbero disposti a pagare per l'aumento di benessere degli animali è di 0.68 euro in più e 0.14 euro per i vantaggi ambientali positivi. Il vantaggio totale percepito dai consumatori per tali benefici è di 0,82 centesimi, ovvero circa la metà del prezzo maggiorato applicato.

¹⁷¹⁹ J. F. BRODLEY, *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress*, in *NYU LRev* 1020, 1978. Orbach, nota che «*surplus is the only realistically applicable benchmark for antitrust purposes because welfare implies the use of general equilibrium models which are highly impracticable*». V. I. DASKALOVA, *Consumer Welfare in EU Competition Law: What is It (Not) About?*, op. cit. p. 141.

¹⁷²⁰ Nella decisione della Commissione *Hutchison 3G Austria/Orange Austria* (COMP/M.6497), questa ritiene «*Prima dell'addebito, la parte notificante non ha sollevato una difesa formale dell'efficienza, ma ha sostenuto che la transazione proposta avrebbe consentito a H3G di aumentare il ruolo che svolge come forza competitiva sul mercato. ... Inoltre, la parte notificante ha sostenuto che, in generale, nei mercati oligopolistici con economie di scala, una riduzione del numero di concorrenti può aumentare il benessere dei consumatori. La Commissione non lo contesta. Tuttavia, se un tale aumento del benessere dei consumatori dovesse concretizzarsi, dovrebbe essere sulla base*

Posta l'analisi svolta in precedenza, sulla declinazione della qualità e della scelta in termini di *privacy* e, lungi dal voler mettere in dubbio le teorie economiche nei mercati “*offline*”, in questa ricerca ci si è chiesti: chi è il consumatore nei mercati digitali? Il concetto di *consumer welfare* in senso economico è aderente alle dinamiche dei mercati digitali? E, la nozione di *consumer welfare* può prescindere dalla tutela dei diritti fondamentali?

8.5.2 I nuovi danni ai consumatori digitali

Con riguardo alla prima domanda, la presente ricerca conclude che, nel quadro del diritto della concorrenza, se tradizionalmente il consumatore coincide con l'acquirente finale di un bene o di un servizio¹⁷²¹, nei mercati digitali esso assume simultaneamente anche la veste di soggetto interessato ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 1, del GDPR¹⁷²².

Dunque, tali consumatori, sono portatori dei rispettivi diritti previsti dal regolamento, nonché, portatori dei diritti fondamentali previsti ai sensi dell'articolo 7 ed 8 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione e dell'articolo 8 della CEDU¹⁷²³. Si parla, dunque, di

dell'efficienza. Ai sensi degli orientamenti orizzontali, la prassi della Commissione consiste nel valutare gli incrementi di efficienza come fattore di compensazione e l'onere della prova spetta alle parti dell'operazione proposta per stabilire l'esistenza e l'importanza degli incrementi di efficienza ai fini del necessario livello di prova»

¹⁷²¹ Il concetto di "consumatori" comprende tutti gli utilizzatori, diretti o indiretti, dei prodotti interessati dal comportamento di un'impresa dominante, compresi i produttori intermedi che utilizzano i prodotti come fattore di produzione, nonché i distributori, i grossisti, i rivenditori al dettaglio e i consumatori finali. Così li definisce la bozza della Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione della concorrenza 2025. Nozione che rimane invariata rispetto al pregresso documento del 2009.

¹⁷²² Regolamento (UE) 679/2016, GDPR, art. 4, paragrafo 1, per interessato dei dati si intende qualsiasi persona fisica identificata o identificabile, «*si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale*».

¹⁷²³ Si veda capitolo secondo, capitolo terzo al paragrafo 3.1, nonché paragrafo 9.6 del presente capitolo per la trattazione specifica.

«consumatore digitale»¹⁷²⁴. Questo perché, gli utenti della rete, accedono ai servizi digitali mediante il conferimento dei propri dati personali, qualificando tale conferimento, sebbene impropriamente, come “controprestazione”¹⁷²⁵. E, dall’altro, le piattaforme (qui, in particolare, quelle dominanti), sono titolari del trattamento dei dati personali ai sensi dell’articolo 4, paragrafo 7 del GDPR, tenute a rispettare i diritti dei soggetti interessati previsti dal GDPR¹⁷²⁶.

Posta la nuova veste dei consumatori nei mercati digitali e, rispondendo alla seconda domanda, la presente ricerca conclude che, il concetto di “*welfare*” – inteso principalmente come massimizzazione del *surplus* dei consumatori in relazione al prezzo pagato – sia strutturalmente incompatibile mercati digitali, poiché colpevole di tralasciare alcuni aspetti chiave.

In primo luogo, nei mercati digitali i servizi sono offerti gratuitamente sul mercato, senza esborso economico per il consumatore; l’elemento del prezzo è, invero, centrale per la definizione di benessere del consumatore, come sopra individuato. Se il prezzo monetario è pari a zero, il parametro della domanda e della disponibilità a pagare (*WTP*) non riescono tenere conto dei veri “costi” sopportati dagli utenti (i dati personali), né dei relativi scambi di valore che intercorrono tra gli attori del mercato (ad esempio, tra piattaforma ed inserzionisti pubblicitari).

Inoltre, la *ratio* dell’introduzione del concetto di benessere dei consumatori risiede nella finalità di proteggere gli acquirenti dall’esercizio abusivo del potere di mercato da parte dell’impresa, orientata alla massimizzazione dei propri profitti¹⁷²⁷.

Nei mercati digitali, la situazione è differente: gli operatori economici agiscono al fine precipuo di ottenere un ammontare di dati personali sempre maggiore – che andrà aumentando con lo sviluppo

¹⁷²⁴ Per l’ampia trattazione del concetto di “consumatore digitale”, si veda F. BATTAGLIA, *Il consumatore digitale nel diritto dell’Unione europea*, op. cit., p. 87 e ss.

¹⁷²⁵ Questo è rinvenibile dalla Direttiva UE 770/2019, art. 3, la quale si applica, «nel caso in cui l’operatore economico fornisce o si impegna a fornire contenuto digitale o un servizio digitale al consumatore e il consumatore fornisce o si impegna a fornire dati personali all’operatore economico».

¹⁷²⁶ Regolamento (UE) 679/2016, GDPR, art. 4, paragrafo 7.

¹⁷²⁷ Si veda capitolo terzo.

dell'IA¹⁷²⁸ – estraendo non un *surplus* economico (per lo meno, non direttamente) ma un *surplus* informativo¹⁷²⁹. Inoltre, le piattaforme tendono a orientare e condizionare le scelte degli utenti (*steering*), così da ottenere esiti a proprio vantaggio.

Il potere di mercato (digitale) si radica su elementi come gli effetti di rete, barriere all'ingresso e alti costi di *switching* i quali, conseguentemente, aumentano la capacità di vincolare gli utenti a un singolo ecosistema di servizi¹⁷³⁰. In tale contesto, gli utenti possono difficilmente “passare” a un operatore concorrente, poiché temono di perdere funzionalità o contatti sociali. Di conseguenza, che il parametro del prezzo, non cattura i meccanismi di *lock-in* e non riflette l'eventuale carenza di effettive alternative e la nuova forma di esercizio di potere di mercato.

Il fatto che il prezzo economico sia pari a zero, infatti, non implica che il servizio sia realmente privo di costi per i consumatori. Essi possono subire forme di pregiudizio altrettanto pervasive, che incidono sui loro diritti fondamentali e sulla loro autodeterminazione informativa.

Le imprese possono oggi monitorare con elevato grado di dettaglio il comportamento degli utenti mediante strumenti avanzati di tracciamento *online*, idonei a rilevarne preferenze e caratteristiche individuali. L'utilizzo intensivo dei dati personali, compresi quelli appartenenti a categorie particolari, consente di elaborare profili individuali e di influenzare le scelte degli utenti sulla base di tratti della loro personalità¹⁷³¹.

¹⁷²⁸ M. E. STUCKE, *AI, Antitrust & Privacy*, Institute for New Economic Thinking Working Paper Series No. 236, 2025, p. 1 «*AI affects the relationship between competition and privacy. Increased competition in the AI supply chain may seem like a solution to Big Tech's dominance, but when firms are rewarded for surveillance and manipulation, more competition can actually make things worse*» e p. 11, «*Companies tout the reinforcing flywheel effect where personal data trains the AI model, which profiles individuals to predict what will attract and sustain their behavior*».

¹⁷²⁹ Si riconosce che, ovviamente, le condotte che sfruttano i consumatori – benché volte all'estrazione di un quantitativo di dati personali eccedenti a quelli che vorrebbero cedere o al compimento di scelte di consumo che in assenza di potere di mercato della controparte non avrebbero assunto – siano volte a reperire indirettamente un introito economico attraverso varie modalità. Tuttavia, ciò che qui interessa, è che il danno ai consumatori non sia economico.

¹⁷³⁰ Si rimanda al capitolo terzo par. 3.10 e ss.

¹⁷³¹ Si veda, per una trattazione non esaustiva delle modalità di manipolazione dei consumatori nei mercati digitali I. GRAEF, *Consumer Sovereignty and Competition Law: from personalization to diversity*, in *Common Market Law Review*, 2021; M. BOTTA, K. WIEDEMANN., *The Interaction of*

Tale capacità determina una maggiore esposizione dei consumatori a pregiudizi cognitivi e comportamentali, che possono essere sfruttati dalle imprese in modo più incisivo rispetto al passato¹⁷³². Ciò si concretizza, ad esempio, nella predisposizione di architetture di scelta orientate a canalizzare l'attenzione e il processo decisionale del consumatore verso esiti favorevoli all'impresa.

Pertanto, in questa ricerca si è partiti dal presupposto che esistano forme di manipolazione degli utenti, e si è interrogata sulla possibilità che queste forme di “sfruttamento” determinino un nocumento del “benessere” che il diritto della concorrenza dovrebbe tutelare.

Ciò è emerso chiaramente (tra i vari esempi riportati¹⁷³³) nel caso Meta (all'epoca Facebook)¹⁷³⁴, con riferimento alla *privacy policy* e alle modalità di presentazione del consenso al trattamento dei dati personali. Tali modalità ostacolavano la possibilità per gli utenti di scegliere se essere tracciati non solo in relazione alle attività svolte sulla piattaforma Facebook, ma anche rispetto all'intero ecosistema costituito da WhatsApp e Instagram, nonché alle attività di navigazione su siti *web* di terzi, peraltro non specificate nel dettaglio *ex ante* né immediatamente riconducibili a Facebook. In concreto, il meccanismo di raccolta del consenso operato da Facebook rendeva evidente che la scelta dell'utente fosse solo apparentemente libera. Se l'utente avesse deciso di opporsi al tracciamento “esteso”, non avrebbe potuto accedere al servizio. Il rifiuto del consenso, dunque, non costituiva una reale opzione, comportando automaticamente l'esclusione dalla piattaforma¹⁷³⁵.

La decisione relativa ai dati da condividere non era il risultato di una valutazione autonoma dell'utente, bensì una scelta già definita a

EU Competition Law and Data Protection Law in the Digital Economy, op. cit.; M. BOTTA, K., WIEDEMANN, *EU Competition Law Enforcement Vis-À-Vis Exploitative Conducts in the Data Economy Exploring the Terra Incognita*, op. cit.; A. EZRACHI, M. E. STUCKE, *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, op. cit.; S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism. The fight for a human future and the new frontier of power*, op. cit.

¹⁷³² Sul concetto di vulnerabilità dei consumatori nei mercati digitali si veda I. GRAEF, *Consumer Sovereignty and Competition Law: from personalization to diversity*, op. cit.

¹⁷³³ Si rimanda al capitolo quarto e sesto.

¹⁷³⁴ Bundeskartellamt, decisione del 6 febbraio 2019, causa B6-22/16, *Facebook* e Bundesgerichtshof (BGH), decisione 23 giugno 2020, causa KVR 69/19, *Facebook*.

¹⁷³⁵ Si veda capitolo quinto.

monte dalla piattaforma. Facebook, infatti, traeva un vantaggio diretto da tale impostazione, sia in termini di conversione pubblicitaria, sia nell'utilizzo dei dati personali per ottimizzare e perfezionare i propri servizi¹⁷³⁶.

Pertanto, come precisato dalla Corte di giustizia nel rinvio pregiudiziale, il consenso così ottenuto non può ritenersi liberamente prestato, tenuto conto dello squilibrio di potere derivante dalla posizione dominante dell'impresa e dalla conseguente soggezione dei consumatori. Tale situazione integra, al contempo, una forma di abuso di posizione dominante, cagionando un danno *antitrust* ai consumatori¹⁷³⁷.

Inoltre, la nuova forma di danno ai consumatori è stata dimostrata anche dall'entrata in vigore del regolamento (UE) 1925/2022, *Digital Markets Act* all'articolo 5, paragrafo 2 del DMA, e della mancata *compliance* (ancora una volta) di Meta¹⁷³⁸. La piattaforma “gatekeeper” piuttosto che rinunciare alla monetizzazione secondaria del servizio tramite la pubblicità personalizzata (modificando il *business model*), offre agli utenti la cd. *SNA* (*subscription for no Ads* o anche definito *Consent or Pay model*), quale la “scelta” tra l'accesso al servizio digitale con il trattamento dei dati personali ai fini della pubblicità personalizzata e, l'alternativa “equivalente e meno personalizzata” dell'accesso al servizio a pagamento e senza la personalizzazione pubblicitaria. Anche in questo caso, la Commissione europea ha ritenuto che tale modello «*non garantisca che gli utenti finali acconsentano liberamente, nel rispetto dei requisiti di cui al regolamento (UE) 2016/679, alla combinazione dei loro dati personali ai fini della personalizzazione degli annunci pubblicitari. Ciò è dovuto a un evidente squilibrio di potere tra Meta e gli utenti finali dei suoi servizi senza annunci pubblicitari e al danno che gli utenti finali rischiano di subire quando rifiutano di fornire il consenso (ad esempio, dovendo pagare un abbonamento)*»¹⁷³⁹.

¹⁷³⁶ Si veda capitolo secondo e quinto.

¹⁷³⁷ C. giust. UE, sentenza 4 Luglio 2023, C-252/2, *Meta Platforms*, cit.

¹⁷³⁸ Commissione europea, decisione del 23 aprile 2025, Caso DMA.100055, *Meta – Article 5(2)*. Si rimanda al capitolo quinto per l'intera trattazione.

¹⁷³⁹ Sintesi della decisione della Commissione, del 23 aprile 2025, relativa a una decisione a norma dell'articolo 29, paragrafo 1, lettera a), dell'articolo 30, paragrafo 1, lettera a), e dell'articolo 31,

L'EDPB nel suo parere su tale modello, afferma ciò rappresenti *«an example of leveraging a clear imbalance against users, as users are not likely to be able to exercise free choice in this situation»*¹⁷⁴⁰.

Il mancato rispetto della *privacy* e della scelta dei consumatori, rientrano inevitabilmente nell'ambito di un danno specifico ai consumatori non legato al prezzo.

8.5.3 La tutela della privacy e la sovranità del consumatore nel consumer welfare

*«(s)trengthening the link between the protection of personal data and competition can contribute to the protection of individuals and the well-being of consumers by reinforcing the common consideration of respect for their fundamental rights and the proper functioning of competitive markets»*¹⁷⁴¹.

*«Per quanto riguarda la privacy, — ossia ‘ the right to be let alone ’ — va osservato che essa (...) rientra a pieno titolo nel consumer welfare (che non può certo escludere le libertà fondamentali)»*¹⁷⁴²

L'ulteriore risultato a cui si è giunti in questa ricerca (conseguente alle precedenti assunzioni), attiene all'ampliamento del concetto di "benessere" che dovrebbe essere tutelato dal diritto della concorrenza. Si deve pertanto rispondere negativamente al terzo quesito: non può ritenersi configurabile un concetto di benessere dei consumatori che prescindendo dal necessario rispetto dei diritti fondamentali.

paragrafo 1, lettera h), del regolamento (UE) 2022/1925, Case DMA.100055 — Meta — Article 5(2), par. 17.

¹⁷⁴⁰ European Data Protection Board (EDPB), *Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms*, op. cit. par. 109.

¹⁷⁴¹ European Data Protection Board (EDPB), *Position paper on the Interplay between Data Protection and Competition Law*, 2025, cit., par. 5.

¹⁷⁴² P. MANZINI, *Figli di un dio minore: gli abusi da sfruttamento nel diritto antitrust europeo*, op. cit. p. 18.

In questa prospettiva, è significativo quanto affermato recentemente dall'EDPB: «(s)trengthening the link between the protection of personal data and competition can contribute to the protection of individuals and the well-being of consumers by reinforcing the common consideration of respect for their fundamental rights and the proper functioning of competitive markets»¹⁷⁴³.

Tale affermazione si salda con la lettura secondo cui la *privacy*, «rientra a pieno titolo nel consumer welfare (che non può certo escludere le libertà fondamentali)»¹⁷⁴⁴. Questa, dunque, non può essere estromessa da tale concetto, il quale non può che includere le nuove istanze legate alla tutela della *privacy*, come notato da Manzini proprio nel contesto degli abusi di sfruttamento.

Muovendo da questa premessa, il lavoro giunge a una conclusione precisa: il concetto di “benessere” rilevante ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE deve essere interpretato in modo evolutivo, ricomprendendo profili attinenti alla *privacy*, alla protezione dei dati personali e, più ampiamente, all'autodeterminazione informativa nel conferimento dei propri dati¹⁷⁴⁵. Ne consegue che non è possibile prescindere, all'interno del *consumer welfare*, dal rispetto effettivo dei diritti fondamentali, con la conseguenza che la violazione degli obblighi di protezione dei dati, quando imputabile a un'impresa dominante, può integrare una forma di abuso ex art. 102 TFUE, arrecando un danno diretto ai consumatori¹⁷⁴⁶.

Questa conclusione si inserisce in un'evoluzione più ampia della figura del consumatore nel diritto dell'Unione europea¹⁷⁴⁷, come messo in rilievo da Battaglia, mostrando come già negli anni 70¹⁷⁴⁸, ci si fosse

¹⁷⁴³ European Data Protection Board (EDPB), *Position paper on the Interplay between Data Protection and Competition Law*, Bruxelles, cit., par. 5.

¹⁷⁴⁴ P. MANZINI, *Figli di un dio minore: gli abusi da sfruttamento nel diritto antitrust europeo*, op. cit. p. 18 e ss.

¹⁷⁴⁵ Si rimanda ampiamente al capitolo quinto.

¹⁷⁴⁶ Si ricorda che la violazione del GDPR non determina in ogni caso l'abuso di posizione dominante. La violazione del GDPR è un *benchmark* normativo, da cui desumere un «importante indizio» per determinare l'esistenza di un abuso di posizione dominante. C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 47,

¹⁷⁴⁷ F. BATTAGLIA, *Il consumatore digitale nel diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. 32 e ss.

¹⁷⁴⁸ Risoluzione del Consiglio, del 14 aprile 1975, riguardante un programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore, in GUCE del 27 aprile 1975, C 92, p. 1.

accorti che «quest'ultimo non poteva essere più considerato come semplice acquirente o utilizzatore di beni e servizi, ma avrebbe dovuto essere inteso come un individuo interessato ai vari aspetti della vita sociale che possono direttamente o indirettamente danneggiarlo come consumatore»¹⁷⁴⁹. Ne deriva l'immagine di un consumatore interessato anzitutto alla tutela dei propri diritti, oltre che alla massimizzazione degli interessi egoistici.

Come già ribadito più volte e che qui vale la pena ripetere, nei mercati digitali, la correlazione tra *privacy* e benessere dei consumatori emerge in modo ancora più netto: l'accesso ai servizi avviene gratuitamente e il “corrispettivo” è costituito dalla cessione dei dati personali, secondo modelli contrattuali predisposti unilateralmente dalle piattaforme e accettati tramite *privacy policy*¹⁷⁵⁰. I consumatori, in quanto interessati, sono titolari di diritti specifici che garantiscono un trattamento corretto dei dati e la libertà nel processo decisionale¹⁷⁵¹. La violazione di tali principi – in particolare delle regole sul consenso libero e informato – produce un danno concreto ai consumatori, non meno rilevante di un peggioramento economico.

D'altronde, è la stessa Commissione europea che, nel 2025, amplia lo stesso benessere dei consumatori, affermando che «Conformemente alla giurisprudenza degli organi giurisdizionali dell'Unione, l'articolo 102 TFUE si applica a tutte le pratiche attuate dalle imprese dominanti che possono pregiudicare direttamente o indirettamente il benessere dei consumatori»¹⁷⁵², ritenendo che i danni causati «dal comportamento abusivo di imprese dominanti possono assumere varie forme, quali prezzi più elevati, il deterioramento della qualità di beni e servizi»¹⁷⁵³, specificando che «nel termine "qualità" dovrebbero rientrare tutti i vari

¹⁷⁴⁹ F. BATTAGLIA, *Il consumatore digitale nel diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. 32 e ss.

¹⁷⁵⁰ OECD, *The intersection between competition and data privacy*, op. cit., p. 5; Cfr. OECD, *Consumer Data Rights and Competition*, OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No. 247, in *OECD Publishing*, 2020.

¹⁷⁵¹ Si rimanda al capitolo secondo, quarto, quinto e sesto nelle teorie del danno.

¹⁷⁵² Commissione europea, Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione della concorrenza, *forthcoming* 2025, par. 5.

¹⁷⁵³ *Ibidem*, par. 2.

aspetti relativi alla qualità di un dato prodotto», tra i quali «la tutela della vita privata garantite»¹⁷⁵⁴.

Sotto il profilo concorrenziale, tali effetti assumono rilievo quando la lesione dei diritti fondamentali è resa possibile o aggravata da una posizione dominante, che consente all'impresa di sfruttare asimmetrie informative, imporre condizioni non eque o raccogliere dati personali in misura superiore a quanto necessario, ledendo i consumatori e consolidando il proprio potere di mercato.

È proprio in questi casi che i valori protetti dal GDPR possono e devono assumere il ruolo di parametro per valutare il benessere del consumatore digitale europeo¹⁷⁵⁵.

Questa prospettiva è rafforzata dal crescente rilievo attribuito alla concezione di “sovranità del consumatore”¹⁷⁵⁶, come emerge dalla letteratura più recente, in particolare dalle analisi di Podszun¹⁷⁵⁷ Graef¹⁷⁵⁸, l'autrice evidenzia come le tecniche di personalizzazione, di profilazione e di manipolazione comportamentale («*personalized exploitation*»¹⁷⁵⁹) riducano la capacità del consumatore di effettuare scelte libere e informate, conducendolo verso decisioni che altrimenti non avrebbe assunto. Questo richiama le dimensioni della scelta e, in particolare la teoria della scelta interna del consumare affrontata nel capitolo quinto.

Ciò determina una duplice forma di danno: da un lato, la perdita di autonomia del consumatore; dall'altro, una distorsione del processo

¹⁷⁵⁴ *Ibidem*, nota 4.

¹⁷⁵⁵ C. giust. UE, 4 luglio 2023, C-252/21, *Meta Platforms*, par. 47, «la conformità o la non conformità di tale comportamento alle disposizioni del GDPR, può costituire, se del caso, un importante indizio fra le circostanze del caso di specie, per stabilire se siffatto comportamento costituisca un ricorso a mezzi su cui s'impenna la concorrenza normale, nonché per valutare le conseguenze di una determinata pratica sul mercato o per i consumatori».

¹⁷⁵⁶ Per la prima formulazione di tale concetto, si rimanda alla trattazione svolta nel capitolo terzo sulle teorie ordoliberali e nel capitolo sesto sulla scelta del consumatore. Nella letteratura statunitense, si veda N. W. AVERITT, R. H. LANDE, *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 65, 1997, p. 714 e ss.

¹⁷⁵⁷ R. PODSZUN, *The Consumer As A Market Player: Competition Law, Consumer Choice And Data Protection In The German Facebook Decision*, op. cit., p. 17.

¹⁷⁵⁸ I. GRAEF, *Consumer Sovereignty and Competition Law: from personalization to diversity*, in *Common Market Law Review*, 2021.

¹⁷⁵⁹ *Ibidem*, p. 473, la quale similmente all'impostazione qui sostenuta, afferma che le forme di “personalized exploitation” siano: «*personalized pricing, where prices are based on individual consumers' profiles and willingness to pay, and behavioural manipulation in the form of undue influence and steering of consumer preferences*».

competitivo, poiché il controllo della domanda da parte dell'impresa dominante rafforza il suo vantaggio competitivo.

La riduzione della scelta dei consumatori diviene un ulteriore punto di contatto fra *privacy* e concorrenza: la manipolazione delle scelte dei consumatori incide sul funzionamento concorrenziale del mercato, riducendo la capacità dei consumatori di orientare le dinamiche competitive attraverso scelte autentiche (e, a favore di *privacy policy* più elevate in termini tutela della *privacy*).

Emblematica, in tal senso, è la considerazione della Corte Federale tedesca sul caso Meta, secondo cui «*ci si aspetterebbe che, se la concorrenza funzionasse (...), nel mercato dei social network sarebbe disponibile un'offerta che soddisferebbe le preferenze degli utenti per una maggiore autonomia nel modellare l'accesso ai dati che riflette ampiamente il loro utilizzo di Internet nella sua interezza e darebbe agli utenti la possibilità di scegliere (...)*»¹⁷⁶⁰.

Il principale fattore che rende anticompetitivo tale sfruttamento è, dunque, la produzione di scelte che i consumatori non avrebbero effettuato in condizioni di autonomia, provocando un danno sostanziale in termini sia di qualità del servizio sia di compressione dei livelli di tutela garantiti dal GDPR.

Alla luce di quanto detto, sarebbe errato sostenere che, un aumento dei prezzi, sia più grave o più meritevole di intervento rispetto a un incremento ingiustificato della raccolta di dati, di una riduzione della tutela della *privacy* o della libertà di scelta, quando tali effetti derivano dall'esercizio del potere di mercato.

L'ampliamento del concetto di *consumer welfare* nei mercati digitali impone, dunque, un'evoluzione teorica e metodologica dell'*enforcement antitrust*, indirizzandolo verso un approccio interdisciplinare che integri considerazioni economiche e tutela dei diritti fondamentali, con (anche) l'obiettivo di preservare un mercato in cui il consumatore sia effettivamente libero, informato e sovrano.

Il riconoscimento della *privacy* come elemento del più ampio benessere del consumatore produce anche effetti benefici sul

¹⁷⁶⁰ Bundesgerichtshof (BGH), decisione 23 giugno 2020, causa KVR 69/19, *Facebook*, par. 86.

funzionamento del mercato digitale, incidendo in particolare sulla concorrenza relativa ai livelli di tutela dei dati personali.

Attraverso la repressione di tali abusi di potere, l'*enforcement antitrust* potrebbe incoraggiare una competizione virtuosa sulla *privacy*: da un lato, svolgerebbe un effetto deterrente verso le altre imprese, le quali saranno incentivate a rispettare elevati standard di *privacy policy*, nonché stimolare una concorrenza sui livelli di *privacy* offerti¹⁷⁶¹. Dall'altro, contribuisce ad ampliare le opportunità disponibili per i consumatori, favorendo modelli orientati alla *privacy* e prevenendo dinamiche di manipolazione digitale¹⁷⁶², nonché favorendo la loro consapevolezza rispetto alle pratiche di trattamento dei dati in tali mercati.

Inoltre, un'impresa dominante potrà invocare, al fine di sottrarsi alla qualificazione della condotta come abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE, anche le pratiche che effettivamente migliorino la trasparenza, la scelta o la granularità del consenso, le quali potranno essere considerate efficienze idonee a escludere l'illiceità della condotta¹⁷⁶³.

piana

8.6 Verso un diritto della concorrenza costituzionalmente orientato

L'intero percorso di ricerca si deve necessariamente concludere affrontando una questione particolarmente divisiva nel dibattito

¹⁷⁶¹ Si veda sul punto P. SWIRE, K. LAGOS, *Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare*, in *Antitrust Chronicle*, 2013, p. 7. Rilevante è, sul punto l'affermazione del BGH sul caso Facebook, analizzato nel quinto capitolo. La Corte sostiene che «*ci si aspetterebbe che, se la concorrenza funzionasse (...), nel mercato dei social network sarebbe disponibile un'offerta che soddisferebbe le preferenze degli utenti per una maggiore autonomia nel modellare l'accesso ai dati che riflette ampiamente il loro utilizzo di Internet nella sua interezza e darebbe agli utenti la possibilità di scegliere (...)*», Bundesgerichtshof (BGH), decisione 23 giugno 2020, causa KVR 69/19, Facebook, par. 86.

¹⁷⁶² I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, op. cit., p. 172. Come afferma l'A., «*la protezione dei dati personali aumenta il controllo dell'utente e quindi rende la concorrenza più efficace, facilitando l'esercizio della scelta sul mercato*», traduzione dell'autrice.

¹⁷⁶³ Commissione europea, Comunicazione della Commissione, Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione della concorrenza, *forthcoming* 2025, par. 28-31. Nella bozza delle Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione della concorrenza, 2024, paragrafi 167-171.

internazionale¹⁷⁶⁴: il rapporto tra diritto della concorrenza e i diritti fondamentali. La ricerca non si è soffermata su altri valori e diritti come la tutela della democrazia¹⁷⁶⁵, la sostenibilità ambientale¹⁷⁶⁶ e la tutela del lavoro e la politica industriale¹⁷⁶⁷ che pure sono ampiamente discussi nel dibattito *antitrust* moderno, soffermandosi invece sulla protezione dei dati personali della tutela della vita privata¹⁷⁶⁸.

In particolare, ci si è chiesti: di fronte a pratiche di imprese dominanti lesive della *privacy* e della protezione dei dati personali, esiste un fondamento legittimo per l'intervento delle autorità di concorrenza?

Tale percorso si è distinto per un approccio di tipo *bottom-up*, muovendo dall'osservazione della trasformazione dei mercati digitali e dall'analisi della prassi decisionale e giurisprudenziale europea, per risalire progressivamente a una riflessione di sistema.

L'applicazione del diritto della concorrenza, dopotutto, è una questione giuridica piuttosto che economica.

Il punto di partenza di questa riflessione conclusiva risiede nell'affermazione che il diritto della concorrenza, al pari di ogni costruzione giuridica, sia un prodotto sociale e politico, plasmato dai valori che informano l'ordinamento in cui si radica¹⁷⁶⁹.

Come sottolineato da Whish, uno dei principali studiosi del diritto della concorrenza europeo, «*competition policy does not exist in a*

¹⁷⁶⁴ SI veda K. STYLIANOU, M. IACOVIDES, *The New Goals Of EU Competition Law: Sustainability, Labour Rights, And Privacy*, op. cit.; G. COLANGELO, M. MAGGIOLINO, *Data accumulation and the privacy-antitrust interface: insights from the Facebook case*, op. cit.; P. MANZINI, *I confini dell'antitrust. Diseguaglianze sociali, diritti individuali, concorrenza*, op. cit.; S. HOLMES, *Climate change, sustainability, and competition law*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 8, Issue, 2020.

¹⁷⁶⁵ O. PALLOTTA, *Antitrust e pluralismo dell'informazione: un'alternanza in favore della democrazia*, in MANZINI, *I confini dell'antitrust. Diseguaglianze sociali, diritti individuali, concorrenza*, op. cit., p. 145 e ss.

¹⁷⁶⁶ L. CALZOLARI, *Antitrust e ambiente: dall'approccio economico a quello ecologico?*, in MANZINI, *I confini dell'antitrust. Diseguaglianze sociali, diritti individuali, concorrenza*, op. cit., p. 41 e ss.

¹⁷⁶⁷ J. TIROLE, *Competition and industrial policy in the 21st century*, in *Oxford Open Economics*, Volume 3, 2024.

¹⁷⁶⁸ Si veda sul punto P. MANZINI, *Antitrust e privacy: la strana coppia*, in MANZINI, *I confini dell'antitrust. Diseguaglianze sociali, diritti individuali, concorrenza*, op. cit., p. 123 e ss.

¹⁷⁶⁹ Su tale linea di Pensiero, si veda A. EZRACHI, *Sponge*, op. cit.

*vacuum: it is an expression of the current values and aims of society and is as susceptible to change as political thinking generally*¹⁷⁷⁰.

Nella stessa prospettiva, la Commissione europea, in epoca antecedente al *more economic approach*, riconosceva che «(l)a politica di concorrenza non può quindi essere perseguita in modo isolato, come fine a se stessa, senza fare riferimento al contesto giuridico, economico, politico e sociale»¹⁷⁷¹.

Nell'ordinamento dell'Unione, la protezione dei dati personali e della vita privata godono di uno *status* privilegiato. Il rispetto di tali diritti trova, infatti, un fondamento duplice: nella Carta (artt. 7¹⁷⁷² e 8¹⁷⁷³) e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 8)¹⁷⁷⁴ la quale, ai sensi dell'art. 6, paragrafo 3 del TUE, costituisce principio generale del diritto dell'Unione¹⁷⁷⁵.

In questo contesto, si ricorda come il regolamento GDPR¹⁷⁷⁶ (al pari dell'abrogata direttiva 95/46/CE¹⁷⁷⁷) sia lo strumento giuridico volto ad attuare il diritto fondamentale della protezione dei dati personali di cui

¹⁷⁷⁰ R. WHISH, D. BAILEY *Competition Law*, 8th edn, OUP, 2015. p. 20.

¹⁷⁷¹ European Commission, *XXIInd Report on Competition Policy*, 1992, pp. 13 e ss.

¹⁷⁷² Art. 7, CDFUE, «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni».

¹⁷⁷³ Art. 8, CDFUE, «ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano» e che tali dati devono essere «trattati secondo il principio di lealtà, per scopi determinati e sulla base del consenso della persona interessata o di altro fondamento legittimo previsto dalla legge».

¹⁷⁷⁴ art. 8, CEDU, «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza». La Corte europea dei diritti dell'uomo (ECtHR) ha progressivamente interpretato l'articolo 8 CEDU in senso estensivo, ricomprendendovi non solo la sfera intima e familiare, ma anche la protezione dei dati personali come elemento costitutivo della vita privata, cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 marzo 1987, *Leander c. Svezia*, ricorso n. 9248/81, ECLI:CE:ECHR:1987:0326JUD000924881; Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 16 febbraio 2000, *Amann c. Svizzera*, ricorso n. 27798/95, ECLI:CE:ECHR:2000:0216JUD002779895; Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, sentenza del 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, ricorsi nn. 30562/04 e 30566/04, ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204.

¹⁷⁷⁵ Art. 6, par. 3, TUE.

¹⁷⁷⁶ Regolamento (UE) 679/2016, GDPR, considerando 1, «La protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati di carattere personale è un diritto fondamentale. L'articolo 8, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Carta») e l'articolo 16, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea («TFUE») stabiliscono che ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano».

¹⁷⁷⁷ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, Gazzetta ufficiale n. L 281 del 23/11/1995 pag. 0031 – 0050.

all'articolo 8 della Carta che le imprese sono tenute a rispettare nell'esercizio della loro attività economica.

L'articolo 51 della Carta dei diritti fondamentali, prevede che le relative disposizioni (dunque anche gli articoli 7 e 8) si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione che sono tenute a promuoverne l'applicazione¹⁷⁷⁸.

La Commissione europea si è adoperata per mettere in pratica l'obbligo trasversale di rispettare i diritti fondamentali adottando la *Strategia per l'attuazione efficace della Carta dei diritti fondamentali da parte dell'Unione europea*¹⁷⁷⁹. Una componente fondamentale di tale strategia consiste nel garantire che l'UE sia «*esemplare*»¹⁷⁸⁰ nell'utilizzare la Carta dell'UE come bussola per le politiche dell'Unione¹⁷⁸¹. La strategia è ferma nel dichiarare che tanto le misure legislative, tanto le misure non legislative adottate dalla Commissione – come le decisioni in materia di concorrenza – siano soggette a controlli sulla loro compatibilità con la Carta durante l'elaborazione¹⁷⁸².

Infine, l'articolo 7 TFUE prevede un meccanismo di raccordo tra tutte le politiche dell'Unione. Stabilisce che «*(l)'Unione assicura la coerenza tra le sue politiche e le sue azioni, tenendo conto di tutti i suoi obiettivi*»¹⁷⁸³.

Tale disposizione, di natura trasversale, può essere interpretata come fondamento del principio di integrazione e coerenza orizzontale, che impone di attuare la politica della concorrenza in modo coerente con le altre politiche dell'Unione, incluse, con le dovute precisazioni, quelle in materia di diritti fondamentali e di protezione dei dati personali.

¹⁷⁷⁸ art. 51, CDFUE, «*Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati*».

¹⁷⁷⁹ Communication from the Commission, *Strategy for the effective implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union*, Brussels, 19.10.2010 COM(2010) 573 final.

¹⁷⁸⁰ *Ibidem*, p. 3.

¹⁷⁸¹ *Ibidem*, pp. 4-10.

¹⁷⁸² *Ibidem*, p. 6 «*Non-legislative measures adopted by the Commission, such as decisions, are also subject to checks on their compatibility with the Charter during drafting, even if there is no impact assessment*».

¹⁷⁸³ Art. 7, TFUE.

Ciò vale, con ancora maggior forza, nell'ambito dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, in cui la Corte di Giustizia ha più volte chiarito che *«ogni disposizione del diritto comunitario (oggi dell'Unione) va ricollocata nel proprio contesto ed interpretata alla luce dell'insieme delle disposizioni del suddetto diritto, delle sue finalità, nonché del suo stadio di evoluzione al momento in cui va data applicazione alla disposizione di cui trattasi»*¹⁷⁸⁴.

È tuttavia necessaria una precisazione sostanziale. Si sostiene qui che le autorità *antitrust* debbano intervenire quando la lesione dei diritti fondamentali si traduce in una condotta idonea a falsare il gioco concorrenziale o a incidere negativamente sul rinnovato concetto di “benessere” dei consumatori digitali. In tali circostanze, l'impresa dominante non opera più nell'alveo della “concorrenza nel merito”¹⁷⁸⁵ né rispetta la “speciale responsabilità”¹⁷⁸⁶ che grava su di essa; ricorrendo a pratiche incompatibili con i valori e le regole dell'Unione, utilizza mezzi che il diritto europeo non può considerare leciti.

Questa impostazione si ricollega alla visione ordoliberal del diritto della concorrenza europeo, che concepisce tale settore del diritto non come un mero strumento tecnico di regolazione economica, ma come parte integrante dell'ordine costituzionale dell'economia¹⁷⁸⁷. In tale prospettiva, la concorrenza non tutela solo l'efficienza del mercato, ma assicura la preservazione delle libertà individuali contro ogni forma di concentrazione di potere, pubblico o privato. L'ordoliberalismo, infatti, riconosce che tanto l'eccessivo intervento statale quanto la concentrazione

¹⁷⁸⁴ C. giust. UE, sentenza 6 ottobre 1982, in causa 283/81, *CLIFIT*, cit.

¹⁷⁸⁵ Segnatamente alla concorrenza sui meriti, si è avuto modo di segnalare che, nella bozza della Comunicazione della Commissione in materia di abusi di posizione dominante escludenti al par.55, si ritiene che tra i fattori da considerare per dimostrare che un comportamento di discosti dalla concorrenza sui meriti: *«l'eventualità che l'impresa dominante violi norme in altri settori del diritto (ad esempio, il diritto in materia di protezione dei dati), incidendo in tal modo su un importante parametro della concorrenza, quale il prezzo, la scelta, la qualità o l'innovazione»*.

¹⁷⁸⁶ Tribunale dell'Unione, sentenza 30 settembre 2003, T-203/01, *Michelin II*, ECLI: ECLI:EU:T:2003:250, par. 55 *«Ne consegue che, sebbene l'accertamento dell'esistenza di una posizione dominante di per sé non implichi alcuna contestazione a carico dell'impresa considerata, a quest'ultima incombe, indipendentemente dalle cause di tale posizione, la particolare responsabilità di non compromettere con il suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune»*.

¹⁷⁸⁷ Si veda D. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe*, op. cit. pp. 36-50.

del potere economico in mani private, rappresentano una minaccia per la libertà dell'individuo, non solo sul piano economico, ma anche su quello politico e civile¹⁷⁸⁸.

Riprendendo le parole di Böhm «*(t)he issue we focused together was... the issue of private power in a free society*»¹⁷⁸⁹.

Come esposto nel capitolo terzo, al seguito della modifica operata dal Trattato di Lisbona nel 2007, il fondamento costituzionale del diritto della concorrenza è previsto all'articolo 3, paragrafo 3 del TUE e nel Protocollo 27 annesso ai Trattati. L'articolo 3, paragrafo 3 del TUE prevede che «*L'Unione instaura un mercato interno (...) basato (...) su un'economia sociale fortemente competitiva*»¹⁷⁹⁰. La perifrasi in parola, "economia sociale fortemente competitiva", racchiude due concetti contrapposti. La prima, "economia sociale di mercato", è stata per la prima volta utilizzata nello scritto di Müller-Armack, frutto delle idee della scuola ordoliberal¹⁷⁹¹.

Tuttavia, tale espressione, ricollegandosi ai principi dell'ordoliberalismo, rinvia all'idea di un sistema economico improntato a una marcata dimensione etico-sociale, in cui il benessere dell'individuo e la moralità delle relazioni economiche occupavano una posizione centrale¹⁷⁹². Tale idea è stata descritta come una forma di libertà di mercato temperata da un principio di equilibrio sociale, nella quale la prosperità produttiva propria di un'economia capitalistica si combina con istituzioni e regole orientate alla tutela della giustizia sociale¹⁷⁹³.

Come ricorda Geber «*the deepest wellsprings of ordoliberal thought were humanist values rather than efficiency or purely economic*

¹⁷⁸⁸ Si veda J. T. ROSCH, *Can consumer choice promote trans-Atlantic convergence of competition law and policy?*, op. cit., p. 268. Anche l'A. riporta questa visione e sostiene la configurazione di un approccio al paradigma della scelta del consumatore tra UE e USA, sottolineando le differenze e possibili convergenze.

¹⁷⁸⁹ F. BÖHM, *Forschungs-und Lehrgemeinschaft zwischen Juristen und Volkswirten an der Universitat Freiburg in den dreissiger und vierziger Jahren des 20. Jahrhunderts*, in BOHM, *Reden und Schriften*, 1960, p. 162.

¹⁷⁹⁰ Art. 3, par. 3, TUE.

¹⁷⁹¹ Cfr. A. MÜLLER-ARMACK, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*, Hamburg, Verlag für Wirtschaft und Sozialpolitik, 1947; *Ibid*, *The Social Market Economy as an Economic and Social Order*, in *Review of Social Economy*, 1978, p. 328 e ss.

¹⁷⁹² *Ibidem*, p. 9.

¹⁷⁹³ A. MÜLLER-ARMACK, *The Social Market Economy as an Economic and Social Order*, op. cit.

concerns»¹⁷⁹⁴ Ancora, «(a)gainst the backdrop of chaos, devastation and amassed power the ordoliberals set out to create a tolerant and humane society that would protect human dignity and personal freedom»¹⁷⁹⁵.

Nel pensiero ordoliberales, la libertà personale e politica non può essere raggiunta spontaneamente poiché la concorrenza economica sfrenata determina lotte per il potere: sorgerebbe uno stato di *Vermachtung* (o una dinamica autodistruttiva) in cui il potere di mercato privato si pone in contrasto con gli interessi della società¹⁷⁹⁶. Difatti, il funzionamento del mercato non poteva essere lasciato a sé stesso (in contrapposizione al *laissez-faire*), poiché avrebbe comportato il prevalere di forze monopolistiche ed oligopolistiche sulle classi economicamente più svantaggiate, limitato le libertà di tutti gli operatori economici presenti sul mercato, andando contro l'interesse generale della società. Lo Stato doveva evitare la formazione di cartelli e forme di concentrazione di potere privato¹⁷⁹⁷.

Richiedeva, dunque, una politica di concorrenza che fornisse le regole del gioco appropriate tale da permettere a tutti gli attori economici, imprese e consumatori, di incontrarsi come eguali e di sentirsi sovrani delle proprie scelte, liberi da ingerenze indebite tanto dello Stato, tanto di poteri economici privati¹⁷⁹⁸.

Nel contesto dei mercati digitali, tale funzione si traduce in un rinnovato impegno verso la missione originaria del progetto ordoliberales: prevenire e limitare le indebite ingerenze del potere economico privato sulla libertà individuale.

¹⁷⁹⁴ D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the 'New' Europe*, op. cit. p. 62.

¹⁷⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁹⁶ Cfr. B. J. RODGER, *Competition Policy, Liberalism and Globalization: A European Perspective*, in *Columbia Journal of European Law*, 2000, pp. 284-289.

¹⁷⁹⁷ Lo Stato, quindi, se da un lato deve lasciare liberi gli operatori economici di svolgere le transazioni economiche, dall'altro deve intervenire affinché questi non abusino di tale libertà individuale (riconosciuta dall'ordinamento, basandosi sulla proprietà privata e dalla libertà di iniziativa economica), creando strutture monopolistiche. G. CONTALDI, *Diritto europeo dell'Economia*, Giappichelli editore, Torino, 2019.

¹⁷⁹⁸ W. BONEFELD, *Freedom and the Strong State: On German Ordoliberalism*, «*New Political Economy*», 2012, pp. 633-656.

8.7.1 La nuova traiettoria del diritto dell'Unione europea

La traiettoria seguita dall'Unione europea negli ultimi anni, sembra confermare questa evoluzione. Il primo esempio rilevante è il caso *Microsoft/LinkedIn*¹⁷⁹⁹ nel quale, per la prima volta, la Commissione europea ha riconosciuto la *privacy* come un parametro di concorrenza nei mercati digitali¹⁸⁰⁰.

Da tale abbrivio ha preso forma un progressivo riconoscimento del valore concorrenziale della protezione dei dati personali, visibile nella prassi delle autorità, nella giurisprudenza e nell'azione legislativa dell'Unione.

Il già illustrato caso *Facebook/Bundeskartellamt*¹⁸⁰¹, ne è un esempio; si può però qui aggiungere che, oltre alla violazione delle disposizioni del GDPR, l'autorità di concorrenza abbia ravvisato la condotta anticoncorrenziale (anche) nella lesione del diritto costituzionalmente garantito all'autodeterminazione informativa¹⁸⁰². La successiva pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Meta Platforms* (C-252/21), ha sancito il collegamento normativo e procedurale tra i due settori dell'ordinamento¹⁸⁰³. La Corte di giustizia ha ritenuto la violazione delle disposizioni in materia di protezione dei dati e alla vita privata come «*vital clue*»¹⁸⁰⁴ per l'abuso di posizione dominante e come parametro di concorrenza¹⁸⁰⁵.

Anche le Autorità garanti dei dati personali hanno sottolineato il nesso tra dinamiche di mercato e violazione dei diritti fondamentali. Il Garante per la protezione dei dati personali italiano ha richiamato tale aspetto nella Relazione annuale 2022, ha sottolineato la necessità di una

¹⁷⁹⁹ Commissione europea, decisione COMP/M.8124, *Microsoft/LinkedIn*, cit.

¹⁸⁰⁰ *Ibidem*, par. 350.

¹⁸⁰¹ Bundeskartellamt, decisione del 6 febbraio 2019, causa B6-22/16, *Facebook*.

¹⁸⁰² Nell'ordinamento tedesco, la *privacy* si colloca così anche nel quadro del «diritto all'autodeterminazione informativa», come sancito nel 15 dicembre 1983 da un'innovativa sentenza della Corte costituzionale tedesca, BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83. La Corte Federale tedesca (*Bundesgerichtshof*), richiama i precedenti *Bundesgerichtshof* (BGH), sentenza del 7 Luglio 2016, causa KZR 6/15, *Pechstein*; *Bundesgerichtshof* (BGH) sentenza del 5 marzo 2013, causa, KZR 61/11, *VBL Gegenwert*; *Bundesgerichtshof* (BGH), sentenza del 24 Gennaio 2017, causa KZR 47/14, *VBL Gegenwert II*.

¹⁸⁰³ C. giust. UE, sentenza 4 Luglio 2023, C-252/2, *Meta Platforms*, par. 37-47.

¹⁸⁰⁴ *Ibidem*, par. 47.

¹⁸⁰⁵ *Ibidem*, par. 51.

cooperazione rafforzata tra autorità *privacy* e *antitrust*, in particolare nei mercati dominati dalle piattaforme digitali¹⁸⁰⁶.

In tale direzione si è mosso l'*European Data Protection Board*, che dal 2019 ha iniziato a pubblicare contributi sempre più articolati sul rapporto tra concorrenza e protezione dei dati¹⁸⁰⁷; il *board* è stato particolarmente esplicito nel sostenere che l'applicazione congiunta tra il diritto della concorrenza e la protezione dei dati contribuisca «*to the protection of individuals and the well-being of consumers by reinforcing the common consideration of respect for their fundamental rights and the proper functioning of competitive markets*»¹⁸⁰⁸.

Infine, la relazione tra il diritto della concorrenza e i diritti fondamentali è ravvisabile nella legge sui mercati digitali, il regolamento (UE) 1925/2022 *Digital Markets Act*¹⁸⁰⁹ analizzato nel capitolo settimo.

Il *Digital Markets Act*, specifica di perseguire un obiettivo complementare al diritto della concorrenza¹⁸¹⁰, prevede che «(g)li interessi degli utenti finali in materia di protezione dei dati e di *privacy* sono rilevanti ai fini di qualsiasi valutazione degli effetti potenzialmente negativi della pratica adottata dai *gatekeeper*, consistente nel raccogliere e nell'accumulare grandi quantità di dati provenienti dagli utenti finali»¹⁸¹¹. Questo a dimostrazione che il rispetto delle prescrizioni in materia di dati personali rilevi sulla valutazione della correttezza del comportamento di mercato dei *gatekeeper*.

La protezione della *privacy* è ulteriormente rafforzata nella formulazione degli obblighi e dei divieti¹⁸¹². Difatti «gli obblighi sanciti

¹⁸⁰⁶ Garante per la Protezione dei Dati personali, *Relazione Annuale 2022*, Roma, 2023, p. 41.

¹⁸⁰⁷ European Data Protection Board (EDPB), *Opinion 8/2016 on the coherent enforcement of fundamental rights in the age of Big Data*, cit.; European Data Protection Board (EDPB), *Preliminary Opinion – Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: The Interplay Between Data Protection, Competition Law and Consumer Protection in the Digital Economy*, cit..

¹⁸⁰⁸ European Data Protection Board (EDPB), *Position paper on Interplay between data protection and competition law*, cit. par. 5.

¹⁸⁰⁹ Regolamento (UE), 1925/2022, *Digital Markets Act*, (DMA).

¹⁸¹⁰ *Ibidem*, considerando 11.

¹⁸¹¹ *Ibidem*, considerando 72.

¹⁸¹² Si pensi, ad esempio all'articolo 6, paragrafo 2, del Regolamento DMA, il quale vieta al *gatekeeper* di utilizzare, in concorrenza con i propri utenti commerciali, i dati non accessibili al pubblico (compresi i dati relativi a click, ricerche e visualizzazioni e i dati vocali) generati o forniti da tali utenti commerciali nel contesto del loro utilizzo dei servizi del *gatekeeper*. Inoltre, l'articolo

dal presente regolamento sono pertanto necessari per rispondere alle preoccupazioni di interesse pubblico identificate (...) tenendo conto della necessità di tutelare l'ordine pubblico e la privacy»¹⁸¹³.

Il rapporto tra concorrenza e dati personali si ravvisa anche a livello istituzionale. L'articolo 40 del Regolamento prevede l'istituzione di un meccanismo di cooperazione, il cd. *high-level group*, il quale svolge funzioni consultive in merito all'interpretazione e all'applicazione della legge sui dati digitali da parte della Commissione europea, il quale è composto da vari membri, tra cui il comitato europeo per la protezione dei dati e il garante europeo della protezione dei dati¹⁸¹⁴.

In definitiva, gli esempi e le norme analizzate mostrano che il diritto europeo della concorrenza non operi in un vuoto tecnico-economico, ma all'interno di un ordinamento costituzionale che attribuisce alla protezione dei dati personali e alla vita privata un valore trasversale. Ignorare tali diritti quando vengono incisi da imprese dominanti significherebbe applicare gli articoli 101 e 102 TFUE in maniera avulsa dal contesto giuridico, sistematico e assiologico dell'Unione.

In questo quadro, merita particolare attenzione l'impostazione adottata dalla Corte federale di giustizia tedesca nel giudizio sul caso *Facebook/Bundeskartellamt*¹⁸¹⁵. Tale pronuncia offre un elemento di riflessione che non deve passare inosservato. La Corte introduce esplicitamente una prospettiva costituzionale nell'analisi *antitrust*, richiamando il rispetto dei diritti fondamentali (in questo caso, la *privacy*) che deve vincolare anche gli operatori privati quando questi, come Facebook, assumono un ruolo centrale nella definizione dell'ambiente comunicativo pubblico. Afferma in particolare che «(a) seconda delle circostanze, soprattutto quando le aziende private - come in questo caso - si spostano in una posizione dominante e assumono la fornitura del quadro della comunicazione pubblica, l'obbligo dei diritti fondamentali delle

6, paragrafo 4, vieta al *gatekeeper* di limitare la capacità degli utenti finali di passare da un'applicazione software e da un servizio all'altro;

¹⁸¹³ *Ibidem*, considerando 35.

¹⁸¹⁴ *Ibidem*, art. 40.

¹⁸¹⁵ Bundesgerichtshof (BGH), decisione 23 giugno 2020, causa KVR 69/19, *Facebook*,

parti private si avvicina o addirittura eguaglia in effetti il vincolo dei poteri statali ai diritti fondamentali»¹⁸¹⁶.

Si tratta di una prospettiva che rafforza in modo significativo la tesi sviluppata in questo lavoro. La pronuncia del *Bundesgerichtshof* non rappresenta una deviazione dall'ortodossia *antitrust* ma, ad avviso di chi scrive, offre una lettura moderna e coerente del diritto della concorrenza europeo: la concentrazione del potere economico nelle mani delle piattaforme può produrre effetti non solo economici, ma anche sulla libertà degli individui, che riecheggia la tradizione ordoliberal, secondo cui la concentrazione del potere economico – sia esso pubblico o privato – può minacciare la libertà personale e richiede un controllo giuridico volto a preservare l'ordine concorrenziale come garanzia delle libertà dei partecipanti al mercato.

Alla luce dei quesiti formulati nell'introduzione, le ragioni esposte consentono di affermare che, pur nell'ambito di una disciplina tradizionalmente fondata su parametri economici, esiste uno spazio legittimo – e ormai necessario – per tener conto anche della tutela dei dati personali e della *privacy* nel diritto *antitrust* europeo. Negare tale dimensione, nel mutato contesto dei mercati digitali, «ignorerebbe la realtà di tale evoluzione e potrebbe pregiudicare l'effettività del diritto della concorrenza all'interno dell'Unione»¹⁸¹⁷.

8.8 Ulteriori prospettive di ricerca: intelligenza artificiale e concorrenza

Le prospettive di ricerca futura si collocano nel solco tracciato dall'analisi sinora condotta, ma si spingono oltre, verso un ambito emergente che sta rapidamente ridefinendo la struttura dei mercati e l'effettività dell'*enforcement* di concorrenza: il rapporto tra intelligenza artificiale (IA) e concorrenza¹⁸¹⁸.

¹⁸¹⁶ *Ibidem*, par. 105 (traduzione dal tedesco dell'autrice)

¹⁸¹⁷ Si veda C. giust. UE, 4 Luglio 2023, C-252/2, *Meta Platforms*, par. 51.

¹⁸¹⁸ European Commission, *Competition Policy Brief, Competition in Generative AI and Virtual Worlds*, Issue 3, 2024.

In continuità con la riflessione sviluppata in questa tesi, anche tale tema si colloca al crocevia tra evoluzione tecnologica e risposta del diritto *antitrust*¹⁸¹⁹. Se la rivoluzione digitale ha già imposto una evidente ricalibratura dei paradigmi *antitrust*, l'avvento dell'intelligenza artificiale comporta ulteriori livelli di complessità¹⁸²⁰.

L'IA, difatti, non rappresenta soltanto una tecnologia abilitante, ma una fonte di potere di mercato dalle traiettorie indefinite. Le imprese che ne controllano lo sviluppo e l'addestramento dispongono di vantaggi competitivi cumulativi, fondati sia sulla disponibilità di grandi quantità di dati, sia sulla capacità computazionale e sull'accesso a modelli proprietari. Ne deriva una potenziale dinamica di concentrazione, in cui pochi operatori globali, spesso già designati come *gatekeeper* ai sensi del *Digital Markets Act* (DMA) o, nuovi “*gatekeeper* dell'AI”, possono estendere la propria posizione dominante attraverso l'integrazione verticale e il controllo delle infrastrutture di intelligenza artificiale.

In questa prospettiva, la ricerca futura potrà concentrarsi sull'analisi della capacità del diritto della concorrenza di rispondere efficacemente ai rischi concorrenziali derivanti dall'uso dell'IA, in termini pratiche escludenti, accesso discriminatorio ai dati, algoritmi di collusione, manipolazione dei consumatori e concentrazione del potere informativo¹⁸²¹. Tali fenomeni sollevano interrogativi inediti non solo sul piano dell'*enforcement*, ma anche sul piano della teoria giuridica della concorrenza: se, e in quale misura, i concetti di abuso, potere di mercato e barriere all'entrata possano essere adattati a un contesto in cui le decisioni economiche sono sempre più mediate da sistemi algoritmici autonomi?¹⁸²² Ulteriormente, lo sviluppo dell'IA solleva interrogativi sulla traiettoria dell'innovazione e il ruolo che il diritto della concorrenza dovrebbe assumere nel governarla: è opportuno lasciare che

¹⁸¹⁹ STUCKE, M. E., *AI, Antitrust & Privacy*, in *Institute for New Economic Thinking Working Paper Series No. 236*, 2025.

¹⁸²⁰ OECD, *Artificial intelligence, data and competition*, OECD Artificial Intelligence Papers, No. 18, in *OECD Publishing*, Paris, 2024.

¹⁸²¹ F. BOSTOEN, *Artificial Intelligence and Competition Law*. In: Smuha NA, ed. *The Cambridge Handbook of the Law, Ethics and Policy of Artificial Intelligence*, Cambridge Law Handbooks, Cambridge University, 2023.

¹⁸²² T. SCHREPEL, *Decoding the AI Act: Implications for Competition Law and Market Dynamics*, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 21, Issue 3, 2025.

l'innovazione segua il proprio corso secondo le dinamiche spontanee del mercato, oppure è necessario un intervento correttivo del diritto della concorrenza volto a garantire che il progresso tecnologico si sviluppi in mercati aperti, equi e contendibili? La seconda opzione sarebbe quella auspicabile; tuttavia, potrebbe imbrigliare eccessivamente l'innovazione tecnologica.

Il rapporto tra AI, concorrenza e regolazione, assume particolare rilevanza alla luce della consultazione pubblica avviata dalla Commissione europea nel 2025¹⁸²³, volta a valutare la possibile inclusione dei servizi di intelligenza artificiale tra i *core platform services* ai sensi dell'articolo 2 del DMA ed alla possibilità di inserire specifici obblighi e divieti ai sensi degli articoli 5, 6 e 7 del DMA. Tale prospettiva mira a estendere il campo di applicazione del Regolamento (UE) 2022/1925 ai principali fornitori di modelli di IA (come l'AI generativa), riconoscendo che essi possono divenire punti di accesso essenziali ai mercati digitali e influenzare in modo determinante le condizioni di concorrenza¹⁸²⁴.

Questa direzione di ricerca appare particolarmente rilevante anche per una considerazione ulteriore: essa consente di esplorare l'intersezione tra diritto della concorrenza, intelligenza artificiale e diritti fondamentali, in continuità con il nucleo teorico di questa tesi. L'IA, infatti, amplifica in modo esponenziale le questioni già emerse in relazione alla protezione dei dati personali e alla *privacy*. Come ha già osservato Stucke, la concentrazione del potere informativo nelle mani di poche imprese tecnologiche comporta non solo rischi economici, ma anche implicazioni democratiche e civili, poiché incide sulla libertà di scelta, sull'autonomia individuale e sulla stessa capacità del consumatore di esercitare una volontà consapevole¹⁸²⁵.

Questo può portare a considerazioni relative all'analisi dei rischi di sfruttamento dei dati personali nel contesto dell'intelligenza artificiale. L'uso massivo di dati sensibili per l'addestramento dei modelli, la possibilità di inferire informazioni personali non direttamente fornite dagli utenti, e le pratiche di *micro-targeting* e discriminazione algoritmica

¹⁸²³ European Commission, *Consultation on the first review of the Digital Markets Act*, 2025.

¹⁸²⁴ A. SCHWAB, *Digital Markets Act and artificial intelligence services*, in *Concurrences*, 2024.

¹⁸²⁵ M. E. STUCKE, *AI, Antitrust & Privacy*, op. cit.

rappresentano ambiti in cui il confine tra tutela della concorrenza e protezione dei diritti fondamentali si fa sempre più sottile. L'inclusione della dimensione della *privacy* nel diritto della concorrenza, già teorizzata e sperimentata nel contesto digitale, potrà essere estesa all'IA per garantire che le pratiche di mercato non compromettano la dignità e l'autodeterminazione informativa dei cittadini.

Si segnala, infine, che nel novembre 2025 è stato avviato uno dei primi procedimenti antitrust nei mercati dell'IA, riguardante Meta, sospettata di abuso di posizione dominante attraverso l'integrazione tra WhatsApp e il proprio chatbot di intelligenza artificiale¹⁸²⁶.

¹⁸²⁶ AGCM, A576, Avvio procedimento cautelare nei confronti di Meta per abuso di posizione dominante, 2025.

BIBLIOGRAFIA

Manuali e riviste

AAKASH S., *The Globalization of Antitrust Law: History and Future*, in *SSRN Electronic Journal*, 2022.

ABBOTT A., SHREPEL T., *Artificial Intelligence and Competition Policy*, in *Concurrences*, 2024.

ABBOTT F., *Excessive Pharmaceutical Prices And Competition Law: Doctrinal Development To Protect Public Health*, in *UC Irvine Law review*, 2016.

ACQUISTI A., CURTIS T., LIAD W., *The Economics Of Privacy*, in *Journal Of Economic Literature*, 2016.

ACQUISTI A., *Privacy and Market Failures: Three Reasons for Concern, and Three Reasons for Hope*, in *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, 2012.

ACQUISTI A., *Privacy In Electronic Commerce And The Economics Of Immediate Gratification*, in *Proceedings Of The 5th Acm Conference On Electronic Commerce*, 2004.

AKMAN P., GARROD L., *When Are Excessive Prices Unfair?*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2011.

AKMAN P., *Searching for the Long-Lost Soul of Article 82 EC*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2009.

AKMAN P., *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economic Approaches*, Hart Publishing, Oxford, 2012.

AKMAN P., *The role of “freedom” in EU competition law*, in *Cambridge University Press, Legal Studies*, 2014.

AKMAN P., *The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law*, in *Journal Of Law, Technology & Policy*, 2017.

ALBAEK S., *Consumer Welfare in EU Competition Policy*, in NEERGAARD, POULSEN, HEIDE-JØRGENSEN, BERGQVIST, *Aims and Values in Competition Law*, Hart Publishing, Copenhagen, 2013, pp. 67-88.

ALEXANDER L., *Privacy And Antitrust At The Crossroads Of Big Tech*, in *American Antitrust Institute*, 2021.

ALIMO H., MAJCHER K., *The concept of fairness: linking EU Competition and data protection in the digital market place*, in *European Law Review*, 2017.

AMATO G., *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, Il Mulino, 1998.

AMMANTI, A CANEPA, G.L. GRECO, U. MINETTI (A Cura Di), *Algoritmi, Big Data, Piattaforme Digitali. La Regolazione Dei Mercati In Trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2021.

ANCHUSTEGUI I. H., *Competition Law through an Ordoliberal Lens*, in *Scandinavian University Press*, 2015.

ANDRIYCHUK O., *Rediscovering The Spirit Of Competition: On The Normative Value Of The Competitive Process*, in *European Competition Journal*, 2010.

ATHEY S., *Information, Privacy and the Internet: An Economic Perspective*, in *CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis*, 2014.

ATHEY, S. *Information, Privacy, And The Internet: An Economic Perspective*, in *Central Planbureau*, 2014;

AUSLOOS J., *The Right To Erasure In Eu Data Protection Law*, in *Oxford University Press*, 2020.

AVERIT N., W., LANDE, R. H., *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, in *Antitrust Law Journal*, 1997.

AVERITT N. W., LANDE R.H., *Consumer Choice: The Practical Reason For Both Antitrust And Consumer Protection Law*, In *Loyola Consumer Law Review*, 1998.

AYAL A., *The market for bigness: economic power and competition agencies' duty to curtail it*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2013.

BACH J., *The Red and the Black: China's Social Credit Experiment as a Total Test Environment*, in *British Journal of Sociology*, 2020.

BALASINGHAM B., A. S. D'AMICO, *Beyond exclusion: revisiting exploitative abuses in digital platform markets*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024.

BARTALEVICH D., *The Influence Of The Chicago School On The Commission's Guidelines, Notices And Block Exemption Regulations In Eu Competition Policy*, in *Journal Of Common Market Studies*, 2016.

BATTAGLIA F., *Il consumatore digitale nel diritto dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, 2023.

BATTAGLIA F., *La sentenza Meta Platforms: riflessioni in materia di valore dei dati e libera espressione del consenso*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023.

BEHRENS P., *The consumer choice paradigm in German ordoliberalism and its impact on EU competition law*, in NIHOUL e CHARBIT, *Choice, A New Standard for Competition Law Analysis?*, *Concurrences*, 2016.

BINNS R. ET AL., *Third Party Tracking In The Mobile Ecosystem*, in *Proceedings of the 10th ACM Conference on Web Science*, 2018.

BLAIR, R., SOKOL D., *The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach*, in *Antitrust Law Journal*, 2012.

BLOUSTEIN E., *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*, in *New York University Law Review*, 1964.

BOERMAN, S. C., KRUIKEMEIER, S., ZUIDERVEEN BORGESIOUS, F. J., *Online Behavioral Advertising: A Literature Review and Research Agenda*, in *Journal of Advertising*, 2017.

BORGESIOUS F., POORT J., *Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 2017.

BORK R. H., *Legislative intent and the policy of the Sherman Act*, in *The Journal of Law and Economics*, 1966.

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

BÖSCH C. ET AL., *Tales From The Dark Side: Privacy Dark Strategies And Privacy Dark Patterns*, in *Proceedings On Privacy Enhancing Technologies*, 2016.

BOSTOEN F., *Artificial Intelligence and Competition Law*. In: Smuha NA, ed. *The Cambridge Handbook of the Law, Ethics and Policy of Artificial Intelligence*. Cambridge Law Handbooks. Cambridge University Press, 2023.

BOSTOEN F., *Understanding The Digital Markets Act*, in *Antitrust Bulletin*, 2023.

BOSTOEN F., VAN WAMEL D., *Antitrust Remedies: From Caution to Creativity*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2023.

BOTTA M., WIEDEMANN K., *The Interaction of EU Competition Law and Data Protection Law in the Digital Economy*, in *Common Market Law Review*, 2019.

BOTTA M., WIEDEMANN K., *EU Competition Law Enforcement Vis-À-Vis Exploitative Conducts in the Data Economy Exploring the Terra Incognita*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition*, 2018.

BOTTA M., WIEDEMANN K., *Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision*, in *Journal of European Competition Law Practice*, 2019.

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*, in *Antitrust Bulletin*, 2019.

BOURREAU M., DE STREEL A., *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*, in *SSRN Electronic Journal*, 2019.

BRODLEY J. F., *The Economic Goals Of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, And Technological Progress*, in *New York University Law Review*, 1987.

BUDZINSKI O., GRUSEVAJA M., NOSKOVA V., *The Economics of the German Investigation of Facebook's Data Collection*, in *SSRN electronic Journal*, 2020.

BUITEN M. C., *Regulating Data Giants: Between Competition Law and Data Protection Law*, in MATHIS e TOR, *New Developments in Competition Law and Economics*, Springer International Publishing 2019.

BUITEN M. C., *Regulating Data Giants: Between Competition Law and Data Protection Law*, in MATHIS, TOR, *New Developments in Competition Law and Economics*, Springer, 2019.

BURRI M., *Understanding the Implications of Big Data and Big Data Analytics for Competition Law*, in MATHIS e TOR, *New Developments in Competition Law and Economics*, Springer International Publishing 2019.

BUTTARELLI G., *This is not an article on data protection and competition law*, in *CPI Antitrust Chronicle*, 2019.

CABRAL, J. HAUCAP, G. PARKER, G. PETROPOULOS, T. VALLETTI, M. VAN ALSTYNE, *The EU Digital Markets Act*, European Commission, 2021.

CAFFARRA C., RYAN J., *Why Privacy Experts Need A Place At The Antitrust Table*, in *Promarket*, 2021.

CANEPA A., *I Mercati Dell'era Digitale. Un Contributo Allo Studio Delle Piattaforme*, Giappichelli, Torino, 2020.

Cfr. C. LAZARO, D. LE MÉTAYER, *Control over Personal Data: True Remedy or Fairy Tale?*, in *SCRIPTed*, 2015.

CHARLES F., *An Anatomy of Values: Problems of Personal and Social Choice*, in *Harvard University Press*, 1970,

CHEN M., MAO S., ZHANG Y., LEUNG V. C., *Big Data: Related Technologies, Challenges And Future Prospects*, in Springer, 2014.

CLIFFORD D., PATERSON J. M., *Consumer Privacy and Consent: Reform in the Light of Contract and Consumer Protection Law*, in *Australian Law Journal*, Vol. 94, No. 10, 2020.

COHEN J. E., *Configuring the Networked Self: Law, Code, and the Play of Everyday Practice*, in Yale University Press, 2012.

COLANGELO G. E M. MAGGIOLINO, *Data Protection In Attention Markets: Protecting Privacy Through Competition?*, in *Journal Of European Competition Law & Practice*, 2017.

COLANGELO G. E MAGGIOLINO M., *Antitrust Über Alles. Whither Competition Law After Facebook?*, in *World Competition Law And Economics Review*, 2019.

COLANGELO G. E MAGGIOLINO M., *Big Data, Data Protection And Antitrust In The Wake Of The Bundeskartellamt Case Against Facebook*, In *Antitrust & Public Policies*, 2017.

COLANGELO G., *Accesso Ai Data E Condizioni Di Licenza F/Rand*, in FALCE, GHIDINI, OLIVIERI, *Informazione E Big Data Tra Innovazione E Concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2018.

COLANGELO G., *Big Data, Piattaforme Digitali E Antitrust*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2019.

COLANGELO G., MAGGIOLINO M., *Data Accumulation And The Privacy-Antitrust Interface: Insights From The Facebook Case For The EU And The U.S.*, in *TTLF Working Paper*, 2018.

COLANGELO G., MAGGIOLINO M., *Data Protection In Attention Markets: Protecting Privacy Through Competition?*, In *Journal Of European Competition Law & Practice* 363, 2017.

COLANGELO G., *The Privacy-Antitrust Curse: Insights From Gdpr Application In Eu Competition Law*, in *International Centre For Law And Economics*, 2023.

COLANGELO M., DESOGUS C., *Antitrust Scrutiny Of Excessive Prices In The Pharmaceutical Sector: A Comparative Study Of The Italian And UK Experiences*, in *World Competition*, 2018.

COLINO S. M., *The Antitrust F Word: Fairness Considerations In Competition Law*, in *Journal of Business Law*, 2019.

CONDORELLI D., PADILLA J., *Data-Driven Envelopment With Privacy-Policy Tying*, in *SSRN Electronic Journal*, 2020,

CONDORELLI D., PADILLA J., *Harnessing Platform Envelopment In The Digital World*, in *Journal Of Competition Law & Economics*, 2022.

CONTALDI G., *Diritto europeo dell'Economia*, Giappichelli editore, Torino, 2019.

CONTALDI G., *Il DMA (Digital Markets Act) può contribuire alla protezione dei dati degli utenti online?*, in *Diritti umani e diritto internazionale, Rivista quadrimestrale*, 2023.

COSTA-CABRAL F., LYNSKEY O., *Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law* in *Common Market Law Review*, 2017.

CRÉMER J., DE MONTJOYE Y.-A., SCHWEITZER H., *Competition Policy for the Digital Era*, in *European Commission Report* 2019.

CSERES K. J., *Competition Law and Consumer Protection*, in *Kluwer Law International*, 2005.

D'AMICO A. S., PELEKIS D., CRISTIANA S. DUIVENVOORDE B., *Meta's Pay-or-Okay Model: An Analysis Under EU Data Protection, Consumer, and Competition Law*, in *Utrecht University School of Law Research Paper*, 2024.

D'AMICO, A. *Market Power And The Gdpr: Can Consent Given To Dominant Companies Ever Be Freely Given?*, in *Utrecht University School Of Law Research Paper*, 2023.

DASKALVOLA V., *Consumer Welfare in EU Competition Law: What Is It (Not) About?*, in *Competition Law Review*, 2012.

DE MAURO A., GRECO M. GRIMALDI M., *A Formal Definition of Big Data Based on Its Essential Features*, in *Library Review*, 2016.

DE MICHEL F., ABECASIS P., MAIER N., HAANPERÄ T., *Digital Ecosystem Mergers: A Convenient Lock-In?*, in *Copenhagen Economics*, 2023.

DE MONCUIT A., *In which ways should privacy concerns serve as an element of the competition assessment*, in *European Commission*, 2018.

DE STREEL A., CRÉMER J., HEIDHUES P., FLETCHER A., KIMMELMAN G., MONTI G., PODSZUN R., SCHNITZER M., SCOTT MORTON F., *The Effective Use of Economics in the EU Digital Markets Act*, 2023, in *Yale Tobin Center for Economic Policy*, 2023.

DE STREEL A., FEASEY R., KRAMER J., MONTI G., *Making Digital Markets More Resilient And Effective*, in *Cerre, Centre On Regulation in Europe*, 2021.

DEUTSCHER E. *The Historical and Conceptual Foundations of the Competition–Democracy Nexus*, in *Competition Law and Democracy: Markets as Institutions of Antipower.*, in *Global Competition Law and Economics Policy*, Cambridge University Press, 2024.

DEUTSCHER E., *How to Measure Privacy-Related Consumer Harm in Merger Analysis? A Critical Reassessment of the EU Commission's Merger Control in Data-Driven Markets*, Faculty of Law, Stockholm University Research Paper, 2017.

DINEV T., HART P., *An Extended Privacy Calculus Model For E-Commerce Transactions*, in *Information Systems Research*, 2003.

DREXL J., *Anti-competitive stumbling stones on the way to a cleaner world: protecting competition in innovation without a market*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2012.

DREXL J., *Designing Competitive Markets For Industrial Data – Between Propertisation And Access*, In *Journal Of Intellectual Property*, in *Information Technology And Electronic Commerce Law*, 2017.

DUNNE N., *Commitment Decisions in EU Competition Law*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2014.

DUNNE N., *From Coercion to Cooperation: Settlement within EU Competition Law*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 2019.

ECONOMIDES N., LIANOS I., *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Competition Law Perspective*, in *Antitrust Law Journal*, 2018.

ECONOMIDES N., LIANOS I., *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Market Failure Perspective*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2021.

ELZINGA K. G., WEBBER M., *Louis Brandeis and Contemporary Antitrust Enforcement*, in *Touro Law Review*, 2022.

ESAYAS S. Y., *Competition in (Data) Privacy: 'Zero'-Price Markets, Market Power, and the Role of Competition Law*, in *International Data Privacy Law*, 2018.

ESAYAS S. Y., *Data Collection and Unfair Privacy Policies as Forms of Abuse of Dominance*, in *Data Privacy and Competition Law in the Age of Big Data: Unpacking the Interface Through Complexity Science*, *Oxford Data Protection & Privacy Law*, 2024.

EUCKEN W., *Grundsätze Der Wirtschaftspolitik*, Mohr Siebeck, 7th edition, 2004.

EVANS D. S., *The Economics of Attention Markets*, in SSRN, 2020.

EVANS D. S., *Multisided Platforms, Dynamic Competition, And The Assessment Of Market Power For Internet-Based Firms*, in *University Of Chicago Coase-Sandor Institute For Law & Economics*, 2016.

EVANS D. S., PADILLA J. A., *Excessive Prices: Using Economics To Define Administrable Legal Rules*, in *Journal of Competition Law and Economics*, 2005.

EVANS D. S., SCHMALENSEE R., *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*, in *Harvard Business Review Press*, 2016.

EVANS D. S., *The Antitrust Economics Of Free*, in *Competition Policy International*, 2011.

EVANS D. S., *The Online Advertising Industry: Economics, Evolution And Privacy*, in *Journal Of Economic Perspectives*, 2009.

EZRACHI A., *Competition And Beyond: The Open Textured Discourse Of EU Competition Law*, *Current Legal Problems*, 2017.

EZRACHI A., *EU Competition Law Goals and the Digital Economy*, in *Oxford Legal Studies*, 2018.

EZRACHI A., *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*, Hart Publishing, 2018.

EZRACHI A., GILO D., *The Darker Side Of The Moon: Assessment Of Excessive Pricing And Proposal For A Post-Entry Price-Cut Benchmark*, in EZRACHI, *Article 82 EC: Reflections On Its Recent Evolution*, Hart Publishing, 2009.

EZRACHI A., ROBERTSON V. H. S. E., *Competition, Market Power And Third-Party Tracking*, in *World Competition*, 2019.

EZRACHI A., *Sponge*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2017.

EZRACHI A., STUCKE M. E., *Digitalisation and Its Impact on Innovation*, *Report Prepared for the European Commission E., DG Research & Innovation*, 2018.

EZRACHI A., STUCKE M. E., *The Curious Case of Competition and quality*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, *Oxford Legal Studies*, 2014.

EZRACHI A., STUCKE M.E., *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*, in *Oxford Legal Studies Research Paper*, 2015.

EZRACHI A., *The Competitive Effects of Digital Dominance*, in MOORE e TAMBINI, *Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*, Oxford University Press, 2018.

FALAHRASTEGAR M., HADDADI H., UHLIG S., MORTIER R., *Anatomy Of The Third-Party Web Tracking Ecosystem*, in Arxiv:1409.1066, 2014.

FALCE V., *Digital Markets between Regulation and Competition policy. Converging agendas. European*, in *Journal of Privacy Law & Technologies*, 2021.

FALCE V., GHIDINI G., *Informazione E Big Data Tra Innovazione E Concorrenza*, Giuffrè, 2018.

FARRELL J., KLEMPERER P., *Coordination And Lock-In: Competition With Switching Costs And Network Effects*, in *Handbook Of Industrial Organization*, 2007.

FILISTRUCCHI L., D. GERADIN, E.V. DAMME, P. AFFELDT, *Market definition in two-sided markets: theory and practice*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2014.

FLORIDI L., *Soft Ethics and the Governance of the Digital*, in *Philosophy & Technology*, 2019.

FLORIDI L., *The Ontological Interpretation of Informational Privacy*, in *SSRN Electronic Journal*, 2023.

FOUCAULT, M., *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France*, in *Springer*, 2008.

FOX E. M., GERARD D., *EU Competition Law: Cases, Texts, and Context*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2017.

FRANK J., PEITZ M., *Market definition and market power in the Platform Economy*, in *Centre of Regulation in Europe*, 2019.

FRED H., MAYER-SCHÖNBERGER C. AND V., *Notice and Consent in a World of Big Data*, in *International Data Privacy Law*, 2013.

GAL M. S., PETIT N. *Radical Restorative Remedies For Digital Markets*, in *Berkeley Technology Law Journal*, 2021.

GAL M., RUBINFELD D.L., *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*, in *Antitrust Law Journal*, 2016.

GAMBARO M., *Concorrenza E Pluralismo Nel Mercato Di Internet: La Prospettiva Economica*, in BASSANI, POLLICINO, FROSINI, *Le Libertà Fondamentali Nell'era Di Internet*, Mondadori, Milano, 2017.

GEBICKA A., HEINEMANN A., *Social Media & Competition Law*, in *World Competition*, 2014.

GERADIN D., PETIT N., *Remedies in EU Competition Law: Substance, Process and Policy*, Wolters Kluwer, 2018.

GERBER D. J., *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe*, in *American Journal of Comparative Law*, 1994.

GERBER D., *Law And Competition In Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, in *Oxford University Press*, 1998.

GERBRANDY A., *Rethinking Competition Law within the European Economic Constitution*, in *Journal of Common Market Studies*, 2019.

GEROSKI P. A., *Competition in Markets and Competition for Markets*, in *Journal of Industry, Competition and Trade*, 2003.

GIOLCOLI N., *Competition Versus Property Rights: American Antitrust Law, The Freiburg School, And The Early Years Of European Competition Policy*, in *Journal Of Competition Law And Economics*, 2009.

GRAEF I., *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, in *World Competition Law and Economics Review*, 2015.

GRAEF I., VAN DER SLOOT B., *Collective Data Harms At The Crossroads Of Data Protection And Competition Law: Moving Beyond Individual Empowerment*, in *European Business Law Review*, 2022.

GRAEF I., *When data evolves into market power: Data concentration and data abuse under competition law*, in MOORE, TAMBINI, *Digital dominance: The power of Google, Amazon, Facebook, and Apple*, Oxford University Press, 2018.

GRAEF, I., *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, in *World Competition*, 2015.

GROCHOWSKI M., JABŁONOWSKA A., LAGIOIA F., SARTOR G., *Algorithmic Price Discrimination and Consumer Protection: A Digital Arms Race?*, in *Technology and Regulation*, 2022.

GRUNES, A. P., *Another Look At Privacy*, in *George Mason Law Review*, 2013.

HAWK B. E., *Antitrust and Competition Laws*, Huntington, NY, Juris Publishing, 2020.

HOFFMANN J., JOHANNSEN G., *EU-Merger Control & Big Data On Data-Specific Theories of Harm and Remedies*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper*, 2019.

HOVENKAMP, H. J., *Distributive Justice and Consumer Welfare in Antitrust*, in *SSRN Electronic Journal*, 2011,

HUFFMAN, M., *Neo-Behavioralism?*, in *SSRN Electronic Journal*, 2010.

HULL G., *Successful Failure: What Foucault Can Teach Us About Privacy Self-Management In A World Of Facebook And Big Data*, in *Ethics And Information Technology*, Springer, 2014.

IACOVIDES M.C., VRETTOS C., *Green Or Grey? Eu Competition Policy, Sustainability, And The Green Deal: The Degrowth Policy Agenda*, 2024.

IL-HORN H. ET AL, *Online Information Privacy: Measuring The Cost-Benefit Trade-Off*, in *International Conference Of Information Systems Proceeding*, 2002.

IVALDI M., PETIT N., UNEKBAS S., *Killer Acquisitions: Evidence from EC Merger Cases in Digital Industries*, in *Antitrust Law Journal*, 2025.

JONES HARBOUR P., KOSLOV T, *Section 2 In A Web 2.0 World: An Expanded Vision Of Relevant Product Markets*, in *Antitrust Law Journal*, 2010.

KAHN J., *Privacy as a Legal Principle of Identity Maintenance*, in *Seton Hall Law Review*, 2003.

KALIMO H., MEJCHER K., *The Concept Of Fairness: Linking EU Competition And Data Protection Law In The Digital Marketplace*, in *European Law Review*, 2017.

KAPLOW L., *On the Choice of Welfare Standards in Competition Law*, in ZIMMER, *The Goals of Competition Law*, Edward Elgar Publishing, 2012.

KAPLOW L., SHAPELL S., *Fairness Versus Welfare*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.

KERBER W., *Digital Markets, Data, And Privacy: Competition Law, Consumer Law And Data Protection*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016.

KERBER W., *Should competition law promote efficiency? : some reflections of an economist on the normative Foundations of competition law*, in DREXL, IDOT, MONEGER, *ECONOMIC THEORY AND COMPETITION LAW*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008.

KERBER W., ZOLNA, 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.

KHAN L., *Amazon's Antitrust Paradox*, in *Yale Law Journal*, 2017.

KHAN L., *The end of antitrust history revisited*, in *Harvard Law Review*, 2020.

KHAN L., *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018.

KHAN L., *The Separation Of Platforms And Commerce*, in *Columbia Law Review*, 2019.

KHEMANI R. S., AND SHAPIRO D. M., *OECD Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, in *OECD Glossary of Statistical Terms*, 1993.

KIMMELMAN E. ET AL, *The Limits Of Antitrust In Privacy Protection*, in *International Data Privacy Law*, 2018.

KIRA B., SINHA V., SRINIVASAN S., *Regulating Digital Ecosystems: Bridging The Gap Between Competition Policy And Data Protection*, in *Industrial And Corporate Change*, 2021.

KIRKWOOD J. LANDE R.H., *The fundamental goal of antitrust: protecting consumers, not increasing efficiency*, in *Notre Dame Law Review*, 2008.

KIRKWOOD J., LANDE R. H., *The Chicago School's Foundation Is Flawed: Antitrust Protects Consumers, Not Efficiency*, in PITOFSKY, *How The*

Chicago School Overshot The Mark: The Effect Of Conservative Economic Analysis On U.S. Antitrust, Oxford University Press, 2008.

KLOZA S., DE HERT P., *Towards A European Data Protection Framework As Part Of The Digital Single Market*, in *Information Policy*, 2016.

KOLTAY G. ET AL, *Concentration And Competition: Evidence From Europe And Implications For Policy*, in *Journal Of Competition Law & Economics*, 2023.

LAMADRID A. AND IBÁÑEZ COLOMO P., *The ARA “consent decree” – a new enforcement tool for abuse cases ante portas?*, in *Chillin’Competition*, 2016.

LANDE R. H., *Wealth Transfers As the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, in *Hastings*, 1982.

LANDE R., AVERITT N. W., *Using The 'Consumer Choice' Approach To Antitrust Law*, in *Antitrust Law Journal*, 2007.

LANDE R., *The Microsoft-Yahoo Merger: Yes, Privacy is an Antitrust Concern*, in *University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper*, 2008.

LIANOS I., *A Law and Political Economy Approach to Ecosystems and Competition Law*, in *SSRN Electronic Journal*, 2024.

LIANOS I., *Competition law remedies in Europe*, in LIANOS e GERADIN, *Handbook on European Competition Law: Enforcement and Procedure*, Edward Elgar, 2013.

LIANOS I., *Competition Law Remedies: In Search of a Theory*, LIANOS e SOKOL, *The Global Limits of Competition Law*, Stanford University Press, 2012.

LIANOS I., *Polycentric Competition Law, Current Legal Problems*, in *Oxford Accademics*, 2018.

LIANOS I., *Some Reflections On The Question Of The Goals Of EU Competition Law*, in *CLES Working Paper*, 2013.

LIANOS I., *The Principle of Effectiveness, Competition Law Remedies and the Limits of Adjudication*, in *CLES Research Paper*, 2014.

LIBERTINI M., *Abuso Del Diritto E Abuso Di Posizione Dominante*, In *Rivista Orizzonti del diritto commerciale*, 2018.

LINDMAN ET AL, *Big Tech's Power, Political Corporate Social Responsibility And Regulation*, in *Journal Of Information Technolog*, 2023.

LYNSKEY O., *Aligning Data Protection Rights with Competition Law Remedies*, in *European Competition Journal*, 2020.

LYNSKEY O., *The Foundations of EU Data Protection Law*, in *Oxford University Press*, 2015.

MACCARTHY M., *Privacy As A Parameter Of Competition In Merger Reviews*, in *Federal Communications Law Journal*, 2020.

MAGALI E., *How Freee Internet Services Challenge Traditional Antitrust Tools: Personal Data As A Price*, in *SSRN Electronic Journal*, 2016.

MAGGIOLINO M., *I Big Data e il Diritto Antitrust*, Egea Editore, Milano, 2018.

MALGIERI G., CUSTERS B., *Pricing Privacy – The Right To Know The Value Of Your Personal Data*, in *Computer Law & Security Review*, 2018.

MANNE A., SPERRY B., *The Problems And Perils Of Bootstrapping Privacy And Data Into An Antitrust Framework*, in *CPI Antitrust Chronicle*, 2015.

MANNE G.A., SPERRY B., *The Law And Economics Of Data And Privacy In Antitrust Analysis*, in *Tprc Conference Paper*, 2015.

MANZINI P. (a cura di), *I Confini Dell'antitrust. Diseguaglianze Sociali, Diritti Individuali, Concorrenza*, Giappichelli Editore, 2023.

MANZINI P., *Antitrust E Privacy: La Strana Coppia*, in MANZINI, *I Confini Dell'antitrust: Diseguaglianze Sociali, Diritti Individuali, Concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2023.

MANZINI P., *Casi e materiali di diritto antitrust europeo*, Giappichelli editore, 2021.

MANZINI P., *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Giappichelli editore, 2023.

MANZINI P., *Equità E Contendibilità Nei Mercati Digitali: La Proposta Di Digital Market Act*, in *AISDUE*, 2021.

MANZINI P., *Figli Di Un Dio Minore: Gli Abusi Di Sfruttamento Nel Diritto Antitrust Europeo*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2022.

MANZINI P., *Il Digital Market Act Decodificato*, in MANZINI, *Unione Europea 2020. I Dodici Mesi Che Hanno Segnato L'integrazione Europea*, Cedam, Milano 2021.

MARANGOS J., *The Evolution Of The Anti-Washington Consensus Debate: From "Post-Washington Consensus" To "After The Washington Consensus"*, in *Competition & Change*, 2008.

MARSDEN P., *Google Shopping for the Empress, New Clothes—When a Remedy Isn't a Remedy (and How to Fix it)*, JECLAP 2020.

MARTENS B., *Data Protection and Competition Law – Which is the better tool?*, in *JRC Working Paper*, 2018.

MARTY F., *Is The Consumer Welfare Obsolete? A European Union Competition Law Perspective*, in *Gredeg Working Paper*, 2020.

MATHIS K., STEFFEN A., *From Rational Choice To Behavioural Economics*, in MATHIS, *European Perspectives On Behavioural Law And Economics, Economic Analysis Of Law*, In *European Legal Scholarship*, Springer, 2015.

MAURICE E. STUCKE M. E., ALLEN P. G., *Big Data and Competition Policy*, in *Oxford University Press* 2016.

MAURICE S. E., EZRACHI A., *When Competition Fails to Optimize Quality: A Look at Search Engines*, in *Yale Journal of Law & Technology*, 2016.

MCLEAN A., *Innovation Against Change*, in *Journal Of Antitrust Enforcement*, 2024.

MELAMED D., *Afterword: The Purpose of Antitrust Remedies*, in *Antitrust Law Journal*, 2009.

MELAMED D., PETIT N., *The misguided assault on the consumerwelfare standard in the age of platform markets*, in *Review of Industrial Organization*, 2019.

MICKLITZ H., *The Politics Of Justice In European Private Law*, in Cambridge University Press, 2018.

MIDIRI M., *Poteri Pubblici E Giurisdizione*, Torino, 2011.

MONTES R., SAND-ZANTMAN W., VALLETTI T. M., *The Value Of Personal Information In Markets With Endogenous Privacy*, Working Paper n. 583, in Tolouse School of Economics, 2017.

MONTI G., *EU Competition Law and Regulation in the Digital Era*, Oxford University Press, 2022.

MONTI G., *The Digital Markets Act – Institutional Design And Suggestions For Improvement*, in *European Competition and Regulatory Law Review*, 2021.

MOTTA G., DE STREEL A., *Excessive Pricing in Competition Law*, in *Concurrences Review*, 2007.

MOTTA M., *Competition Policy: History, Objectives, and the Law*, in *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004.

MOTTA M., *Competition Policy: Theory And Practice*, Cambridge University Press, 2004.

MOUSMOUTI M., *Introduction to the Symposium on Effective Law and Regulation*, European Journal of Risk Regulation, 2018.

MÜLLER-ARMACK, *Soziale Marktwirtschaft*, in MÜLLER-ARMACK, *Wirtshafsordnung und Wirtschaftspolitik*, in *Studien und Konzepte zur Socialen Marktwirtschaft und zur Europäischen Integration*, 1976.

MUSCOLO G., *Big Data E Concorrenza, Quale Rapporto?*, in FALCE, GHIDINI, OLIVIERI, *Informazione E Big Data Tra Innovazione E Concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2018.

NAZZINI R., *Antitrust Enforcement And Privacy Standards*, In CANNATACI, FALCE, e POLLICINO, *Legal Challenges Of Big Data*, Edward Elgar, 2020.

NEWMAN J., *The Output-Welfare Fallacy: A Modern Antitrust Paradox*, in *Iowa Law Review*, 2022.

NEWMAN N., *The Costs of Lost Privacy: Consumer Harm and Rising Economic Inequality in the Age of Google*, in *William Mitchell Law Review*, 2014.

NEWMAN, J. M., *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2015.

NIHOUL P., CHARBIT. N. ET AL, *Choice: A New Standard For Competition Law Analysis?*, in *Concurrences*, 2016.

NIHOUL P., *Choice As A Goal In Competition Law*, In *Journal Of Competition Law & Economics*, in *Oxford University Press*, 2012.

NISSENBAUM M., *Privacy In Context*, Stanford University Press, 2010.

NISSENBAUM, H., *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*, In *Stanford University Press*, 2010.

NUNEZ R., *The nature of legislative intent and the use of legislative documents as extrinsic aids to statutory interpretation: a reexamination*, in *California Western Law Review*, 1972.

ODUDU O., *The Distributional Consequences of Antitrust*, in MARSDEN, *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*, Edward Elgar Publishing, 2006.

ODUDU O., *The Wider Concerns Of Competition Law*, in *Oxford Journal Of Legal Studies*, 2010.

OECD *Algorithmic pricing and competition in G7 jurisdictions: Emerging trends and responses*, OECD Publishing, Paris, 2025.

OECD, *Algorithmic Competition – Note By The European Union*, DAF/COMP/WD,2023.

OECD, *Algorithmic Competition OECD*, in *Competition Policy Roundtable Background Note*, *OECD Background Note*, 2023.

OECD, *Artificial intelligence, data and competition*, *OECD Artificial Intelligence Papers*, No. 18, OECD Publishing, Paris, 2024.

OECD, *Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*, in *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 193, OECD Publishing, Paris, 2016.

OECD, *Competition for the Market: Background note by the Secretariat*, 2019.

OECD, *Competition in Digital Advertising Markets*, in *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 259, OECD Publishing, Paris, 2021.

OECD, *Conglomerate Effects of Mergers - Background note by the Secretariat*, 2020.

OECD, *Consumer Data Rights and Competition*, in *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 247, OECD Publishing, Paris, 2020.

OECD, *Data shaping firms and markets*, in *OECD Digital Economy Papers*, No. 344, OECD Publishing, Paris, 2022.

OECD, *Data-Driven Innovation for Growth and Well-Being: Interim Synbook Report*, 2014.

OECD, *Data-Driven Innovation for Growth and Well-Being: Interim Synbook Report*, 2014.

OECD, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, in *OECD Publishing*, Paris, 2015.

OECD, *Explanatory memoranda of the OECD Privacy Guidelines*, in *OECD Digital Economy Papers*, No. 360, OECD Publishing, Paris, 2023.

OECD, *Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*, in *OECD Digital Economy Paper No 220*, 7, 2013.

OECD, *Extraterritorial Reach of Competition Remedies, Roundtable—Note by the European Union*.

OECD, *Quality Considerations in Digital Zero-Price Markets*, in *OECD Publishing*, 2018.

OECD, *Remedies and Commitments in Abuse Cases – Contribution from the European Union*, 2022.

OECD, *Remedies and Commitments in Abuse Cases*. Competition Policy Roundtable Background Note, 2022;

OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, in *OECD Publishing*, Paris, 2018.

OECD, *The Consumer Welfare Standard - Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards*, in *OECD Competition Policy Roundtable Background Note*, 2023.

OECD, *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy*, in *OECD Competition Policy Roundtable Background Note*, 2022.

OECD, *The Evolving Privacy Landscape: 30 Years After the OECD Privacy Guidelines*, in *OECD Digital Economy Papers*, No. 176, *OECD Publishing*, Paris, 2011.

OECD, *The interaction between competition and democracy*, in *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 316, *OECD Publishing*, Paris, 2024.

OECD, *The intersection between competition and data privacy*, in *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 310, *OECD Publishing*, Paris 2024.

OECD, *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis: Key findings, summary and notes*, in *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, No. 141, *OECD Publishing*, Paris, 2013.

OHLHAUSEN M., OKULIAR A., *Competition, Consumer Protection, And The Right [Approach] To Privacy*, in *Antitrust Law Journal*, 2015.

OLIVIERI G., *L'abuso Di Posizione Dominante*, in *Diritto Industriale: Proprietà Intellettuale E Concorrenza*, 2009.

OLIVIERI G., *Sulle “Relazioni Pericolose” Fra Antitrust E Privacy Nei Mercati Digitali*, in *Orizzonti Del Diritto Commerciale*, 2021.

ORBACH B., *How Antitrust Lost Its Goal*, in *Fordham Law Review*, 2013.

ORBACH, B., *The Antitrust Consumer Welfare paradox*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2011.

PARK S., *Market Power in Competition for the Market*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2009.

PASQUALE F., *Privacy, Antitrust, And Power*, in *George Mason Law Review*, 2013.

PATERSON J., CHANG M., CHEONG S., CULNANE C., DREYFUS S., MCKAY D., *The Hidden Harms of Targeted Advertising by Algorithms and Interventions from the Consumer Protection Toolkit*, in *International Journal of Consumer Law and Practice*, 2021.

PEDRINI F., *Le Clausole Generali, Profili Teorici E Aspetti Costituzionali*, Bologna, 2013.

PERSCH J., *The Output/Sustainability Paradox – A Pro-Enforcement Perspective On Sustainability In Eu Competition Law*, in *The Competition Law Review*, 2022.

PHELPS J., D'SOUZA G., NOWAK G., *Antecedents And Consequences Of Consumer Privacy Concerns: An Empirical Investigation*, in *Journal Of Interactive Marketing*, 2001.

PICHT P. G., *AI Competition Law '25 a first survey*, SSRN Library, 2025

PICHT P., *Abuse Of Dominance And Data Protection – An Emerging Interface Between Competition Law And Data Protection Law*, in *Journal Of European Consumer And Market Law*, 2018.

PITOFISKY R., *The political content of antitrust*, in *University of Pennsylvania Law Review* 1979.

PITOFISKY, R., *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, in *Oxford University Press*, 2008.

PODSZUN R., *Digital Ecosystems, Decision-Making, Competition and Consumers – On the Value of Autonomy for Competition*, in *SSRN Electronic Journal*, 2019.

PODSZUN R., *Empfiehl Sich Eine Stärkere Regulierung Von Online-Plattformen Und Anderen Digitalunternehmen, Gutachten Für Den Deutschen Juristentag*, 2020.

PODSZUN R., *The Consumer As A Market Player: Competition Law, Consumer Choice And Data Protection In The German Facebook Decision*, In *Grur* 2020.

POLLICINO O., *L' "autunno caldo" della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali in rete e le sfide del costituzionalismo alle prese con i nuovi poteri privati in ambito digitale*, in *Federalismi*, 2019.

POSNER R., *The Chicago School Of Antitrust Analysis*, in *University Of Pennsylvania Law Review*, 1979.

POSNER R., *The Economics Of Justice*, in *Harvard University Press*, 1981.

POSNER, R.A., *Antitrust Law*, in *University of Chicago Press*, 2001.

PURNHAGEN K., ROTT P., *The Eu's Competition Law And Consumer Protection In The Digital Economy*, in *Common Market Law Review, Kluwer Law International*, 2020.

RICHTER H., STRAUB M., TUCHTFELD E., BURI I., VAN HOBOKEN J.V. J., AND DE GREGORIO G., POLLICINO O., PEUKERT A., APPELMAN N., QUINTAIS J. P., FAHY R., ZECH H., GOANTA C., RUSCHEMEIER H., LEERSSEN P., JANAL R., RODRÍGUEZ DE LAS HERAS B. T., GRAEF I., JENS-UWE F., PEITZ M., PODSZUN R., PICHT P. G., VERGNOLLE S., *To Break Up or Regulate Big Tech? Avenues to Constrain Private Power in the DSA/DMA Package* in, *Max Planck Institute for Innovation & Competition*, 2021.

RITTER C., *How Far Can the Commission Go When Imposing Remedies for Antitrust Infringements?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016.

ROBERTSON V. H. S. E., *Antitrust Law And Digital Markets: A Guide To The European Competition Law Experience In The Digital Economy*, in *The Routledge Handbook Of Smart Technologies: An Economic And Social Perspective*, 2022.

ROCHET J., TIROLE J., *Platform Competition in Two-Sided Markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 2003.

RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Edizioni Laterza, 2013.

RODOTÀ S., *Tecnologie E Diritto Collana*, a cura di G. Alpa, M. R. Marella, G. Marini, G., Resta, 2021.

ROHIT C., KHAN L., *The Case for 'Unfair Methods of Competition' Rulemaking.*, in *The University of Chicago Law Review*, 2020.

ROSCH J. T., *Can consumer choice promote trans-Atlantic convergence of competition law and policy?*, in NIHOUL e CHARBIT, *Choice, A New Standard for Competition Law Analysis?*, *Concurrences*, 2016.

RUBINSTEIN I., *Big Data: The End Of Privacy Or A New Beginning?*, in *International Data Privacy Law*, 2013.

SAMSON Y., *Competition in (Data) Privacy: 'Zero'-Price Markets, Market Power, and the Role of Competition Law*, in *International Data Privacy Law*, 2018.

SAUTER W., *A Duty of Care to Prevent Online Exploitation of Consumers? Digital Dominance and Special Responsibility in EU Competition Law*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2020.

SCHNEIDER G., *Testing Art. 102 TFEU In The Digital Marketplace: Insights From The Bundeskartellamt's Investigation Against Facebook*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018.

SCHREPEL T., *Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition*, in *International Center for law and Economics*, 2018.

SCHREPEL T., *Decoding the AI Act: Implications for Competition Law and Market Dynamics*, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 21, Issue 3, 2025.

SCHWAB A., *Digital Markets Act and artificial intelligence services*, *Concurrences* N° 3-2024.

SCHWAB K., *The Fourth Industrial Revolution*, Penguin Books, 2016.

SCHWAB K., *The Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, 2016.

SCHWEITZER H., DE RIDDER S., *How to Fix a Failing Art. 102 TFEU: Substantive Interpretation, Evidentiary Requirements, and the Commission's Future Guidelines on Exclusionary Abuses*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 15, Issue 4, 2024.

SCOTT MORTON F., DINIELLI D., *Roadmap for an Antitrust Case Against Facebook*, in *Omidyar Network*, 2020.

SHAPIRO C., VARIAN H.R., *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, in *Harvard Business Review*, 1998.

SOLOVE D. J., *A Taxonomy of Privacy*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2006.

SOLOVE D. J., *Understanding Privacy*, Harvard University Press, 2008.

SREEJESH S. ET AL., *Consumer Response towards Social Media Advertising: Effect of Media Interactivity, Its Conditions and the Underlying Mechanism*, in *International Journal of Information Management*, 2020.

SRINIVASAN D., *The Antitrust Case Against Facebook: A Monopolist's Journey Towards Pervasive Surveillance In Spite Of Consumers' Preference For Privacy*, in *Berkeley Business Law Journal*, 2019.

STUCKE M. E. EZRACHI A., *Artificial intelligence and collusion: when computers inhibit competition*, in *University of Tennessee Legal Studies*, 2015.

STUCKE M. E. EZRACHI A., *When Competition Fails To Optimize Quality: A Look At Search Engines*, in *Yale Journal Of Law & Tech*, 2017.

STUCKE M. E., GRUNES A., *Big Data and Competition Policy*, 1st edn, Oxford University Press 2016.

STUCKE M. E., *Here Are All the Reasons It's a Bad Idea to Let a Few Tech Companies Monopolize Our Data*, in *Harvard Business Review*, 2018.

STUCKE M., GRUNES A., *No Mistake About It: The Important Role Of Antitrust In The Era Of Big Data*, in *The Antitrust Source*, 2015.

STUCKE, M. E. *Reconsidering Antitrust's Goals*, in *Boston College Law Review*, 2012.

STUCKE, M. E., *AI, Antitrust & Privacy*, in *Institute for New Economic Thinking Working Paper*, Series No. 236, 2025.

STUCKE, M. E., *AI, Antitrust & Privacy*, Institute for New Economic Thinking Working Paper Series No. 236, 2025.

STUCKE, M. E., EZRACHI A., *Virtual Competition. The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, in *Harvard University Press*, 2016.

STUCKE, M. E., *Should We Be Concerned About Data-opolies?*, in *Georgetown Law Technology Review*, 2018.

STYLIANOU K., IACOVIDES M., *The goals of EU competition law: a comprehensive empirical investigation*, in *Legal Studies*, 2022.

STYLIANOU K., IACOVIDES M., *The New Goals Of EU Competition Law: Sustainability, Labour Rights, And Privacy*, in *European Law Open*, 2024.

SWIRE P., LAGOS K., *Why The Right To Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare*, in *Antitrust Chronicle*, 2013.

SWIRE P., *Protecting Consumers: Privacy Matters In Antitrust Analysis*, in *Testimony Submitted To The Federal Trade Commission On Privacy And Antitrust*, 2007.

TEECE, D., KAHWATY H., *Rebooting Digital Market Power*, in *Competition policy International*, 2020.

TOMBAL, T., GRAEF, I., *The regulation of access to personal and non-personal data in the EU: From bits and pieces to a system?*, in VAN DER SLOOT e VAN SCHENDEL, *The Boundaries of Data*, Amsterdam University Press, 2024.

UTZ C. ET AL., *(Un)Informed Consent: Studying GDPR Consent Notices In The Field*, in *ACM Library*, 2019,

VAN DER SLOOT B., *Privacy As Personality Right*, in *International Data Privacy Law*, 2014.

VILLANI U., *Istituzioni Di Diritto Dell'unione Europea*, Carucci Editore, 2020.

VON HAYEK F., *The Constitution Of Liberty*, University Of Chicago Press, 1960.

WACHTER V. S., MITTELSTADT B., FLORIDI A., *Why A Right To Explanation Of Automated Decision-Making Does Not Exist in The General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, Oxford University Press, 2017.

WAEHRER K., *Online Services And The Analysis Of Competitive Merger Effects In Privacy Protections And Other Quality Dimensions*, 2016, reperibile al link: <https://ssrn.com/abstract=2701927>.

WALTERS R., ZELLER B., TRAKMAN L., *Personal Data Law And Competition Law – Where Is It Heading?*, in *European Competition Law Review*, 2018.

WARREN S. D., BRANDEIS L. D., *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890.

WASASTJERNA M., *Competition, Data and Privacy in the Digital Economy: Towards a Privacy Dimension in Competition Policy?*, Wolters Kluwer, 2020.

WERDEN G. J., *Consumer Welfare and Competition Policy*, in DREXL, KERBER, PODSZUN, *Competition Policy and the Economic approach*, Edward Elgar Publishing, 2011.

WESTIN A., *Privacy And Freedom*, in *Washington & Lee Law Review*, 1968.

WHISH R. BAILEY D., *Competition Law*, Oxford University Press, 11th ed., 2024.

WHITMAN, J., *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity v. Liberty*, in *The Yale Law Journal*, 2024.

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 *Springer*, 2020.

WILS W. P. J., *The Relationship Between Competition Law and Data Protection Law: An Antitrust Perspective*, in *World Competition*, Wolters Kluwer, 2021.

WITT A., *Excessive Data Collection As A Form Of Anticompetitive Conduct: The German Facebook Case*, in *The Antitrust Bulletin*, 2021.

WITT A., *Excessive Data Collection As A Form Of Anticompetitive Conduct: The German Facebook Case*, in *The Antitrust Bulletin*, 2021.

WITT A., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, Hart Publishing, Oxford, 2016.

WOLF S., *A Duty of Care to Prevent Online Exploitation of Consumers? Digital Dominance and Special Responsibility in EU Competition Law*, in *TILEC Discussion Paper*, 2019.

WOLFGANG K., *Taming Tech Giants With A Per-Se Rules Approach? The Digital Markets Act From The 'Rules Vs. Standard' Perspective*, in *Concurrences*, 2021.

WRIGHT, J., *Abandoning Antitrust Chicago Obsession: The Case for Evidence-Based Antitrust*, in *Antitrust Law Journal*, 2012.

WU. T. *After Consumer Welfare, Now What? The 'Protection of Competition' Standard in Practice*, in *The Journal of the Competition Policy International*, 2018.

WU. T. *The Curse of Bigness, Antitrust in the New Gilded Age*, Columbia Global Reports, 2018.

WU. T., *Blind Spot: The Attention Economy and the Law*, in *Antitrust Law Journal*, 2017.

WU. T., *The 'Protection of the Competitive Process' Standard*, in *Columbia Public Law*, 2018.

WU. T., *The consumer welfare standard is too tainted*, in *Concurrences*, 2024.

ZIMMER D., *On Fairness and Welfare: The Objectives of Competition Policy – Comment on David J Gerber, Christian Ahlborn and A Jorge Padilla*, in

Ehlermann e Marquis, European Competition Law Annual 2007 – A Reformed Approach to Article 82 CE, Hart Publishing, 2008.

ZINGALES N., Between A Rock And Two Hard Places: Whatsapp At The Crossroad Of Competition, Data Protection And Consumer Law, in Computer Law & Security Review, 2017.

ZUBOFF S., The Age of Surveillance Capitalism. The fight for a human future and the new frontier of power, New York, Public Affairs, 2019.

Giurisprudenza e decisioni

ACCC, Australian Competition & Consumer Commission: Digital platform services inquiry, Interim report, 2021.

Act Against Restraints of Competition, Section 18, as amended at 9 July 2021, la versione in inglese è disponibile al link: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0100.

Article 29 Data Protection Working Party, *Opinion 2/2010 on online behavioural advertising*, 00909/10/EN, WP 171.

Article 29 Working Party, *Opinion 03/2013 On Purpose Limitation*, 2013.

Article 29 Working Party, *Opinion 2/2010 On online behavioural advertising*, WP 171, 2010.

Assemblea Generale delle Nazioni Unite, *Dichiarazione universale dei diritti umani*, Risoluzione 217 A (III), 10 dicembre 1948.

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), decisione PS10601 CV154, *WhatsApp Inc*, 2017.

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, & Garante per la Protezione dei Dati Personali. (2020). *Indagine conoscitiva sui Big Data* (Indagine n. IC53, Decisione n. 28051). Bollettino AGCM n. 9/2020, 2 marzo 2020.

Autorità Garante Della Concorrenza E Del Mercato, decisione PS11112, *Facebook – Condivisione Dati Con Terzi*, 2018.

Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, joint report, *Competition Law and Data*, 2016.

Autorité de la concurrence e CNIL, *Joint Declaration – Competition and Personal Data: A Common Ambition*, Parigi, 2023.

Bundesgerichtshof (BGH), decisione 23 giugno 2020, causa KVR 69/19, *Facebook*.

Bundesgerichtshof (BGH), sentenza 23 Giugno 2020, causa KVR 69/19, *Facebook*, ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0.

Bundesgerichtshof (BGH), sentenza 9 luglio 2019, KZR 63/18 – *VBL-Gegenwert II*.

Bundesgerichtshof (BGH), sentenza del 24 Gennaio 2017, causa KZR 47/14, *VBL Gegenwert II*.

Bundesgerichtshof (BGH), sentenza del 5 marzo 2013, causa, KZR 61/11, *VBL Gegenwert*.

Bundesgerichtshof (BGH), sentenza del 7 Giugno 2016, causa KZR 6/15, *Pechstein/International Skating Union*.

Bundeskartellamt, B7-70/21, *Decision pursuant to Section 19a(2) sentence 4 in conjunction with Section 32b(1) GWB*.

Bundeskartellamt, decisione del 6 Febbraio 2019, causa B6-22/16, *Facebook*.

Bundeskartellgesetz (GWB) – *Competition Act*, nella versione pubblicata il 26 giugno 2013 (BGBl. I 2013, p. 1750, 3245), come da ultimo modificata dall'articolo 2 della legge del 19 luglio 2022 (BGBl. I, p. 1214).

C. giust. UE, in causa C-501/06 P, *Commissione/GlaxoSmithKline*, EU:C:2009:610.

C. giust. UE, sentenza 1° ottobre 2019, in causa C-673/17, *Planet49 GmbH*, ECLI:EU:C:2019:801.

C. giust. UE, sentenza 10 luglio 2019, in causa C-39/18 P, *Commissione europea c. ICAP plc e a.*, ECLI:EU:C:2019:584, paragrafo 27.

C. giust. UE, sentenza 11 aprile 1989, in causa 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro GmbH c. Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs e.V.*, ECLI:EU:C:1989:140.

C. giust. UE, sentenza 13 maggio 2014, in causa C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. contro Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, ECLI:EU:C:2014:317.

C. giust. UE, sentenza 13 novembre 1975, in causa 26/75, *General Motors Continental NV c. Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1975:150.

C. giust. UE, sentenza 14 dicembre 2000, in causa C-344/98, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*, ECLI:EU:C:2000:689.

C. giust. UE, sentenza 14 febbraio 1978, in causa C-27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV contro Commissione delle Comunità Europee*, ECLI:EU:C:1978:22.

C. giust. UE, sentenza 14 ottobre 2010, in causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG c. Commissione europea*, ECLI:EU:C:2010:603.

C. giust. UE, sentenza 14 settembre 2017, in causa C-177/16, *Autortiesību un Komunicēšanās Konsultāciju Aģentūra/Latvijas Autoru Apvienība c. Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2017:689.

C. giust. UE, sentenza 14 settembre 2017, in causa C-177/16, *Biedrība "Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra - Latvijas Autoru apvienība" c. Konkurences padome*, ECLI:EU:C:2017:689.

C. giust. UE, sentenza 15 giugno 1994, in causa C-137/92 P, *Commissione c. BASF AG e a.*, ECLI:EU:C:1994:247.

C. giust. UE, sentenza 15 marzo 2007, in causa C-95/04 P, *British Airways plc c. Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:2007:166.

C. giust. UE, sentenza 16 luglio 2009, in causa C-385/07 P, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH c. Commissione*, ECLI:EU:C:2009:456.

C. giust. UE, sentenza 19 dicembre 1974, in causa 26/75, *General Motors Continental NV contro Commissione delle Comunità Europee*, ECLI:EU:C:1975:150.

C. giust. UE, sentenza 2 aprile 2009, in causa C-202/07 P, *France Télécom SA c. Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:2009:214.

C. giust. UE, sentenza 2 luglio 1984, in causa 185/83, *British Leyland Public Limited Company contro Commissione delle Comunità Europee*, ECLI:EU:C:1984:394.

C. giust. UE, sentenza 21 dicembre 2016, in cause riunite C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB contro Post- och telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department contro Tom Watson e altri*, ECLI:EU:C:2016:970.

C. giust. UE, sentenza 21 febbraio 1973, in causa 6/72, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1973:22.

C. giust. UE, sentenza 22 marzo 2022, in causa C-117/20, *bpost SA contro Autorité belge de la concurrence*, ECLI:EU:C:2022:202.

C. giust. UE, sentenza 22 marzo 2022, in causa C-117/20, *bpost SA c. Autorité belge de la concurrence*, ECLI:EU:C:2022:202.

C. giust. UE, sentenza 22 ottobre 2015, in causa C-194/14 P, *AC-Treuhand AG c. Commissione europea*, ECLI:EU:C:2015:717.

C. giust. UE, sentenza 23 aprile 1991, in causa C-41/90, *Klaus Höfner e Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, ECLI:EU:C:1991:161.

C. giust. UE, sentenza 23 novembre 2006, in causa C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, ECLI:EU:C:2006:734.

C. giust. UE, sentenza 24 maggio 2007, in causa T-151/01, *Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH c. Commissione*, ECLI:EU:T:2007:154.

C. giust. UE, sentenza 25 luglio 2001, in causa C-340/99, *TNT Traco SpA contro Poste Italiane SpA*, ECLI:EU:C:2001:456.

C. giust. UE, sentenza 25 marzo 2021, in causa C-152/19 P, *Deutsche Telekom AG contro Commissione Europea*, ECLI:EU:C:2021:238.

C. giust. UE, sentenza 25 marzo 2021, in causa C-152/19 P, *Deutsche Telekom AG c. Commissione*, ECLI:EU:C:2021:238.

C. giust. UE, sentenza 27 marzo 1974, in causa 127/73, *Belgische Radio en Televisie e Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c. SV SABAM e NV Fonior*, ECLI:EU:C:1974:25.

C. giust. UE, sentenza 27 marzo 2012, in causa C-209/10, *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2012:172.

C. giust. UE, sentenza 29 giugno 2010, in causa C-441/07 P, *Commissione europea c. Alrosa Company Ltd*, ECLI:EU:C:2010:377.

C. giust. UE, sentenza 3 luglio 1991, in causa C-62/86, *AKZO Chemie BV contro Commissione delle Comunità Europee*, ECLI:EU:C:1991:286.

C. giust. UE, sentenza 3 luglio 1991, in causa C-62/86, *AKZO Chemie BV c. Commissione*, Racc. 1991, p. I-3359, ECLI:EU:C:1991:286.

C. giust. UE, sentenza 30 settembre 2003, in causa T-203/01, *Michelin II*, ECLI:EU:T:2003:250.

C. giust. UE, sentenza 4 giugno 2009, in causa C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV e a. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, ECLI:EU:C:2009:343.

C. giust. UE, sentenza 4 luglio 2023, in causa C-252/21, *Meta Platforms Inc. e altri contro Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2023:537.

C. giust. UE, sentenza 4 maggio 1988, in causa 30/87, *Corinne Bodson c. SA Pompes Funèbres des Régions Libérées*, ECLI:EU:C:1988:225.

C. giust. UE, sentenza 4 ottobre 2011, in cause riunite C-403/08 e C-429/08, *Football Association Premier League Ltd e a. c. QC Leisure e a. e Karen Murphy c. Media Protection Services Ltd*, ECLI:EU:C:2011:631.

C. giust. UE, sentenza 4 ottobre 2024, in causa C-21/23, *Lindenapotheke*, ECLI:EU:C:2024:846.

C. giust. UE, sentenza 4 ottobre 2024, in causa C-446/21, *Schrems c. Meta Platforms Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2024.

C. giust. UE, sentenza 5 ottobre 1994, in causa C-323/93, *Société Civile Agricole du Centre d'insémination de la Crespelle c. Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne*, ECLI:EU:C:1994:368.

C. giust. UE, sentenza 6 dicembre 2012, in causa C-457/10 P, *AstraZeneca AB e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2012:770.

C. giust. UE, sentenza 6 marzo 1974, in cause riunite 6 e 7/73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. e Commercial Solvents Corporation c. Commissione delle Comunità europee*, ECLI:EU:C:1974:18, paragrafi 46 e 49.

C. giust. UE, sentenza 6 ottobre 1982, in causa 283/81, *CILFIT e Lanificio di Gavardo SpA contro Ministero della Sanità*, ECLI:EU:C:1982:335

C. giust. UE, sentenza 6 ottobre 2015, in causa 362/14, *Schrems*, EU:C:2015:650.

C. giust. UE, sentenza 6 ottobre 2015, in causa C-23/14, *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, ECLI:EU:C:2015:651.

C. giust. UE, sentenza 6 ottobre 2015, in causa C-362/14, *Maximillian Schrems contro Data Protection Commissioner*, ECLI:EU:C:2015:650.

C. giust. UE, sentenza 6 settembre 2017, in causa C-413/14 P, *Intel Corporation Inc. contro Commissione Europea*, ECLI:EU:C:2017:632.

C. giust. UE, sentenza 6 settembre 2017, in causa C-413/14 P, *Intel Corp. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2017:632.

C. giust. UE, sentenza 7 marzo 2024, in causa C-673/21 *IAB Europe*, ECLI:EU:C:2024:214.

C. giust. UE, sentenza 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd e altri contro Minister for Communications, Marine and Natural Resources e altri*, ECLI:EU:C:2014:238.

C. giust. UE, sentenza 8 febbraio 2024, in causa C-48/22 P, *Google LLC e Alphabet Inc. contro Commissione Europea*, ECLI:EU:C:2024:XX.

C. giust. UE, sentenza 8 febbraio 2024, in causa C-48/22 P, *Google LLC e Alphabet Inc. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2024:XXX.

C. giust. UE, sentenza 9 novembre 1983, in causa 322/81, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin NV contro Commissione delle Comunità Europee*, ECLI:EU:C:1983:313.

C. giust. UE, sentenza 9 novembre 1983, in causa 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commissione*, ECLI:EU:C:1983:313.

C. giust. UE, sentenza del 12 maggio 2022, causa C 377/20, *Servizio Elettrico Nazionale (SEN)*, ECLI:EU:C:2022:379.

C. giust. UE, sentenza del 13 febbraio 1979, in causa 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione*, Racc. 1979, p. 461, ECLI:EU:C:1979:36.

C. giust. UE, sentenza del 14 settembre 2017, in causa C-177/16, *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra / Latvijas Autoru apvienība (Latvian Copyright Society)*, ECLI:EU:C:2017:689.

C. giust. UE, sentenza del 19 aprile 2018, in causa C-525/16, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA contro Autoridade da Concorrência*.

C. giust. UE, sentenza del 22 marzo 2022, in causa C 117/20, *bpost SA*.

C. giust. UE, sentenza del 22 marzo 2022, in causa C-151/20, *Nordzucker AG e a.*

C. giust. UE, sentenza 17 febbraio 2011, in causa C-52/09, *Konkurrensverket contro TeliaSonera Sverige AB*, ECLI:EU:C:2011:83.

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata il 7 dicembre 2000 e adattata il 12 dicembre 2007, in GU C 303 del 14.12.2007.

Commissione Europea, *Commission Staff Working Document – Annual Competition Report 2022*, SWD(2022) 213 final, Bruxelles, 2022.

Commissione Europea, *Comunicazione – Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al*

comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti (testo rilevante ai fini del SEE), in GU C 45 del 24 febbraio 2009, (2009/C 45/02).

Commissione Europea, Comunicazione della Commissione *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato*, in GU C 101/97 del 27 aprile 2004.

Commissione Europea, *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini del diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, in GU C 1645 del 22 febbraio 2024.

Commissione Europea, *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini del diritto comunitario della concorrenza*, in GU C 372 del 9 dicembre 1997.

Commissione Europea, *Comunicazione della Commissione sulle migliori pratiche per i procedimenti a norma degli articoli 101 e 102 del TFUE*, (2011/C 308/06), in GU C 308/06 del 20 ottobre 2011.

Commissione Europea, Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione della concorrenza*, forthcoming, Bruxelles, 2025 (draft).

Commissione Europea, Comunicazione della Commissione, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione della concorrenza*, Bruxelles, 2025 (forthcoming).

Commissione europea, Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE*, in *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, C 101, 27 aprile 2004.

Commissione Europea, Comunicazione della Commissione, *Orientamenti della Commissione sull'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, in GU C 45/7 del 24 febbraio 2009, par. 1.

Commissione Europea, Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sull'applicabilità dell'articolo 101 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli accordi di cooperazione orizzontale*, in GU C 11/1 dell'11 gennaio 2011.

Commissione Europea, Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sull'attuazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali*, SWD(2016) 163 final, Bruxelles, del 25 maggio 2016.

Commissione Europea, decisione del 11 marzo 2008, Caso COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*.

Commissione Europea, decisione del 12 maggio 2015, Caso COMP/AT.39964, *Air France/KLM/Alitalia/Delta*.

Commissione Europea, decisione del 14 ottobre 2010, Caso COMP/39.596, *British Airways/American Airlines/Iberia (BA/AA/IB)*.

Commissione Europea, decisione del 16 luglio 2008, Caso COMP/C2/38.698, *CISAC*.

Commissione Europea, decisione del 17 dicembre 2020, Caso M.9660, *Google/Fitbit*.

Commissione Europea, decisione del 19 dicembre 2007, Caso COMP/34.579, *MasterCard*.

Commissione Europea, decisione del 19 marzo 2006, Caso COMP/M.3905, *Asnef/Equifax*.

Commissione Europea, decisione del 20 aprile 2001, Caso COMP D3/34493, *Duales System Deutschland (DSD)*.

Commissione Europea, decisione del 20 dicembre 2022, Caso AT.40462, *Amazon Marketplace*.

Commissione Europea, decisione del 20 giugno 2001, Caso COMP/E-2/36.041, *PO/Michelin*.

Commissione Europea, decisione del 20 settembre 2016, Caso AT.39759, *ARA Foreclosure*.

Commissione europea, decisione del 23 aprile 2025, Caso DMA.100055, *Meta – Article 5(2)*.

Commissione Europea, decisione del 23 maggio 2013, Caso COMP/AT.39595, *Continental/United/Lufthansa/Air Canada*.

Commissione Europea, decisione del 24 luglio 1991, Caso IV/31.043, *Tetra Pak II*.

Commissione Europea, decisione del 24 marzo 2004, Caso COMP/C-3/37.792, *Microsoft*.

Commissione europea, decisione del 25 luglio 2017, Caso 2017/C 243/06, *Facebook/WhatsApp – False information*.

Commissione Europea, decisione del 27 giugno 2017, Caso AT.39740, *Google Search (Shopping)*.

Commissione Europea, decisione del 3 ottobre 2014, Caso COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*.

Commissione europea, decisione del 4 giugno 2021, Caso COMP AT.40684, *Facebook Marketplace*.

Commissione Europea, decisione del 4 marzo 2024, Caso AT.40437, *Apple App Store Practices (Music Streaming)*.

Commissione Europea, decisione del 6 dicembre 2016, Caso COMP/M.8124, *Microsoft/LinkedIn*.

Commissione Europea, decisione del 6 settembre 2018, Caso M.8788, *Apple/Shazam*.

Commissione Europea, decisione del 7 ottobre 2011, Caso COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*.

Commissione Europea, *Dieci anni di applicazione del regolamento (CE) n. 1/2003: risultati e prospettive future*, Comunicazione COM(2014) 453 final, Bruxelles, del 9 luglio 2014.

Commissione Europea, *Libro verde sulle restrizioni verticali nel diritto della concorrenza dell'UE*, COM(96) 721 final, Bruxelles, 1996.

Commissione Europea, *Relazione sulla politica di concorrenza 1996*, Bruxelles, 1997.

Commissione Europea, *Relazione sulla politica di concorrenza 2016*, COM(2017) 285 final, Bruxelles, 31 maggio 2017.

Commissione Europea, *Staff Working Document – Guidance on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*, SEC(2011) 567 final, Bruxelles, 3 maggio 2011.

Commissione Europea, *XXII Relazione sulla politica di concorrenza – 1992*, Bruxelles, 1993.

Commissione Europea, *XXXII Relazione sulla politica di concorrenza – 2002*, Bruxelles, 2003.

Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Building A European Data Economy*, {SWD(2017) 2 Final} Brussels, 10.1.2017 COM(2017) 9 Final.

Competition and Market Authority and Information Commissioner's Office, *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*, 2021.

Conclusioni dell'Avvocato Generale Bobek, caso C-40/17 *Fashion ID V Verbraucherzentrale NRW*, ECLI:EU:C:2018:1039.

Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott, 19 febbraio 2009, Causa C-8/08 *T-Mobile Netherlands*, ECLI:EU:C:2009:110.

Conclusioni Dell'avvocato Generale Rantos, 20 Settembre 2022, Causa C-252/21, *Meta Platforms Inc., Meta Platforms Ireland Limited, Facebook Deutschland GmbH, C. Bundeskartellamt*.

Conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl, 6 aprile 2017, Causa C-177/16, *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra / Latvijas Autoru apvienība (Latvian Copyright Society)*,

Consiglio di Stato, sentenza 29 marzo 2021, n. 2631, in Foro amm. CDS, 2021.

Corte di Giustizia, sentenza 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. contro Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, ECLI:EU:C:2014:317.

Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995 relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, in GU L 281 del 23.11.1995.

Domanda Di Pronuncia Pregiudiziale, C-252/21 - Oberlandesgericht Düsseldorf - 22/04/2021, *Meta Platforms E A. (Conditions Générales D'utilisation D'un Réseau Social)*.

European Commission, 'Staff working document accompanying the Report on Competition Policy 2016' SWD (2017) 175 final, 59.

European Commission, *Competition Policy Brief, Competition in Generative AI and Virtual World*, 2024.

European Commission, *Notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU*, OJ C-308/6, 20.10.2011.

European Commission, *Report on Competition Policy 2022*, Bruxelles, 2023.

European Commission: Directorate-General for Competition and Lear, *Ex-post evaluation, EU competition enforcement and acquisitions of innovative competitors in the pharma sector leading to the discontinuation of overlapping drug research and development projects – Final report and appendices*, Publications Office of the European Union, 2024.

European Data Protection Authorities, *Resolution on the Need for Enhanced Cooperation in the Field of Data Protection Law*, Spring Conference, 2023.

European Data Protection Board (EDPB), *Binding Decision on Facebook*, 2023.

European Data Protection Board (EDPB), *Cookie Pledge Initiative should help protect fundamental rights and freedoms of users*, disponibile su: https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/letters/edpb-reply-commissions-initiative-voluntary-business-pledge_en.

European Data Protection Board (EDPB), *Guidelines 03/2022 on Deceptive Design Patterns in Social Media Platform Interfaces: How to Recognise and Avoid Them*, Bruxelles, 2023.

European Data Protection Board (EDPB), *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679*, 2020.

European Data Protection Board (EDPB), *Guidelines 05/2023 on Pseudonymisation*, versione per consultazione pubblica, 19 dicembre 2024.

European Data Protection Board (EDPB), *Guidelines 3/2022 on Dark patterns in social media platform interfaces: How to recognise and avoid them*, marzo 2022.

European Data Protection Board (EDPB), *Joint Guidelines on the Interplay between Digital Markets Act and the General Data Protection Regulation*, 2025, draft.

European Data Protection Board (EDPB), *Linee guida 1/2024 sul trattamento dei dati personali basato sull'articolo 6(1)(f) GDPR (interesse legittimo)*, 2024.

European Data Protection Board (EDPB), *Linee guida 4/2019 sull'articolo 25 – Protezione dei dati fin dalla progettazione e per impostazione predefinita*, 2020.

European Data Protection Board (EDPB), *Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms*, 17 aprile 2024.

European Data Protection Board (EDPB), *Opinion 8/2016 on the coherent enforcement of fundamental rights in the age of Big Data*, 2016.

European Data Protection Board (EDPB), *Position Paper on the Interplay between Data Protection and Competition Law*, Bruxelles, 16 gennaio 2025.

European Data Protection Board (EDPB), *Preliminary Opinion – Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: The Interplay Between Data Protection, Competition Law and Consumer Protection in the Digital Economy*, Bruxelles, 2014.

European Data Protection Board (EDPB), *Urgent Binding Decision 01/2023 – Meta Platforms*.

European Data Protection Board (EDPB), *Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR*, 2019.

European Data Protection Supervisor (EDPS), *Opinion 1/2020 on the European Commission's Strategy for Data*, Bruxelles, 16 giugno 2020.

European Data Protection Supervisor (EDPS), *Preliminary Opinion – Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: The Interplay Between Data Protection, Competition Law and Consumer Protection in the Digital Economy*, Bruxelles, 2014.

European Data Protection Supervisor (EDPS), *Preliminary Opinion 3/2014, Privacy and competitiveness in the age of big data: the interplay between data protection, competition law and consumer protection in the digital economy*, 2014.

European Parliament, European Parliamentary Research Service, PE 646.117, *Is data the new oil? Competition issues in the digital economy*, 2020.

Final Report to the European Commission, *Consumer Market Study on Online Market Segmentation through Personalised Pricing/Offers in the European Union*, Bruxelles, giugno 2018.

Garante Europeo della Protezione dei Dati (EDPS), *Opinion 8/2016 on the coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, 2016.

Garante Europeo della Protezione dei Dati (EDPS), *Preliminary Opinion: Privacy and competitiveness in the age of big data – The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the digital economy*, 2014.

Gruppo di lavoro Articolo 29 per la Protezione dei Dati, *Parere 2/2010 sulla pubblicità comportamentale online*, Bruxelles, 22 giugno 2010.

Legislazione e atti di soft law

Monopolkommission, *Competition Policy: The Challenge of Digital Markets – Special Report No. 68*, Bonn, luglio 2021.

Oberlandesgericht Düsseldorf, Ordinanza Del 26 Agosto 2019, Causa VI-Kart 1/19 (V).

Parlamento Europeo e Consiglio dell'Unione Europea, *Proposta di Regolamento relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (Digital Markets Act)*, COM(2020) 842 final, Bruxelles, 15 dicembre 2020.

Parlamento Europeo e Consiglio dell'Unione Europea, *Regolamento (UE) 2022/1925 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 GU L 265 del 12 ottobre 2022.

Parlamento Europeo, *Risoluzione del 13 giugno 2023 sull'adeguatezza delle norme dell'UE in materia di concorrenza*, P9_TA(2023)0239.

Regolamento (CE) n. 1/2003 del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (testo rilevante ai fini del SEE), in GU L 1 del 4 gennaio 2003.

Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento generale sulla protezione dei dati), in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 119, 4 maggio 2016.

Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo ai mercati contestabili ed equi nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Digital Markets Act). Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 265, 12 ottobre 2022.

Repubblica Italiana, *Legge 5 agosto 2022, n. 118 – Legge annuale per il mercato e la concorrenza*, art. 33, in Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 188 del 12 agosto 2022.

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), firmato a Roma il 25 marzo 1957, consolidato con il Trattato di Lisbona, in GU C 326 del 26.10.2012.

Trattato sull'Unione europea (TUE), firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, consolidato con il Trattato di Lisbona, in GU C 326 del 26.10.2012.

Tribunale dell'Unione Europea, sentenza 12 dicembre 2006, in cause riunite T-213/01 e T-214/01, *Österreichische Postsparkasse AG e Bank für Arbeit und Wirtschaft AG c. Commissione*, Racc. pag. II-1601.

Tribunale dell'Unione Europea, sentenza 12 dicembre 2018, in causa T-679/14, *Teva UK Ltd e a. c. Commissione europea*, ECLI:EU:T:2018:919.

Tribunale dell'Unione Europea, sentenza 12 giugno 2014, in causa T-286/09, *Intel Corp. c. Commissione europea*, ECLI:EU:T:2014:547.

Tribunale dell'Unione Europea, sentenza 14 settembre 2022, in causa T-604/18, *Google LLC e Alphabet Inc. c. Commissione (Google Android)*, ECLI:EU:T:2022:541.

Tribunale dell'Unione Europea, sentenza 18 novembre 2020, in causa T-814/17, *Lietuvos geležinkiai AB c. Commissione europea*, ECLI:EU:T:2020:545,.

Tribunale dell'Unione Europea, sentenza 24 maggio 2012, in causa T-111/08, *MasterCard Inc. e a. c. Commissione europea*, ECLI:EU:T:2012:260.

Tribunale dell'Unione Europea, sentenza 30 settembre 2003, in causa T-203/01, *Michelin II*, Racc. 2003, p. II-4071, ECLI:EU:T:2003:250.

Tribunale Dell'unione Europea, sentenza 6 Ottobre 1994, in causa T-83/91, *Tetra Pak International SA Contro Commissione*, ECLI:EU:T:1994:246

Sitografia

Alford, R., *The Role of Antitrust in Promoting Innovation*, intervento al King's College London, 2018. Disponibile su: <https://www.justice.gov/archives/opa/speech/file/1038596/dljustice.gov>

Almunia, J., *Competition and Personal Data Protection*, intervento al Privacy Platform Event: Competition and Privacy in Markets of Data, 26 novembre 2012. Disponibile su: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_860

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *WhatsApp fined for 3 million euro for having forced its users to share their personal data with Facebook*, comunicato stampa, 11 maggio 2017, disponibile su: <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2017/5/alias-2380>

Autoriteit Persoonsgegevens, *Onderzoek naar het verwerken van persoonsgegevens van betrokkenen in Nederland door het Facebook-concern*, 21 febbraio 2017, disponibile su: https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/onderzoek_facebook.pdf

Auxier, B., et al., *Americans and Privacy: Concerned, Confused and Feeling Lack of Control Over Their Personal Information*, Pew Research Center, 15 novembre 2019. Disponibile su: <https://www.pewresearch.org/internet/2019/11/15/americans-and-privacy-concerned-confused-and-feeling-lack-of-control-over-their-personal-information/>

BEUC, *Why Competition Law Must Protect Democracy – A European Perspective*, contributo al Forum globale dell'OCSE sulla concorrenza – Concorrenza e democrazia, 7-8 dicembre 2017. Disponibilesu: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD\(2017\)36/en/pdfONE MP+1ONE MP+1](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF/WD(2017)36/en/pdfONE MP+1ONE MP+1)

Bundeskartellamt, *Background Information on the Facebook Procedure*, documenti del 19 dicembre 2017 e 7 febbraio 2019, e replica del 29 maggio 2019.

Bundeskartellamt, *Background information on the Facebook proceeding*, 19 dicembre 2017.

Bundeskartellamt, *Background Paper on the Facebook proceeding*, 19 dicembre 2017, disponibile su: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussio>

ns_Hintergrundpapiere/2017/Hintergrundpapier_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=6

Bundeskartellamt, *Decision B6-22/16 – Facebook*, 6 febbraio 2019, disponibile

su: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf>.

Bundeskartellamt, *Initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules*, 2 marzo 2016, disponibile

su: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html.

Cisco, *Consumer Privacy Survey: The Growing Imperative of Getting Data Privacy Right*, 2019. Disponibile

su: https://www.cisco.com/c/dam/global/en_uk/products/collateral/security/cybersecurity-series-2019-cps.pdf

Cisco, *Data Transparency's Essential Role in Building Customer Trust*, 2022 Consumer Privacy Survey, giugno 2022, reperibile al link: https://www.cisco.com/c/dam/en_us/about/doing_business/trust-center/docs/cisco-consumer-privacy-survey-2022.pdf

CNIL (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés), *Scènes de la vie numérique, Cahiers IP n. 8*, aprile 2021, disponibile su: https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/atoms/files/cnil_cahier_ip8.pdf

Commissione Europea, *Amazon/iRobot merger: Commission opens in-depth investigation*, Comunicato stampa IP/23/3702, 6 luglio 2023, disponibile su: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_3702

Commissione Europea, *Conferenza stampa del 27 giugno 2017 – Google Shopping*, disponibile su: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1784.

Commissione europea, *Consultazione pubblica sulla modernizzazione delle regole antitrust dell'UE*, disponibile su: https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust/legislation/regulation-12003_en.

Commissione Europea, *Mergers: Commission Approves Acquisition of WhatsApp by Facebook*, Comunicato stampa IP/14/1088, 3 ottobre 2014. Disponibile su: https://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-1088_en.htm

Commissione Europea, *Mergers: Commission Fines Facebook €110 Million for Providing Misleading Information About WhatsApp Takeover*, Comunicato stampa IP/17/1369, 18 maggio 2017. Disponibile su: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1369

Commissione Europea, *Press Release IP/23/3207 – Statement of Objections to Google over abusive practices in online advertising technology*, Bruxelles, 14 giugno 2023, disponibile su: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3207.

Commissione europea, *Scandlines Sverige v Port of Helsingborg* (Case COMP/36.568) Commission Letter, 23.07.2004.

Commissione Europea, *State of the Union 2016*, disponibile su: http://ec.europa.eu/priorities/state-union-2016_en (consultato nella *Relazione sulla politica di concorrenza 2016*).

Commissione Europea, *Statement of Objections to Google over abusive practices in online advertising technology*, Comunicato stampa IP/23/3207, 14 giugno 2023, disponibile su: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3207

Competition and Markets Authority (CMA) e Information Commissioner's Office (ICO), *Competition and data protection in digital markets: Joint Statement*, 2021.

De Silva, I., *EU Privacy Rules Key to Competition Analyses*, *Head of France's Antitrust Watchdog Says*, *Global Competition Review*, 2018.

European Commission, *Press Release – Commission fines Apple over €1.8 billion over abusive App Store rules for music streaming providers*, Bruxelles, 4 marzo 2024, disponibile su: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_1161.

European Data Protection Board (EDPB), *Statement on privacy implications of mergers*, 2020, disponibile

su: https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_statement_2020_privacyimplicationsofmergers_en.pdf.

Federal Government of Germany, *Explanatory Memorandum to the 10th GWB Amendment*, 9 settembre 2020.

Federal Trade Commission (FTC), *In the Matter of Cambridge Analytica, LLC, Mark Turnbull, and Alexander Nix*, Decision and Order, Docket No. 9383, File No. 1823107, 6 dicembre 2019.

Federal Trade Commission v. Meta Platforms Inc., Plaintiff's Opening Statement, April 14 2025, reperibile al link <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/191-0134-facebook-inc-ftc-v-ftc-v-meta-platforms-inc>.

Federal Trade Commission, *FTC PX3774 – Meta Document*, 2016.

Garante per la Protezione dei Dati Personali, *Relazione annuale 2022*, Roma, 2023.

Harris, T., *How a Handful of Tech Companies Control Billions of Minds Every Day*, TED Talk, 2017. Disponibile su: https://www.ted.com/talks/tristan_harris_how_a_handful_of_tech_companies_control_billions_of_minds_every_dayTED+1TED+1

Juncker J.-C., *Exchanging and Protecting Personal Data in a Globalized World*, COM(2017) 7 final, Bruxelles, 2017, p. 2.

Kroes N., *European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices*, intervento alla Giornata Europea del Consumatore e della Concorrenza, 15 settembre 2005, disponibile su: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_05_512

Laney D., *3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity and Variety*, Meta Group, 2001 (ora Gartner), blog post disponibile tramite Gartner.com.

Lowe P., *Preserving and Promoting Competition: A European Response*, in *Competition Policy Newsletter*, Commissione Europea, maggio 2006.

Madero Villarejo C., *Antitrust in Times of Upheaval*, CRA Conference, Bruxelles, 10 dicembre 2019.

McNamee, R., *A Brief History of How Your Privacy Was Stolen*, *The New York Times*, 3 giugno 2019, disponibile su: <https://www.nytimes.com/2019/06/03/opinion/privacy-facebook.html>

Meta Offers to Seek Consent for Highly Personalized Ads in Europe, *The Wall Street Journal*, disponibile su: <https://www.wsj.com/articles/meta-offers-to-seek-consent-for-highly-personalized-ads-in-europe-b520cbeb>

Meta, *Non-Confidential Public Summary of Meta's Compliance Report*, 6 marzo 2024.

Monti M., *Concorrenza e regolazione nell'Unione europea*, intervento al Convegno dell'AGCM, Roma, 22 novembre 1999, disponibile su: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/SPEECH_99_173.

Mundt, A., *Policy and Enforcement Choices: Online Markets and Offline Welfare Effects*, intervento alla Oxford Center for Competition Law and Policy Conference, 2017.

Podszun, R., *Facebook vs. Bundeskartellamt*, 30 agosto 2019, disponibile su: <https://www.d-kart.de/en/blog/2019/08/30/facebook-vs-bundeskartellamt/>

POLLICINO O., *New Technology, Algorithms and the Rising of Private (Digital) Powers and new Challenges for Constitutional Law*, 2019 reperibile presso in <https://blogs.eu-rac.edu/eureka>.

Privacy International, *Submission to the European Commission on Google/DoubleClick Merger*, 2008. Disponibile su: <https://epic.org/documents/privacy-proposed-google-doubleclick-merger/epic.org>

Reynders, D., *Speech by Interim Commissioner for Competition*, 18 ottobre 2023, disponibile su: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_23_5108

RSA, *Data Privacy & Security Survey 2019: The Growing Data Disconnect Between Consumers and Businesses*, 2019. Disponibile su: <https://a51.nl/rsa-data-privacy-security-survey-2019-september-2019>

Stiftung Neue Verantwortung, *How Competition Impacts Data Privacy*, 2020. Disponibile su: <https://www.interface-eu.org/archive/publications/how-competition-impacts-data-privacy>

The Economist, *At US antitrust trial, Meta's Mark Zuckerberg admits he bought Instagram because it was 'better'*, 2025, <https://economictimes.indiatimes.com/tech/technology/at-us-antitrust-trial-metas-mark-zuckerberg-admits-he-bought-instagram-because-it-was-better/articleshow/120317266.cms?from=mdr>.

The Economist, *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, 6 may 2017, disponibile su: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>.

The Economist, *What More Should Antitrust Be Doing?*, August 6, 2020, <https://www.economist.com/schools-brief/2020/08/07/what-more-should-antitrust-be-doing>

Tufekci, Z., *Facebook's Surveillance Machine*, *The New York Times*, 19 marzo 2018. Disponibile su: <https://www.nytimes.com/2018/03/19/opinion/facebook-cambridge-analytica.html>

U.S. House of Representatives, *Investigation of Competition in Digital Markets*, Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, ottobre 2020, disponibile su: https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf.

Vestager M., *Competition in a Big Data World*, 2016, disponibile su: https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en.

Vestager M., *Fairness and Competition*, intervento alla GCLC Annual Conference, Bruxelles, 25 gennaio 2018.

Vestager M., *Hearing at the European Parliament*, Bruxelles, 8 ottobre 2019.

Vestager M., *Speaking points on Microsoft/LinkedIn merger*, Commissione Europea, 6 dicembre 2016.

Vestager M., *Speech at the Global Competition Law Centre – Article 102: The beating heart of antitrust in the EU*, College of Europe, 2024, disponibile su: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_24_1247.

Vestager M., *Speech at the IAPP Data Protection Congress*, Bruxelles, disponibile su: <https://iapp.org/news/a/vestager-from-dpc-enforcement-critical-to-success-of-gdpr>.

Vestager M., *Speech on Competition and Privacy*, Commissione Europea, 29 ottobre 2019.

Vestager, M., *Competition in a Big Data World*, intervento al DLD 2016, 18 gennaio 2016. Disponibile su: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_16_71

Vestager, M., *Making the Data Revolution Work for Us*, Mackenzie Stuart Lecture, 4 febbraio 2019, disponibile su: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_19_911

Wu, T., *Why Facebook Should Be Broken Up*, intervista su *Wired*, 2019, disponibile su: <https://www.wired.com/story/tim-wu-explains-why-facebook-broken-up/>

