

GIOVANNA DE MINICO  
INTELLIGENZA ARTIFICIALE,  
UMANESIMO DIGITALE E LEGGE  
DI MERCATO

1. *Avvio del discorso*

L'ambito materiale rimesso al governo delle Autorità indipendenti<sup>1</sup> è il terreno dove libertà fondamentali e diritti economici cercano una misura di equilibrata coesistenza. Questo compito regolatorio è affidato a soggetti diversi per collocazione e identità: sovranazionali e nazionali, politicamente rappresentativi e neutrali.

Sul terreno delle regole notiamo che il discorso normativo, avviato dalle fonti europee, è stato recepito e sviluppato negli atti normativi primari degli Stati membri, e poi completato dai regolamenti delle Autorità in esame. Questi ultimi prescrivono in termini astratti e generali a imprese e individui i comportamenti da tenere, la cui osservanza condiziona il corretto esercizio del libero pensiero, della riservatezza, dell'iniziativa economica e di altri diritti ancora. Una volta che le Autorità abbiano chiuso le fattispecie astratte appena accennate dal legislatore, attendranno alla funzione di ordine: cioè a controllare che individui e imprese osservino queste regole. In caso contrario le Autorità ordineranno loro di adeguare la condotta illecita al modello giuridico disegnato *ex ante* nei propri regolamenti.

Se un eccesso di regole cogenti perimetra l'azione delle Autorità, riscontriamo invece il difetto opposto quando le Autorità controllano condotte dei privati definite da algoritmi: l'assenza assoluta di regole o la presenza di diritto non imperativo. Infatti, fatti salvi gli atti di *soft law* o le norme *in fieri*, l'ordinamento europeo è latitante in materia, perché sul terreno del diritto privato non ha ancora disciplinato il rapporto tra algoritmo e condotta privata; parimenti sul terreno pubblico non ha perimetrato la *room of discretionality* del decisore autoritativo; né tratteggiato una procedura

---

1 Da ora indicate con l'acronimo A.I.

algoritmica preordinata a un provvedimento trasparente, imparziale e sottoponibile a una *judicial review* sensibile al merito.

Stante i vuoti di disciplina primaria, le A.I. devono necessariamente esibire un atto legislativo a fondamento dei propri poteri regolatori o possono agire in assenza di abilitazione?

Anche se risponderemo a questa domanda in un momento successivo del lavoro, la poniamo in apertura per sottolinearne la centralità rispetto al nostro ragionamento.

## 2. L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il suo rifiuto di regolare la Rete

La nostra indagine riguarderà l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni<sup>2</sup> e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>3</sup> con brevi cenni anche all'Autorità per la protezione dei dati personali; la trattazione separata delle due Autorità è suggerita, non tanto da ragioni di materia, quanto dal diverso stato dell'arte dei loro poteri normativi e di ordine.

L'A.G.Com. attende in primo luogo a compiti regolatori, cui seguono quelli di controllo sulla conformità delle condotte private<sup>4</sup> alle regole previamente da lei poste. La regolazione dell'Autorità in esame interviene su situazioni, appena accennate dal legislatore, ma poi rimesse alla compiuta definizione ad opera dei suoi regolamenti. Per questa ragione l'astratto modello di condotta previsto dalla norma primaria è un esempio di fattispecie a formazione progressiva, *genus* aperto a successive integrazioni. Tali sono gli interventi dell'A.G.Com. diretti a riempire gli spazi lasciati in bianco dalla disposizione primaria in modo da esaurire ogni discrezionalità comportamentale, dettando ai regolati modelli di condotta sufficientemente prescrittivi che consentono a ciascuno di conoscere in anticipo cosa è vietato e cosa no.

---

2 Da ora indicata con l'acronimo: A.G.Com.

3 Da ora indicata con l'acronimo: A.G.C.M.

4 Quanto alla costruzione giuridica della funzione regolatoria delle Autorità ci sia consentito rinviare al nostro studio: *Regole. Comando e Consenso*, Giappichelli, 2005, in part. al cap. I.; quanto al potere ordinatorio dell'A.G.C.M., riflessioni, queste, valevoli anche per l'A.G.Com., rinviamo a un nostro lavoro monografico: *Antitrust e Consob. Obiettivi e Funzioni*, Cedam, 1997, in part. al cap. I. Mentre, sullo specifico tema dei regolamenti A.G.Com. in Internet si veda: M. Giannelli, *Poteri dell'AGCOM e uso degli algoritmi. Tra innovazioni tecnologiche ed evoluzioni del quadro regolamentare*, in *Osservatorio sulle fonti*, n.1, 2021, in <http://www.osservatoriosullefonti.it>.

Questo archetipo – disposizione di legge ridotta a una norma quasi in bianco, eccetto che per la competenza, e regolamento costitutivo del contenuto della prima – non ricorre quando l’Autorità manca addirittura di una formale attribuzione della potestà normativa. Pertanto, in questi casi l’Autorità si è dovuta astenere dal dire il diritto, lamentando il difetto di abilitazione in materia, cosa che ha fatto rispetto alla pubblicità elettorale in rete.

In via preliminare, ricordiamo la specificità di Internet, intollerante ai trasporti automatici di regole dal mondo degli atomi a quello dei bit, circostanza, questa, che ha avuto il suo peso in occasione delle campagne informative preordinate agli appuntamenti elettorali. Le ultime europee, ad esempio, non furono coperte da una disciplina cogente su autore, modalità e limiti della pubblicità elettorale *on line*<sup>5</sup>; un silenzio assordante, quello dell’Autorità, dovuto alla legge n. 28/2000, che, non assegnandole il compito che sarebbe stato ragionevole riservarle, la condannava a tacere. Così illeciti, neppure immaginabili al tempo della par condicio – *fake news*<sup>6</sup> e *filter booble*<sup>7</sup> – sono accaduti, si sono ripetuti, e sono ora eventi di ordinaria amministrazione in rete; mentre la genuinità del consenso dell’elettore, caro alle Corti Supreme<sup>8</sup>, è stata sacrificata per l’anarchia della rete. Si è trattato di artifici algoritmici che hanno multi-

5 A.G.Com., *Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018*, in <https://www.agcom.it/documents/10179/9478149/Documento+generico+01-02-2018/45429524-3f31-4195-bf46-4f2863af0ff6?version=1.0>. Si vedano anche gli *Impegni assunti dalle società esercenti le piattaforme on line per garantire la parità di accesso dei soggetti politici alle piattaforme digitali durante la campagna elettorale per le elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all’Italia – 2019*, che costituiscono un esempio deludente di autoregolazione dell’informazione elettorale per le ragioni indicate nel testo.

6 Per un’impostazione innovativa si veda: M. Bassini, *Internet e liberà di espressione*, Aracne, Roma, 2019, pp. 299 e ss.

7 Interessante la definizione datane dal vocabolario Treccani, in [https://www.treccani.it/vocabolario/filter-bubble\\_res-b92bdbdc-89c2-11e8-a7cb-00271042e8d9\\_%28Neologismi%29/](https://www.treccani.it/vocabolario/filter-bubble_res-b92bdbdc-89c2-11e8-a7cb-00271042e8d9_%28Neologismi%29/).

8 In proposito si legga la *Décision n° 2018-773 DC du 20 décembre 2018*, in <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018773DC.htm>, in merito alla «*Loi relative à la lutte contre la manipulation de l’information*». Tale pronuncia in nome “*du principe de sincérité du scrutin*” sottrae all’incostituzionalità la legge richiamata nella parte in cui assegnava ampi poteri di pulizia dei siti alle piattaforme per prevenire la falsa informazione elettorale, ma la stessa disciplina imponeva alle piattaforme anche l’obbligo di rendere trasparenti gli algoritmi impiegati: in part. si legga il par. 83 della decisione: “*Ils doivent également mettre en œuvre des mesures complémentaires pouvant notamment porter sur la transpa-*

*plicato all'infinito il numero di inesistenti follower* di un *eligendo* o che hanno confermato il messaggio politico del candidato ai gusti e alle inclinazioni dei suoi probabili elettori, non diversamente da come si farebbe per pubblicizzare un dentifricio. Grazie a questa tecnica comunicativa, non priva di pericoli per la democrazia, l'immagine del candidato si frazionava in una pluralità di fotogrammi per poi ricomporsi in un gioco infinito di specchi, in cui il convincimento dell'elettore si confondeva perché il candidato gli veniva presentato diverso da come sarebbe stato in mancanza della finzione tecnologica. Tutto ciò che verremo a sapere su di lui è solo una minima parte della sua vera identità: precisamente, è solo una frazione di quello che vorremmo sentirci dire. Siamo posti di fronte a un'informazione politica monocolora, rassicurante nella misura in cui non contempla l'alterità rispetto a noi, perché è stata impoverita dei contenuti non riconducibili al patrimonio culturale di chi la riceve.

Il codice di autoregolazione di Facebook<sup>9</sup>, al quale gli *eligendi* si sarebbero dovuti attenere a tutela della corretta competizione politica, non protegge il bene assoluto di questa particolare forma di manifestazione del pensiero. Eppure, l'atto di autoregolazione richiamava la *par condicio*, ma solo come alibi per nascondere il vero obiettivo: l'accumulo di spot pubblicitari nelle mani di pochi fortunati a discapito dei molti che erano in condizione di acquistarli. Così il *far west* della comunicazione in Internet confondeva la pubblicità politica con quella commerciale in un'impropria coincidenza di finalità e terreni, che invece andavano riferiti più correttamente a distinti diritti: il primo, preordinato alla difesa dell'*equal access* dei candidati nel contendersi il voto dell'elettore, rientra a pieno titolo nelle libertà fondamentali, e come tale esige una garanzia *pro capite*; la seconda, al servizio dell'iniziativa economica, a ragione obbedisce a una logica *pro capitale*.

---

*rence des algorithmes ou la lutte contre les comptes propageant massivement de fausses informations*”.

Già la nostra Corte Cost. aveva ritenuto che la genuinità del consenso costituisse la *ratio* fondante l'incostituzionalità delle liste elettorali integralmente bloccate, così nella pronuncia n.1/2014, dove al par. 51. affermava che “in definitiva, è la circostanza che alla totalità dei parlamentari eletti, senza alcuna eccezione, manca il sostegno della indicazione personale dei cittadini, che ferisce la logica della rappresentanza consegnata nella Costituzione” in quanto minano la libertà di scelta dell'elettore, cioè la genuinità del voto, interamente assorbito dall'arbitraria compilazione per mano delle segreterie dei partiti.

- 9 Codice di buone pratiche dell'UE sulla disinformazione, Bruxelles 2018, consultabile in <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>.

Tutto ciò veniva ignorato dal codice di FB<sup>10</sup>, che in una sola mossa annullava il suffragio universale riportando in vigore una sorta di voto censitario. In questo caso l'alterazione non riguardava però la parità nella titolarità del diritto di voto, in apparenza salvaguardata, ma la parità di *chances* dei richiedenti il consenso. Questa pretesa rappresenta l'altra faccia del diritto di voto: è il diritto di ciascun concorrente a essere votato; quindi, a esporre la propria proposta politica non diversamente da come fanno gli altri *competitor*. Infatti, i candidati *well founded* dominano il dibattito politico *on line*, oscurando chi di fatto è emarginato dall'agorà digitale per ragioni economiche. In ultima istanza, il caos dei bit altera il percorso formativo del consenso, che non si svolge più in un clima sereno ed equilibrato perché gli elettori, privi di una offerta politica paritaria, diventano facili prede nelle mani di chi ha accaparrato ogni spazio di propaganda.

Dinanzi alla tirannia di una pubblicità digitale anarchica, e quindi dominata dai più forti, l'AG.Com. ha parlato il linguaggio del diritto mite, indicando comportamenti virtuosi ai candidati e invitando i gestori delle piattaforme a condotte consone al *fair play* elettorale<sup>11</sup>. Si è dunque avvalsa di armi spuntate, dotate di un'effettività attenuata perché basata sull'auto-revolezza del suo consiglio, non sull'imperatività della regola.

Ma l'Autorità avrebbe potuto fare diversamente?

Invero, le norme della ricordata L. 28/00 sono tassative nel cedere il potere normativo all'A.G.Com. e quindi mal si prestano a essere interpretate estensivamente rispetto al loro ambito di competenza come definito.

Dunque, questa constatazione ci impone di guardare altrove. Non si può escludere che una via poteva essere quella di ricavare da un tessuto costituzionale a maglie larghe, cioè dagli 'altri mezzi' di cui all'art. 21 Cost., uno spiraglio per introdurre *ex novo* o per via ermeneutica le regole destinate ai nuovi mezzi di informazione. Abbiamo speso questo argomento<sup>12</sup>, quando sostenemmo che una revisione costituzionale non fosse necessaria per tutelare Internet, già incorporato nell'endiadi "altri mezzi": valvola di sfogo tecnologicamente orientata in grado di recepire innovazioni funzionali

10 Per una narrazione diacronica del *soft law* elettorale si veda il lavoro di E. Caterina, *La comunicazione elettorale sui social media tra autoregolazione e profili di diritto costituzionale*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 3, 2021, in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>, in part. pp. 1400 ss.

11 A.G.Com., *Linee guida per la parità di accesso alle piattaforme online durante la campagna elettorale per le elezioni politiche 2018*, cit.

12 Per un'articolazione compiuta di questo pensiero, che qui per ragioni di carenza tematica abbiamo solo accennato, si veda il nostro: *Towards an Internet Bill of Rights*, 2015, 37, in *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.*, in part. si veda il par. III: "Why should the constitutionalization of the internet be necessary".

all'informazione digitale, che altrimenti sarebbero rimaste fuori da un'elencazione tassativa dei mezzi tipici. Possiamo utilizzare questa clausola di apertura per dilatare la *par condicio* fino ad assegnare oggetti inespresi al potere regolatorio dell'Autorità?

Ancora una considerazione può tornare utile per rispondere all'interrogativo posto in apertura. Il richiamo alla teoria dei poteri impliciti, argomento necessario per dilatare oltre il dato positivo la potestà dell'A.G.Com., avrebbe sì evitato l'anarchia regolatoria e l'involuzione egoistica dell'equilibrio informativo in tempo elettorale, ma avrebbe al tempo stesso provocato un pericolo più grave del danno che voleva evitare: l'*enlargement* di poteri a favore di un soggetto politicamente non rappresentativo in mancanza addirittura della norma sulla sua competenza.

La teoria richiamata avrebbe creato regolamenti indipendenti in capo all'A.G.Com., cioè un ossimoro per un atto normativo secondario, perché lo stesso avrebbe vantato un'assoluta autonomia dalla legge, non potendola esibire neanche come titolo fondativo del potere. Con la conseguenza che in questo caso il discorso politico regolatorio sarebbe stato avviato e concluso da un regolamento *praeter legem*, intervenuto nel silenzio della norma in forza di un'autoinvestitura, violando un intero fascio di principi: la legalità formale, l'ordine gerarchico tra le fonti e la riserva di legge.

E tra un'Autorità, che, esonerata da responsabilità politica, assuma da sé compiti politicamente sensibili e un'altra che, protetta dall'immunità politica, si astenga dal farlo, lasciando al legislatore la decisione, preferiamo la seconda, di cui si apprezza l'atteggiamento di cauta attesa e il rispetto del binomio indirizzo politico/responsabilità.

### 3. Algoritmi e Competition Law

Per l'A.G.C.M. il discorso, in apparenza più facile, si mostra complicato a un'osservazione più ravvicinata. Procederemo seguendo l'ordine logico qui anticipato: a) i caratteri della disciplina antitrust; b) l'impatto della *data driven economy* su di essa; e, infine, c) l'intreccio delle libertà fondamentali con i diritti economici su mercati digitali.

A) La *competition law* esprime regole di condotta negative, cioè divieti a formazione progressiva perché lasciati incompiuti nella descrizione legislativa, che rimette il loro perfezionarsi al *case by case* dell'Autorità competente. Le disposizioni del T.F.U.E. – e a cascata le norme delle legislazioni nazionali – disegnano illecito concorrenziale in base alla tecnica teleologica, il cui merito è di non ingessare la condotta entro modelli ti-

pizzati, fotografandone solo il risultato: evitare un'alterazione consistente della dinamica competitiva.

Dunque, i paradigmi astratti delle fattispecie presentano i tipici caratteri della norma parzialmente in bianco, valvole di sfogo di un sistema giuridico che si voleva lasciare riflessivo, cioè flessibile all'occorrenza, modificabile col mutare delle condizioni economico-sociali, nella invariabilità del suo dato letterale. Questi sono i referenti non scritti, *extra ordinem*, ai quali le Autorità ricorrono per completare il lavoro avviato dal legislatore.

Inizialmente, il sistema valoriale coincideva con il libero mercato: luogo dove persone, merci, capitali e prestazioni circolavano indisturbatamente al riparo dai protezionismi statali, come dai comportamenti abusivi delle imprese<sup>13</sup>. In seguito, la *competition law*, che si era lasciata alle spalle una visione atomistica della concorrenza, ha incontrato il *well-being* consumeristico, che col Trattato di Lisbona si è evoluto nello “sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi [...]. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico” (art. 2, co. 3, TUE). Il richiamo all'“economia sociale di mercato” sostanzia un tessuto pattizio, che altrimenti rischiava di rimanere una mera intenzione di incerta realizzazione. Oggi, l'economia funzionale di mercato è ancora diversa da come concepita al tempo di Lisbona, perché il *Recovery*<sup>14</sup> *la ha promossa a chiave di volta della nuova architettura economico-sociale di un'Europa, che ridisegna le riprese post pandemiche dei singoli Stati con norme asimmetriche in bonam partem*. Questa disciplina prevede infatti che il flusso di energie economiche corra prioritariamente verso chi ha di meno per allinearlo a chi è avanti nella gara sociale: Giovani, Donne e Sud<sup>15</sup>. Quindi, nella struttura del *Recovery* la filosofia del libero mercato da fine ultimo, quale era in principio, viene ridimensionata a mezzo per conseguire l'atteso risultato dell'eguaglianza sostanziale.

13 Corte di Giustizia, *Grunding*, 56/64, p. 518, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61964CJ0056>, e Id., *Continental Can*, 6/72, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A61972CJ0006>.

14 Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza. D'ora in avanti Reg. UE 2021/241. Per una riflessione sulle ricadute sull'assetto costituzionale interno, ci permettiamo di rinviare al nostro saggio G. De Minico, *Il piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in <https://www.costituzionalismo.it/il-piano-nazionale-di-ripresa-e-resilienza-una-terra-promessa/>.

15 Per un'analisi delle promesse molto ambiziose a fronte di loro modeste realizzazioni si rinvia alla nota precedente.

Notiamo però che se la Commissione Europea ha puntato in alto nel promuovere la ripresa economica post Covid, non ha fatto lo stesso quando ha avviato l'azione regolatoria in tema di algoritmi. Vogliamo dire che la sua attenzione alle asimmetrie sociali ha subito una drastica flessione sul terreno degli algoritmi, come se la tecnica da sola potesse compensare le disuguaglianze in assenza della mano dell'uomo che la indirizzi. Spiegheremo nel prosieguo le ragioni della nostra insoddisfazione della regolazione europea sugli algoritmi impiegati nell'economia di mercato.

B) Il tema va affrontato partendo da una consapevolezza: il mercato di oggi non è quello di ieri perché le piazze *on line* non sono la fotocopia di quelle *off line* per tre ragioni fondamentali.

La prima si risolve nella presenza sui mercati *on line* di una nuova entità: i Big Data. Questa endiadi si riferisce a quelle crescenti masse di dati, universali per oggetto e soggetto, variabili per capacità auto-generativa, veloci nella formazione *in itinere* del patrimonio informativo e dal valore economico inestimabile, prendendo a prestito la definizione statunitense delle cinque 'v'<sup>16</sup>.

In secondo luogo, queste piazze sono come i lati simmetrici di una stessa medaglia: cioè mercati strettamente interconnessi compongono il *double sided market*<sup>17</sup>. *Il primo a monte, dove beni e prestazioni digitali vengono offerti contro una gratuità fittizia perché il consumatore paga quei servizi con i suoi dati. Ne sia prova il fatto che il rapporto contrattuale continua a essere sinallagmatico, solo che il corrispettivo contro il servizio digitale non è il denaro, ma la cessione in blocco dei dati a chi fornisce il servizio digitale.*

*Nel secondo mercato, quello a valle, si vendono spazi pubblicitari in quanto l'impresa, grazie alla raccolta a strascico dei dati altrui, è in grado di vendere queste vetrine a prezzi ben più alti di quanto farebbe se non profilasse il potenziale acquirente. Non a caso abbiamo sottolineato l'esistenza di un ordine tra il mercato gratuito e quello oneroso: il primo, solo in apparenza è gratuito, perché il dato sta in luogo del prezzo e pertanto alimenta*

16 Per la dottrina americana, autrice della fortunata espressione 'cinque v', nonché per un ragionamento sull'impatto dei BD sulle categorie giuridiche ci sia consentito rinviare a: G. De Minico, *Big data e la debole resistenza delle categorie giuridiche*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2019, pp. 90 e ss.

17 M. Maggiolino, *I BD e il diritto antitrust*, EGEA, Milano, 2018, nota 2, p. 2. Siamo in presenza di processi che hanno nell'accumulo crescente dei dati la loro benzina virtuale consistendo "in un complesso di attività che ruotano intorno alla produzione, all'uso e alla commercializzazione dei dati a mezzo di altri dati".

l'appetibilità dell'inserzioni pubblicitarie, divenendo la causa dell'onerosità di quello a valle, secondo quel perfetto circolo vizioso illustrato dagli economisti. Precisamente, più clic riceverà il messaggio pubblicitario, più alto sarà il suo prezzo, e più voluminosa la massa dei dati accaparrata dall'imprenditore che domina le due piazze<sup>18</sup>.

In sintesi, i Big Data costituiscono “*a significant competitive advantage for companies active in, for instance, targeted online advertising, online search, social networking, software services and software products*”<sup>19</sup>, che nel linguaggio del diritto antitrust significa esistenza di barriere tecnologiche, che inibiscono l'accesso al nuovo entrante, il quale senza il suo corredo dei dati è destinato solo a guardare la partita competitiva giocata dagli *incumbent*.

Un'altra caratteristica di queste piazze è il ripetersi di *trials and errors*, commessi da chi già opera nel mercato, il quale migliorerà le sue *performance* proprio grazie ai suoi errori, rafforzando così l'effetto preclusivo in danno dei terzi.

C) Infine, l'attributo poco indagato dalla dottrina giuridica, ma centrale nel discorso sull'atipicità regolativa: l'intreccio tra libertà fondamentali e diritti economici, che si confondono in un avviluppato groviglio contro l'antica distanza di sicurezza che un tempo li separava nei mercati *off line*, molto accorti a non creare punti di tangenza tra le due classi di diritti. Oggi lo slittamento di una sfera soggettiva su quella contigua è un fatto ordinario, quando accade comporta che la cura di un diritto dipenda dalla protezione riservata all'altro; e la lesione di una libertà fondamentale può essere il sintomo dell'aggressione di una facoltà economica. Questo fenomeno lo vedremo con attenzione quando parleremo dell'accertamento dell'illecito plurioffensivo, che esige l'individuazione di almeno due autorità per qualificare integralmente la condotta, a differenza del monismo del vecchio diritto antitrust. Chiarite chi siano le Autorità e come possano dialogare tra loro, queste dovranno inventarsi misure sanzionatorie inedite per compensare a pieno la lesione multipla. Tali questioni le mettiamo per il momento da parte e poi le riprenderemo, a esse abbiamo accennato al solo fine di rendere visiva al lettore la matassa di libertà economiche e diritti fondamentali.

---

18 A. Ezrachi, *Eu competition law goals and the digital economy, Report commissioned by BEUC*, in [https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-071\\_goals\\_of\\_eu\\_competition\\_law\\_and\\_digital\\_economy.pdf](https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2018-071_goals_of_eu_competition_law_and_digital_economy.pdf), pp. 7-12.

19 M.E. Stucke, A.P. Grunes, *Big data and competition policy*, OUP, Oxford, 2016, a p. 37.

#### 4. Un modello di interpretazione teleologicamente orientata della Competition Law

Date le caratteristiche prima esposte dei mercati digitali, riflettiamo se la disciplina antitrust dei mercati *off line* sia trasferibile immutata sulle piazze *on line*, o se invece necessita di essere rivisitata secondo alcune linee guida.

La prima consiste nel fine della *competition law*: la difesa della concorrenza, non dello *status quo*, quest'ultimo infatti andrebbe a beneficio dei soli concorrenti già presenti. Nella nostra impostazione il valore oggettivo del *common good*, misurato sulle coordinate della crescita competitiva e dell'equiordinazione sociale, si afferma in luogo del privilegio a vantaggio di un'unica categoria di soggetti, i concorrenti già entrati nel mercato.

La seconda linea guida impone che si presti attenzione a un nuovo pericolo e al suo antidoto: la riduzione del *common good* a una prosperità tecnologica unidirezionale perché ad appannaggio degli oligopolisti privati. Quanto al rimedio, se l'innovazione viene subordinata ai principi del costituzionalismo comune, diventa leva per chiudere le asimmetrie economico-sociali; se invece viene lasciata a sé stessa, è un pericoloso "*mean [s] to produce revenue and market control*"<sup>20</sup>.

La terza direttrice si risolve in un atteggiamento aperto a un'ermeneutica che esige porosità verso l'innovazione tecnologica, e che rimanda a un'interpretazione della Costituzione in aderenza ai mutamenti della storia<sup>21</sup>. In un rapporto di reciproco scambio tra Costituzione e Storia, quest'ultima è il principio di fatto che dà l'impulso a ogni processo costituente; ma questo, una volta compiuto, deve lasciare aperta la porta alla realtà che gli ha dato vita e che gli assicura effettività. La storia economica ci suggerisce anche un parallelo, che non è così ricorsivo come Vico insegna: nel secolo scorso i monopoli erano la protezione istituzionale, che la politica regalava ai grandi gruppi imprenditoriali, scambiando privilegi e certezza dei traffici illeciti contro il loro appoggio all'assetto istituzionale costituito. Oggi questa situazione ritorna nelle mutate vesti dell'accaparramento indisturbato dei dati sui mercati *on line* da parte delle *Big Tech*, regalo dell'anarchia tecnologica che consegna nelle loro mani dominanze incontestabili dai terzi.

20 S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Profile Books Ltd, 2019.

21 Una guida illuminata è nel pensiero di G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Cedam, Padova, 2001, pp. 24 ss.

### 5. Come gli algoritmi riscrivono l'abuso di posizione dominante

Il mutato scenario tecnologico impone una lettura<sup>22</sup> dell'abuso di posizione dominante, art. 102 TFUE<sup>23</sup>, sensibile alla logica tecnologicamente orientata: unica interpretazione possibile se il mercato è *data driven*<sup>24</sup>. *Assunta la figura a emblema dell'illecito, le considerazioni che seguiranno varranno tendenzialmente anche per le intese e le concentrazioni con gli opportuni adattamenti del caso. Quindi, ricorderemo brevemente gli elementi strutturali dell'abuso – il mercato di riferimento, la dominanza e il suo uso unfair – per poi collocarli in un contesto economico algoritmico.*

Il primo passo è la scelta del metodo per individuare il mercato di riferimento: non più il parametro classico della sostituibilità dei beni. Lo stesso potrà ancora essere utile per disegnare il mercato della raccolta pubblicitaria di Google o quello degli incontri virtuali di Facebook, come nell'esempio illustrato sopra, ma la cosa importante è il punto di fuga dei due mercati: quella comune piazza virtuale, collocata sullo sfondo e alimentata dai dati. Questo sarà il mercato di riferimento, nonostante l'avversione della Commissione a non considerarlo tale perché non identificabile secondo il criterio della fungibilità merceologica. Si può invece obiettare al conservatorismo europeo che, se preferiamo Google agli altri, non è per un suo specifico servizio – quello di “Gmail”, o di conservazione dei dati con “Google Drive” – ma per la capacità come *Over the Top*<sup>25</sup> di *offrirci l'intero fascio delle prestazioni nella medesima unità spazio-temporale. Pertanto, chi fa parte della comunità di Google non è disposto a cambiarlo con altri, a prescindere dal suo comportamento, almeno fin quando rimarrà l'unico operatore in grado di fornire una prestazione, pluriarticolata, sigillata in una scatola e portabile con noi ovunque andiamo. Ritorna dunque il concetto d'insostituibilità, ma rivisto perché inserito in un contesto globale, dove insostituibile è divenuto l'intero pacchetto, non più il singolo bene.*

22 Cfr.: Commissione Europea, *Antitrust procedures in abuse of dominance (Article 102 TFEU cases)*, in [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures\\_102\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html).

23 Cfr.: R. Wish-Baiely, *Competition law*, OUP, Oxford, 2018, capp. 17 e 18; R. Nazzini, *The foundations of European Union of Competition law: The objective and principles of article 102*, OUP, Oxford, 2011, *passim*.

24 M. E. Stucke, A. P. Grunes, *BD and competition policy*, cit., part. III; in part. cap. 9.

25 A.G.Com., *Indagine conoscitiva concrete lo sviluppo delle piattaforme digitali e dei servizi di comunicazione elettronica. Allegato A alla delibera n. 165/16/CONS*, in <https://www.agcom.it/documents/10179/5054337/Allegato+29-6-2016/9d7168c6-6205-47e7-a2d9-23cccd1df59?version=1.0>.

*Le obiezioni, benché pertinenti degli economisti, le lasciamo a loro; noi giuristi dobbiamo invece osservare con mente libera da pregiudizi i fornitori omnibus della rete.* Questi mantengono stretta nelle loro mani la leva fisica dei nostri dati, necessaria a creare e far crescere la loro indebita e permanente dominanza, destinata a durare nel tempo perché non scalabile<sup>26</sup> e indebita perché costruita con beni altrui.

Il secondo elemento dell'abuso, il potere di mercato, è ancora accertabile in base al fatturato, ma anche altri indici possono concorrere a individuarlo in linea con la naturale porosità della disciplina antitrust, sensibile agli input nati dal basso, cioè ai modi di essere, alle abitudini di una realtà economico-imprenditoriale mai uguale a sé stessa. Ad esempio, la dominanza di un'impresa 4.0. si basa anche sulla ricorsività degli atteggiamenti commerciali dei nuovi utenti, che seguono la scelta già fatta da chi li ha preceduti. Nessuno infatti si darebbe appuntamento in luoghi quasi deserti, tutti si addensano nelle piazze virtuali, dove le *chance* di incontro sono maggiori. Quindi, il *lock-in* tra Google e i suoi clienti è un tratto incontestabile del potere di mercato di Google, assente nelle economie *off line*, non a caso misurabili in base all'antico indizio del fatturato.

Ultimo requisito al perfezionamento della fattispecie dell'art. 102 T.F.U.E. è il comportamento abusivo, visto che il diritto antitrust non punisce la dominanza in sé, ma il suo cattivo uso che pregiudica consumatori e/o concorrenti: rispettivamente, nelle figure dell'abuso di sfruttamento e di esclusione. In estrema sintesi, il primo ricorre quando la condotta unilaterale dell'operatore si risolve in condotte dannose per i consumatori, costretti a subirle perché altrove non troverebbero migliori condizioni contrattuali: ad esempio, l'aumento sensibile dei prezzi che lasci invariata la domanda. Il secondo abuso si risolve in comportamenti pregiudizievole per gli altri concorrenti, impossibilitati a impedirli: ad esempio, l'imposizione di prezzi condizionati o esclusive particolarmente vessatorie. In entrambi gli abusi accennati la condotta contestata sarebbe propria di un monopolista, assunta però da chi non è tale, ma che si comporta come se lo fosse perché si può permettere di prescindere dalle reazioni dei consumatori e dei concorrenti.

Se proviamo a trasferire queste figure sui mercati *double sided* – quelli che si articolano sulle due piazze speculari, come detto prima – esse mancheranno di un elemento essenziale secondo il modello dell'art. 102: cioè dell'aumento sensibile del prezzo. Questo difetto è dovuto al fatto che,

---

26 Utili spunti si possono trarre dalla A.G.C.M., A.G.Com. e G.P.D.P., *Indagine conoscitiva sui Big Data*, in [https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC\\_Big%20data\\_imp.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf).

consumato l'abuso, i beni continueranno a essere venduti a prezzo 0, già praticato *ante* abuso, venendo dunque a mancare il sintomo per antonomasia del cattivo uso del potere di mercato, a meno che non si accetti la novità che la condotta illecita nell'ambiente digitale ha modalità di esternazione alternative rispetto a quelle dell'economia *off line*. Si consideri quel dominante che, forte del suo pacchetto di dati, abbassi la *policy* di *privacy* senza che ciò determini una flessione sensibile nella domanda stante il *lock-in* e l'omogeneità diffusa delle condizioni contrattuali. Siamo dinanzi a un abuso per sfruttamento poiché il dominante ha alterato le condizioni contrattuali, la *privacy policy*, contro le legittime aspettative dei consumatori?

Se consideriamo tale *policy* un elemento della disciplina del contratto, averla degradata incide sulla qualità della prestazione, diventando un indizio inedito di prepotenza nei confronti dei consumatori, anche se la Commissione si ostina a non vederlo. Si può allora arrivare a sostenere l'adozione di criteri alternativi per valutare l'abuso: non più l'incremento minimo e stabile del prezzo, inidoneo a spostare la domanda, ma la riduzione minima e stabile della qualità della prestazione<sup>27</sup>. Il nuovo parametro non sarà privo di incognite: come si calcolerà un elemento qualitativo su un valore immateriale, quale è la *privacy*? E, ancora, il metro di valutazione sarà uguale per tutti i soggetti oppure andrebbe misurato in ragione delle tendenze dei clienti e della loro diversa sensibilità alla protezione dei dati personali?

Se guardiamo alla *policy* antitrust statunitense, fatte salve le linee guida dell'USA Antitrust<sup>28</sup>, anche le sue Autorità non hanno vietato concentrazioni lesive del mercato in presenza di un'*injury* che si è manifestata nella riduzione della qualità della prestazione, nel peggioramento della varietà dei prodotti o nel degrado innovativo, cioè quando il pregiudizio non si è risolto nel semplice aumento del prezzo. In altri termini, questi elementi dinamici non sono stati presi in considerazione, vuoi perché di difficile quantificazione, vuoi per fedele ossequio a un'impostazione *price based* del diritto antitrust, che esclude di assumere come indizi profili qualitativi dei rapporti: innovazione, diritti fondamentali, democraticità del sistema.

---

27 In proposito, si veda lo studio particolareggiato e puntellato da abbondante casistica di: M.E. Stucke, A.P. Grunes, *Bid data and competition policy*, cit., a pp. 115 ss.

28 Cfr.: American Bar Association Section of Antitrust law, *Merger and acquisition: understanding the Antitrust Issues* (4 th ed. Chicago, II, II: American Bar Association, 2015) pp. 134-5. "[...] it is rare for a complaints alleging harm only in an innovation market, and no courts has invalidated a transaction solely because it reduced competition in an innovation market".

Chiusa la parentesi statunitense, torniamo nei confini europei e giudichiamo la situazione attuale: deludente perché la Commissione, senza soluzione di continuità<sup>29</sup>, persevera nel negare che una lesione all'art. 102 T.F.U.E. – *sub specie* di sfruttamento per aggressione alla *privacy* – si possa realizzare quando, pur in presenza di un danno al mercato, il pregiudizio investa il bene *privacy*. La Commissione si è trincerata dietro l'argomento formale della rigida separazione delle competenze. Secondo il ragionamento della Commissione, la *privacy* deve rimanere affidata alle cure del Garante europeo per la protezione dei dati personali, la concorrenza a sé medesima. Questa impostazione ha escluso che si potessero annullare concentrazioni lesive della *privacy*, proprio perché la Commissione ha ritenuto che le preoccupazioni sulla *privacy* “fall [ing] out of the aim of antitrust law”<sup>30</sup> per rientrare invece “within the scope of the EC data protection rules”<sup>31</sup>. Questa impostazione vecchia ha consentito a Google di perseverare nell'illecito, lì dove invece andava obbligato<sup>32</sup> a ridurre la sua ingiustificata dominanza con sanzioni ripristinatorie alternative al denaro, unica pena comminatagli. Stesso discorso assolutorio è stato fatto per Facebook<sup>33</sup>, che, acquistata WhatsApp, fu punita dalla Commissione, ma per dichiarazioni false, non anche per il più grave illecito consistente nell'aver sottratto all'insaputa dei clienti di WhatsApp i loro dati telefonici, consolidando il suo già smisurato potere sul mercato dei dati.

Per rigore scientifico chiariamo che non intendiamo avallare nessun automatismo, nel senso che la lesione della *privacy* può essere solo un sintomo, che accende un campanello d'allarme, salvo poi accertare che il

29 Commissione Europea, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Relazione sulla politica di concorrenza 2017*, COM(2018) 482 final, 18.6.2018, in [http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/2017/part1\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2017/part1_it.pdf).

30 M. Vestager, *Competition in a BD world*, 18 January 2016, in [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world\\_enin](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_enin).

31 B. Bouyssière, D. Colgan, *Competition law, BD and data protection – are Competition Authorities becoming jacks of all trades?*, in <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f9b02fe5-b8e1-4396-8efa-a24ffce9daf>.

32 Commissione europea, *Caso AT.39740 Google search (Shopping)*, cfr. IP/17/1784 del 27 giugno 2017, in [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1784\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_it.htm). Volendo cfr.: G. DE MINICO, *New horizons for the policymaker after the Commission's decision on Google?* in <https://iaclaide.wordpress.com/2017/08/27/new-horizons-for-the-policymaker-after-the-commissions-decision-on-google/>.

33 Commissione europea, *Caso M.8228 – Facebook/WhatsApp*, 18 maggio 2017, in [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017M828\(03\)&from=LT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017M828(03)&from=LT).

sintomo abbia effettivamente procurato un danno alla concorrenza. In altri termini, non si dà per presupposto il nesso di causalità tra la condotta lesiva della *privacy* e il danno al mercato, questo elemento deve essere oggetto di specifica prova, perché rifiutiamo la più benevola tesi tedesca<sup>34</sup> della “presunzione normativa”<sup>35</sup>, secondo la quale il danno competitivo ricorrerebbe *in re ipsa* in presenza della sola lesione alla *privacy*. Dall’altro canto, non si vuole escludere ogni sua rilevanza ai fini dell’accertamento dell’abuso, come invece sostiene la Commissione europea. La nostra è piuttosto una posizione vicina alla presunzione relativa: la lesione lascia intravedere un presuntivo danno, a meno che l’impresa, autrice dell’abuso, dimostri che, nonostante il pregiudizio alla *privacy*, il danno non vi sia stato. Questa soluzione di compromesso tiene dentro la novità ermeneutica, che valorizza la lesione della *privacy* come sintomo di una condotta anticompetitiva, e il diritto alla difesa, ammettendo l’impresa a dimostrare l’irrelevanza del sintomo, che è prova disponibile, non diabolica.

Il ripetersi di illeciti con modalità quasi identiche – ulteriori indizi sono offerti dalla recente fusione di Facebook con Instagram<sup>36</sup> o la multa comminata dall’A.G.C.M. italiana ad Amazon per i suoi reiterati abusi di posizio-

---

34 *Contra* la Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources Background information on the Bundeskartellamt’s Facebook proceeding*, February 2019, in [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook\\_FAQs.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=5).

35 In proposito si legga il Bundesgerichtshof (*Federal Court of Justice*), *Decision KVR 69/19*, del 23/06/2020 (la sua *press release* recante: *The Federal Court of Justice provisionally confirms the allegation of abuse of a dominant market position by Facebook*, <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html>), dove la Corte Federale, in contrasto col giudice di appello, ha sostenuto che ai sensi dell’art. 19(1) della Legge federale sulla concorrenza si possa affermare l’esistenza di un nesso di ‘causalità normativa’ da una mera condotta accrescitiva del potere di mercato del dominante, e che dunque non occorresse anche la prova di un comportamento illecito reso possibile unicamente in forza della posizione di preminenza del soggetto egemone”, in <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2020-6&Seite=4&nr=109506&pos=121&anz=279>. Per la sua traduzione inglese resa dalla Bundeskartellamt, si veda il suo sito: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/BGH-KVR-69-19.html;jsessionid=B67E0ED4B26FDCD51094BE01130FC468.1\\_cid362?nn=4136442](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/BGH-KVR-69-19.html;jsessionid=B67E0ED4B26FDCD51094BE01130FC468.1_cid362?nn=4136442).

36 *Zuckerberg Plans to Integrate WhatsApp, Instagram and Facebook Messenger*, in *NYT*, 26 January 2019, <https://www.nytimes.com/2019/01/25/technology/facebook-instagram-whatsapp-messenger.html>

ne dominante<sup>37</sup> – prova l’insufficienza di un’interpretazione anacronistica del diritto antitrust<sup>38</sup>. Si tratta di un’infelice scelta ermeneutica, che pone la *competition law* fuori dal tempo, la veste con una camicia di forza, che si rivela incapace di cogliere le reali condotte lesive del mercato, dunque lasciate prive di regolazione.

Un tentativo di adeguare la L. 287/90 alla dimensione virtuale dei mercati è in atto con il d.d.l. sulla concorrenza al 2021<sup>39</sup>. Il suo articolo 29 prevede una figura di abuso relativo di dipendenza economica, quando il titolare di una piattaforma esercita sui suoi clienti *business* un *superior bargaining power*, ponendoli in una condizione di sudditanza a sé. Si pensi ad Amazon o alle *Apple Store*, ma anche ai motori di ricerca, dove la piattaforma, pur nella sua variabilità di funzioni, serve al cliente del mercato all’ingrosso per permettergli di veicolare i suoi servizi ai consumatori del mercato al dettaglio. La fattispecie nasce da un autorevole precedente tedesco, che nella sua legge annuale antitrust<sup>40</sup> ha introdotto questa figura speciale di abuso. La sua specialità risiede nel fatto che lo sfruttamento della dominanza, manifestatosi con l’imporre clausole vessatorie al solo cliente *business*, non investe l’intero mercato, ma è circoscritta a uno specifico rapporto negoziale. La novità italiana è il ragionare per valutazioni legali tipiche, che, procedendo per schemi astratti, portano a ritenere sussistente l’asimmetria contrattuale in chi possieda una piattaforma per il semplice fatto di disporre di essa e in virtù del suo ruolo ‘determinante’,

37 In breve l’Autorità ha contestato ad Amazon – Provv. A528, 30 /11/ 2021, in <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2021/12/A528-chiusura> – che detiene una posizione dominante sul mercato dell’intermediazione, di aver favorito le proprie divisioni di logistica a danno dei venditori terzi sulla medesima piattaforma, in quanto ha accordato ai primi servizi aggiuntivi, tipo Prime, negati invece ai concorrenti, impedendo loro di proporsi come fornitori di servizi di qualità paragonabile a quella della logistica di Amazon.

38 Interessante, anche se non condivisibile, la diversa lettura suggerita da E. CREMONA, *L’erompere dei poteri privati nei mercati digitali e le incertezze della regolazione antitrust*, in *Osservatorio sulle Fonti*, n. 2/2021, in <https://www.osservatoriosullefonti.it/mobile-saggi/speciali/speciale-autorita-amministrative-indipendenti-e-regolazione-delle-decisioni-algoritmiche-2-2021/1659-l-erompere-dei-poteri-privati-nei-mercati-digitali-e-le-incertezze-della-regolazione-antitrust>.

39 Leg. XVIII, A.S. 2469, Disegno di legge, recante “Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021”, in <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/54618.htm>.

40 Legge annuale sulla concorrenza tedesca *Getsetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB, in *021 Law of 06/24/2021 (Federal Gazette I*, p. 1858), in part. si veda l’art. 12, rubricato nella versione inglese “*Prohibited conduct by companies with relative or superior market power*”.

lasciando che la prova contraria, quasi diabolica, sia a carico del presunto *incumbent*<sup>41</sup>. *Costui, infatti, dovrà dimostrare che il suo cliente business non versi in una situazione di sudditanza economica nei suoi confronti, perché in ogni momento si potrebbe sganciare trovando fornitori dell'accesso a condizioni migliori.* Questa possibilità di migrare altrove secondo gli economisti presupporrebbe che il dominante disponga dei libri contabili altrui, perché deve poter provare che i costi sostenuti dal cliente siano recuperabili quando si sposta su un'altra piattaforma<sup>42</sup>. Dunque, una prova di fatto impraticabile, che traduce la presunzione in assoluta, assegnando al dominante la patente di cattivo imprenditore in ogni caso. A quanto detto si aggiunga che la norma non distingue le piattaforme per la tipologia di prestazione fornita, accomunando irragionevolmente tutti i titolari, a prescindere dall'effettivo potere contrattuale concretamente esercitato. Quindi, l'art. 29 si chiude con una casistica di obblighi comportamentali asimmetrici al fine di riequilibrare le sorti negoziali inizialmente sbilanciate a favore del dominante; ma tali obblighi sono poco adattabili alla varietà delle posizioni nate giorno dopo giorno col mutare dell'economia digitale. Sarebbe stato preferibile che questa novella avesse seguito il sano pragmatismo tedesco, che non ha imposto presunzioni, lasciando al *case by case* l'accertamento dell'effettivo squilibrio. Questo modo di procedere è essenziale, se si considera che qui si impongono misure *ex ante* per equiordinare, senza accertare prima l'insufficienza dei rimedi antitrust a dinamizzare il mercato. La prova è offerta dalla linea normativa pregressa: infatti, il legislatore in passato non si era sottratto a questo compito nel ricorrere alla disciplina asimmetrica con i ripetuti pacchetti di Direttive T.L.C.<sup>43</sup>.

Per queste ragioni l'intervento innovativo del nostro decisore politico, se rimasse così come è, assomiglia al percorso di un funambolo, che

41 In merito si legga l'audizione del prof. Colangelo, 12 gennaio 20021, seduta n. 202, presso la 10ª Commissione del Senato della Repubblica, in [https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Dditer/documenti/54618\\_documenti.htm](https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Dditer/documenti/54618_documenti.htm).

42 In questo senso si leggano le puntuali critiche al disegno di legge formulate dall'Antitrust, *Segnalazione ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, in merito alla proposta di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021*, in <https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/S4143%20-%20LEGGE%20ANNUALE%20CONCORRENZA.pdf>.

43 Per un'impostazione ragionata e comparativa tra la disciplina asimmetrica (in particolare, nei mercati TLC) e quella antitrust ci sia consentito il rinvio a: G. De Minico, *Codice delle comunicazioni elettroniche*, in P. Costanzo, G. De Minico, R. Zaccaria (a cura di), *I 'tre codici' della società dell'informazione*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 169 ss.

si muove su quel filo incerto tra il rimanere in equilibrio e il cadere giù: usiamo questa immagine forte perché vogliamo sottolineare che il d.d.l. in esame, per come ha scritto l'art. 29, potrebbe contribuire all'incertezza dei traffici economici per le espressioni (quantitative e qualitative) indeterminate nel disegnare la neo fattispecie di abuso vietato, ma anche per aver invertito la traiettoria del diritto della concorrenza: la flessibilità delle sue previsioni da accertarsi caso per caso, e qui convertita in una valutazione legale tipica, che di fatto diventa una presunzione assoluta di dominanza per le riflessioni prima esposte. Del resto lo stesso legislatore tedesco, che in altre occasioni aveva ceduto al fascino degli automatismi, quando ha avallato la teoria della causalità normativa, qui si è attenuto con rigore all'accertamento dei fatti per come sono, evitando di attribuire a questi un significato suggerito da indici presuntivi, tutt'altro che univoci.

Infine, se dovesse passare il nuovo abuso senza correzioni, si assisterebbe a un inasprimento del diritto antitrust nazionale rispetto a quello europeo, che ha già in cantiere con il D.M.A. una disciplina asimmetrica simile ed applicabile ai gestori delle piattaforme, ma costruita con minor severità e maggiore aderenza ai fatti. Ne conseguirebbe un contrasto tra discipline, quella europea più mite contro i rigori di quella interna, che non potrebbe risolversi con la prevalenza della nostra, approfittando della clausola del D.M.A.<sup>44</sup>, che fa salve discipline diverse degli stati membri, perché questa clausola di salvezza a favore della giurisdizione domestica trova un limite invalicabile nell'armonizzazione dei mercati. Se dovesse applicarsi il futuro art. 29, il nostro mercato per la pesantezza della disciplina sarebbe disarmonico rispetto alle altre piazze europee, e se gli venisse accordata questa autonomia regolatoria, la stessa si tradurrebbe in uno svantaggio competitivo per i nostri imprenditori, gravati da oneri maggiori di quelli riservati ai tedeschi. Questa è la ragione per cui questo dissidio di discipline andrebbe evitato, fin quando si è in tempo, salvo risolverlo *ex post* nelle opportune sedi giudiziarie con la priorità di quella europea.

Dunque, riconfermiamo il nostro favore alle novità del diritto positivo antitrust, a condizioni di tenerle lontane dalle valutazioni legali tipiche, e confermiamo altresì l'idea che il criterio ermeneutico tecnologicamente orientato sia il rimedio semplice per lasciarci alle spalle l'interpretazione *price based* e accarezzarne una *privacy based*, preferibile alla prima perché *well tailored* alle dinamiche dell'economia digitale.

44 Commissione Europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali)*, COM(2020) 842 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TXT/?qid=1608116887159&uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN>.

## 6. Dalle sanzioni solitarie alle pene interconnesse

La descritta commistione tra *privacy* e *competition*, i cui valori rimangono distinti in identità, bisogni sottostanti e autorità preposte alla loro cura, non è il risultato di un errore valutativo, ma la conseguenza di una diversa concezione del diritto, che dall'insofferenza della bipartizione classica pubblico/privato ha maturato l'intolleranza alla divisione del lavoro in ragione dei beni da proteggere, mercato e *privacy*. I piani, un tempo separati, si sono mescolati; gli interessi, inizialmente lontani e aggredibili da condotte distinte, sono oggi esposti a lesioni progressive e pertanto sono diventati tutelabili l'uno a seguito dell'altro; e le Autorità, che un tempo vivevano isolate, ciascuna nel suo recinto, sono invece chiamate a uno sforzo comunicativo. Si dovranno scambiare informazioni, disegnare *best practices*, parlare un linguaggio comune. Se l'intreccio delle discipline di settore significa che i requisiti di una fattispecie vietata possono diventare altresì gli elementi integrativi dell'altra condotta astrattamente proibita, le Autorità dovranno parlare lo stesso linguaggio giuridico, questo deve essere un patrimonio condiviso, perché solo così si eviteranno decisioni contrastanti. E al fine dell'armonizzazione del nuovo diritto contribuirà anche la proficua e continuativa "confusione" delle procedure.

Esempi di questa distanza tra l'essere e il dover essere sono stati dati nelle pagine precedenti in merito all'inedita struttura di una condotta in apparenza rispettosa del mercato, ma nella sostanza aggressiva della *privacy*, abbassandone il livello di protezione. Completiamo il quadro del diritto antitrust di nuova generazione riflettendo su come le sanzioni dovrebbero essere modulate sulla capacità plurioffensiva dell'illecito.

L'intreccio *privacy/competizione*, cioè la lesione del primo valore come sintomo dell'abuso di potere dominante, rende le misure tipiche antitrust *unreasonable* per due ragioni.

In primo luogo la tempestività, attributo dei processi economici in rete, richiede che le misure intervengano quanto prima, mentre attendere i lunghi tempi di un'istruttoria diretta ad accertare l'illecito compromette irreversibilmente i beni della concorrenza e della *privacy*. Da qui il ragionevole *favor* del legislatore europeo verso gli strumenti negoziali più rapidi a definirsi; almeno questa sarebbe l'aspettativa a fronte di un impegno il cui scopo è evitare l'accertamento definitivo dell'illecito con atto autoritativo. Accanto al fattore tempo un'altra considerazione li rende un buon rimedio per l'economia *data driven*<sup>45</sup>; e qui la nostra attenzione si rivolge al secondo dei beni in campo, la

---

45 M. Botta, K. Wiedemann, *Eu competition law enforcement vis-à-vis exploitative conducts in the data economy exploring the Terra incognita*, Max Planck Institute

*privacy*, che, se lesa, subisce un'aggressione senza ritorno. Pertanto, il classico ordine di cessare la condotta lesiva o il suo *desistat*, atti tipici di contrasto delle intese e degli abusi, non consentirebbero alla *privacy* di riacquistare la sua consistenza *ante delictum*, in quanto i dati, anche se restituiti ai rispettivi titolari, rimarrebbero violati per il semplice fatto di essere usciti dalla loro sfera giuridica. L'impossibilità di *turn the clock back* accorda un incontestabile vantaggio agli impegni rispetto alle sanzioni autoritative (artt. 101 e 102 TFUE).

Ora il terreno è pronto ad accogliere l'art. 9 del Regolamento CE 1/2003<sup>46</sup>, in origine limitato agli impegni che regolano i traffici materiali, la cui estensione ai commerci *on line* non incontra ragioni ostative. Piuttosto chiediamoci quale dovrà essere il contenuto prescrittivo dell'atto e quale il parametro valutativo della Commissione nel decidere se approvarlo o meno.

Solo poche parole per ricordare contenuto e finalità di un impegno<sup>47</sup>. Questo è una proposta di parte diretta a restituire l'efficienza competitiva al mercato al fine di evitare l'accertamento autoritativo del presunto illecito antitrust con quanto ne segue.

Pertanto, l'imprenditore dovrà offrire comportamenti capaci di sanare i due tipi abuso, prima esaminati: quello di sfruttamento e di esclusione. Precisamente, a fronte del primo, il rimedio consisterà nel rendere disponibili ai consumatori adeguati spazi per l'esercizio delle facoltà connesse alla loro *privacy*, violata dall'abuso.

Non sarebbe né possibile, né utile tipizzare in elenchi esaustivi la tipologia degli impegni in esame, in quanto il loro contenuto va modellato in vista della funzione: restituire al mercato, non necessariamente il medesimo *status quo ante*, bensì l'efficienza competitiva alterata dall'abuso. Ciò che conta è che il parametro valutativo dei costi e benefici, al quale la misura deve obbedire, rispetti la specificità dettata dal nuovo terreno di gioco. Ciò esclude ogni automatismo nel trasportare gli istituti dalla sede di origine a quella nuova, necessitando di adattamenti per il mutato contesto. Così il contenuto dell'impegno dovrà tener conto almeno di due circostanze: il tipo di lesione inferta alla *privacy* e la dimensione collettiva del diritto, stante la sua riferibilità non più al singolo, ma a diffuse collettività di utenti.

---

for Innovation & Competition Research Paper No. 18-08, 2018, pp. 1-89 (per gentile concessione degli Autori).

46 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, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=IT>.

47 N. Dunne, *Commitment decisions in Eu competition law*, in *Journal of competition law and economics*, 2014, 10, 2, pp. 399 ss.

La parte che seguirà di questo studio esamina casi accaduti o solo figurati, perché è l'approccio pragmatico della ricerca a richiederlo, in modo da offrire un modello prescrittivo capace di incontrare le preoccupazioni di *privacy* dei consumatori unitamente a quelle competitive.

a) Quanto al tipo di lesione rispetto all'abuso da sfruttamento, si ipotizza il caso di un'informativa così oscura per il consumatore da escludere la consapevolezza del suo consenso perché egli non ha inteso quali dati ha ceduto e a quali fini. Se questa asimmetria informativa dovesse integrare un'ipotesi di condotta *unfair*, perché l'abusante si è permesso un prospetto informativo inintelligibile, forte del fatto che i suoi clienti non si sarebbero rivolti a un altro *competitor* in assenza di migliori condizioni altrove e per il vincolo del *lock-in*, anche il *commitment* dovrà fare i conti con tale opacità per porvi rimedio. Farebbe al caso nostro una proposta di obbligo di *disclosure* comprensibile in modo da restituire al consenso la dignità di atto volitivo libero e preso con cognizione di causa, considerato che l'intera disciplina europea ha rafforzato proprio questi requisiti, pur con qualche contraddizione.

Un'altra modalità di condotta abusiva si potrebbe risolvere nella lesione del diritto al libero consenso perché il consumatore, benché informato del peggioramento della *policy* di *privacy*, è rimasto fedele al fornitore originario del servizio digitale per omogeneità delle condizioni contrattuali. Quando la concorrenza non è basata sulla *privacy*, la persona perde ogni potere effettivo di trattare e di reagire al degradamento, con la conseguenza che per lui il contratto digitale è un "*take or leave*". Se invece si ipotizzasse la concreta operatività del diritto al trasporto dei propri dati verso un'altra piattaforma *on line*, il clima sarebbe diverso perché i concorrenti assumerebbero la *privacy* come elemento di differenziazione della prestazione gareggiando per offrire i migliori standard di *privacy*. Noi stiamo suggerendo un rimedio modellato sul paradigma dell'art. 20 del Reg. 2016/679, pur non richiedendone i relativi presupposti, perché in questa ipotesi il trasporto sarebbe la soluzione per rimediare a un illecito a doppia valenza. Si avvierebbe un moto virtuoso: il consenso ritornerebbe a essere libero, si spezzerebbe il monopolio degli O.T.T. sui dati, contestati nella dominanza dai nuovi entranti, e quest'ultimi spingerebbero la *privacy to the top* per contendere clienti ai primi.

b) La seconda circostanza è connessa all'estensione a fisarmonica del diritto alla *privacy*, modulabile in ragione dell'età e dell'appartenenza del suo titolare a certe categorie socio-economiche. Recuperare questo modo di essere della *privacy* consentirà che gli impegni si articolino anche in misure *privacy-tune*, cioè capaci di dilatarsi o restringersi a seconda di come

il titolare voglia regolare il volume di tutela della sua riservatezza. Pertanto, se l'abuso ha danneggiato utenti poco propensi per ragioni economiche a difendere la *privacy*, perché più inclini a barattarla contro la gratuità della prestazione *on line*, il *commitment* potrà attenuare la misura di protezione, stante il fievole interesse dei suoi titolari, lasciando eventualmente più o meno inalterato il volume dei dati acquisiti dall'abusante. A opposta soluzione si perverrà se i danneggiati non vogliono cedere la *privacy* contro l'onerosità della prestazione, in tal caso si dovrà riconoscere la piena protezione del loro diritto con la conseguenza che il *commitment* dovrà prevedere la cessione dei dati al minimo indispensabile, vista la disponibilità dei titolari a pagare il servizio per mantenere integra la sfera personale.

Quanto detto pone un problema rilevante: le facoltà inerenti a un diritto fondamentale presentano uno *ius variandi* che dipende dalla capacità economica e di spesa del suo *dominus*. Ci rendiamo conto che il concetto una *privacy* censitaria stride con i principi di democrazia, che nella sua accezione minima significa uguaglianza dei cittadini nella titolarità dei diritti dinanzi alla legge. Ma in questo caso non è negata l'equiordinazione nell'astratta titolarità del diritto, mantenuta uguale in capo a ciascuno, bensì è il suo concreto esercizio che viene modulato dalla volontà del titolare, che potrebbe dare precedenza a un bene diverso dalla sua sfera intima, ad esempio, alla piena gratuità della prestazione digitale.

Dagli esempi prima ricordati è emerso un contenuto dell'impegno definibile *case by case*, cioè in ragione della tipologia della lesione; questa è una caratteristica ricorrente nei provvedimenti impartiti d'imperio, ma assiste anche gli atti a genesi negoziale in quanto il fine comune è restituire al mercato rispettivamente la medesima o una diversa efficienza competitiva, il che richiede la *reasonableness* dell'atto, cioè il suo essere non preconfezionato, bensì tagliato su misura alle concrete condizioni di mercato e sensibile col variare del tempo. Se allora consideriamo l'ipotesi in cui l'abusante abbia già ceduto i dati a terzi, qui un ritorno dei dati ai legittimi proprietari si rivelerà impraticabile, mentre il riferimento alla disciplina *privacy* potrà ancora una volta venire in nostro soccorso per definire il rimedio più adeguato. Si pensi allora a un contenuto che riconosca ai titolari la facoltà di esercitare i diritti, inizialmente azionabili verso l'originario detentore dei dati, anche nei confronti dei suoi aventi causa: così la rettifica, il controllo sulla sicurezza delle banche, la cancellazione dei dati o altre forme di tutela previste nel Reg. 2016/689 sarebbero opponibili ai nuovi utilizzatori dei dati.

Consideriamo ora la seconda figura di abuso, quello di sfruttamento che danneggia i terzi concorrenti, costringendoli a uscire dal mercato o impe-

dendovi di entrare<sup>48</sup>. Esemplificativa è la condotta di quella impresa che ha emarginato i *competitors* dall'accedere ai dati comportandosi come se fosse la padrona incontrastata di questa massa informativa crescente nel tempo. Qui la condotta rimediabile deve necessariamente prevedere la condivisione dell'*asset*, la sola misura idonea a rimuovere la barriera tecnologica all'entrata, pur consapevoli delle obiezioni che essa incontra perché disincentiverebbe gli investimenti e per la difficoltà di valutare l'*asset* e di distinguere tra la massa dei dati quali mettere in comunione e quali no<sup>49</sup>. Nel contenuto dello *sharing* aziendale si consuma il passaggio dal rimedio comportamentale, indicato prima, a quello strutturale della spartizione o co-uso dell'*asset*. Esso si rivela in linea con il Reg. 1/2003 (art. 7), che lo aveva contemplato e disciplinato a prescindere se la condivisione fosse imposta *ab initio* d'imperio o autoproposta dall'impresa e solo validata dalla Commissione. Quello che conta ai fini della legittimità dell'impegno è che la misura strutturale sia l'estrema *ratio* alla quale pervenire solo quando l'esame di ogni altra misura comportamentale risulti inefficace o più costosa, vista la maggiore intrusività di questo rimedio sull'autonomia aziendale rispetto a una misura comportamentale.

In questo caso ritroviamo gli estremi di un ragionamento svolto rispetto agli operatori di telecomunicazioni, *ex incumbent*, proprietari della rete ma anche fornitori dei servizi agli utenti finali. Il loro innato conflitto di interessi verso gli altri operatori privi di rete può comportare – a certe condizioni e in via residuale – che la rete sia a loro distratta per essere assegnata a un polo terzo, gestore neutrale. Questi tratterà in modo uguale le domande di accesso all'infrastruttura, non avendo nessun interesse nei traffici a valle; mentre l'ex proprietario della rete potrà in modo *fair* dedicarsi alla fornitura del servizio ai clienti finali.

Questa ipotesi comparativa, che nella sua forma estrema conduce allo *split* della rete, mentre in quella intermedia alla sua separazione strutturale – con la conservazione della rete nelle mani del suo proprietario ordinario nonché gestore del servizio di Telco<sup>50</sup> –, presenta una differenza signifi-

---

48 Kathuria, J.Globocnik, *Exclusionary Conduct in Data-Driven Markets: Limitations of Data Sharing Remedy*, in *Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 19-04*.

49 M. Botta, K. Wiedemann, *Eu competition law enforcement vis-à-vis exploitative conducts in the data economy. Exploring the terra incognita*, paper, per gentile concessione degli Autori, 2019, *passim*.

50 Volendo, si veda: G. De Minico, *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnologia ai diritti*, Napoli, Jovene, 2010, pp. 3 ss.

cativa dal caso dello *sharing* dei dati tra le imprese *data driven*. Nel caso in esame i dati non sono mai stati dell'*Over the Top*, che li ha sì raccolti, aggregati e poi monetizzati per trarre profitti, ma non può vantare su di essi alcun titolo dominicale, che invece spetta alla collettività indifferenziata degli utenti per aver contribuito alla sua formazione. Ne consegue che la Commissione nel disporre la separazione dei dati dall'O.T.T. dovrà usare meno cautela e discrezione di quella richiestale se ordinasse la separazione della rete fissa di una Telco. Anzi in punto di diritto non riteniamo sia corretto parlare di separazione proprietaria, perché ci si separa solo da quello che già ci appartiene, e questo non è il caso degli O.T.T., meri detentori dei dati nell'interesse di noi utenti; sembra essere invece più corretto parlare di restituzione per indebita acquisizione. Pertanto, l'impegno dovrà disporre la libera fruibilità dell'*asset*-dati a qualunque operatore lo richieda; in tal modo si creerebbe quella circolarità diffusa dei dati utile a due obiettivi: incrementare la contendibilità dei mercati, nati come orti interclusi per l'esistenza di barriere tecnologiche all'ingresso (le masse di dati), e accrescere la democraticità del sistema economico, premessa alla democraticità dei processi politici.

Sembra evidente che qui si è definito il contenuto di un atto tipico della *competition law* prendendo a prestito il paradigma della *privacy*. Infatti, abbiamo tratto spunti dal Regolamento 2016/679 per definire un contenuto non tipizzabile a priori. Bisogna però stare attenti a non commettere l'errore opposto a quello della Commissione, ostinata a dichiararsi incompetente nelle implicazioni delle violazioni antitrust sulla *privacy*, e cioè ritenere che ogni rimedio *privacy based* sia adatto *ipso iure* anche a riparare un'aggressione al mercato. Piuttosto sarà opportuno procedere *case by case*, senza valutazione legali tipiche o astratte presunzioni in modo da verificare se un certo rimedio diretto a proteggere la *privacy* sia anche idoneo a riparare il mercato aggredito. Nella *data economy* mentre un rimedio *privacy based* non soddisfa comunque le preoccupazioni della *competition*, invece una lesione della *privacy* è spesso sintomo anche di una violazione della legge del mercato, salvo accertare la ricorrenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito antitrust.

Questa commistione tra *privacy* e *competition* – i cui beni rimangono distinti da un punto di vista ontologico, dei bisogni sottostanti, e quindi delle autorità competenti a proteggerli – non costituisce un errore valutativo, ma la naturale conseguenza di un diverso modo di intendere il diritto, non più ripartibile nella bipartizione classica pubblico/privato, né separabile in ragione dei beni da proteggere, mercato da *privacy*. I piani, un tempo separati, si sono ora mescolati; i beni, prima lontani e aggredibili da di-

stinte condotte, sono esposti a lesioni progressive o sono tutelabili l'uno come conseguenza dell'altro; e le Autorità, un tempo incomunicabili, sono chiamate a parlare perché questo intreccio del diritto sostanziale impone un intreccio di poteri con proficua "confusione" di procedure.

Dinanzi a un illecito che è una duplice violazione, della concorrenza e della *privacy*, anche il suo ritorno alla legalità dovrà riparare entrambi i beni aggrediti; diversamente, ancora un lato dell'illecito rimarrebbe privo di compensazione.

La lettura qui proposta supera le rigide distinzioni, perché prende atto che le categorie concettuali del diritto non sono più secondo la rappresentazione che di esse il diritto continua a dare in quanto i BD hanno avviato un processo *destruens*, demolendo i vecchi schemi. Ora allo studioso spetterà l'azione *construens* di nuovi paradigmi, modellabili sulla realtà quale è, non come il giurista vorrebbe che fosse.

### *7. Dalle competenze solitarie delle Autorità indipendenti alle relazioni interconnesse*

Vediamo le nuove modalità di dialogo tra le Autorità di settore, un tempo abituate a parlare un linguaggio solitario. Il nuovo diritto antitrust chiede al legislatore di ridefinire le procedure secondo un modello che favorisca la condivisione del lavoro tra i soggetti coinvolti, salvo capire quale di questi dirà la parola ultima e definitiva, e quale invece avrà il ruolo dell'autorevole consigliere, dal cui parere è sempre possibile discostarsi, motivando il proprio dissenso. E in questo ragionare su coordinate future possiamo anticipare con prognosi *ex ante* che rispetto agli illeciti che ledono anche i dati personali la competenza primaria debba rimanere in capo all'A.G.C.M.; mentre il Garante *privacy* andrebbe debitamente e tempestivamente consultato per accertare se vi sia stata una lesione alla *privacy* e di che entità. Questa accorta divisione del lavoro nella diversità dei titoli lascerebbe immutata la capacità valutativa dell'A.G.C.M. quanto alle fattispecie, intesa, abuso e concentrazione, ma la stessa non sarebbe lasciata sola quando si sposta a valutare entità e significatività dell'aggressione alla *privacy* per evitare il rischio di dannosi automatismi, pericolo sempre possibile se la fattispecie si compone di condotte appartenenti a discipline diverse del diritto. La nostra impostazione ha il pregio di tenere insieme un modello di illecito antitrust tecnologicamente orientato con l'omaggio ragionevole a una separazione dei poteri, ormai divenuta ordinata confusione delle attribuzioni piuttosto che rigida incomunicabilità delle competenze.

Non basta affermare che la Commissione sia tenuta a considerare le *privacy concerns* ai fini del compimento dell'illecito antitrust, occorre anche radicare in una precisa norma di diritto questo suo dovere, per poi provare a capire se esso sia in qualche modo esigibile, altrimenti sarebbe inutile averglielo imposto. Ebbene, riteniamo che l'obbligo in esame sia deducibile anche da discipline diverse da quelle speciali della *privacy* e della concorrenza, basterebbe spostare la riflessione su una sua possibile derivazione dall'articolo 8 della Carta dei Diritti, fonte europea prevalente su quelle settoriali prima citate, stante la forza primaria della Carta dovuta al suo recepimento nei Trattati. A questa prima considerazione possiamo aggiungere altre, che concorrono a fondare il nuovo obbligo della Commissione. Si pensi all'efficacia vincolante della Carta, titolo costitutivo *ex se* di nuovi diritti e doveri, tra questi sicuramente sarebbe annoverabile l'obbligo per la Commissione di considerare anche le violazioni della *privacy*, senza che occorra nessun atto di intermediazione legislativa, né interno e né sovranazionale, per rendere prescrittivo detto obbligo. L'efficacia diretta delle disposizioni della Carta, non solo verso i cittadini, ma in primo luogo verso i soggetti istituzionali, restituisce un ruolo primario alla Commissione come soggetto tenuto all'adempimento del dovere in questione. L'ultima considerazione la spendiamo sul terreno della tutela in giudizio del nuovo obbligo, cui corrisponderà un nuovo diritto. Partiamo da un fatto: l'accesso diretto dei cittadini in Corte di Giustizia è divenuto un'eccezione data la stringatezza dei requisiti di legittimazione; ne consegue che per rendere giustizia a una libertà fondamentale, non è la via giudiziaria quella da percorrere. Quanto detto fa dell'obbligo della Commissione di attivarsi *ex officio* il rimedio effettivo per difendere un diritto, la *privacy*, altrimenti violato impunemente.

A voler sviluppare fino in fondo questa impostazione non sarebbe irragionevole sostenere l'illegittimità di una delibera della Commissione di non luogo a procedere, nonostante la lesione della *privacy*, come di una delibera impositiva di rimedi non tagliati anche sulla *privacy*. In particolare, le due delibere sarebbero illegittime per violazione della norma primaria, l'art. 8 della Carta, che compone il nocciolo duro dell'antigiuridicità della delibera della Commissione da esso difforme<sup>51</sup>.

Contrariamente al pensiero dominante, non condividiamo le ragioni che giustificerebbero la creazione di un'Autorità indipendente per la rete, sen-

---

51 O. Lynskey, *A brave new world. The potenzial intersectional of competition law and dat protection regulation*, in <https://chillingcompetition.com/2014/04/21/>, poi ripreso con approfondimenti in *The foundation of Eu data protection law*, OUP, Oxford, 2015, in part. cap.4.

za considerare che il legislatore europeo ha già accolto in parte tale proposta nel prevedere l'*European Artificial Intelligence Board*<sup>52</sup>, *impiegabile limitatamente all'intelligenza artificiale in Internet*.

*La nostra contrarietà si spiega perché le due Autorità di settore, Anti-trust e Privacy* – e lo stesso si può dire delle corrispondenti a livello europeo – già basterebbero allo scopo. Il problema non sta infatti nel vuoto istituzionale, se così fosse, sarebbe sufficiente creare un'autorità *ad hoc* per colmarlo, bensì nel mancato coordinamento tra i soggetti esistenti, coordinamento da articolarsi secondo le modalità prima indicate: procedure monosoggettive passibili di evolversi in iter complessi a potestà diseguali. Inoltre, aver previsto un *Board*, tenuto a monitorare *ex ante* ed *ex post* gli algoritmi ad alto rischio, crea problemi di non poco conto in termini di effetti della sua azione sulle Autorità europee e su quelle nazionali, *issues* delicate, ma lasciate senza definizione dal legislatore europeo.

È ragionevole chiedersi se il *Board* possa richiamare l'attenzione delle Autorità nazionali su particolari situazioni di rischio e, in tal caso, quali potranno essere le reazioni delle Autorità a tali segnalazioni. Si dovranno attenere o potranno discostarsi dal suggerimento; o cosa altro ancora? Mentre sul piano sovranazionale, non riusciamo a immaginare che tipo di rapporto potrebbe crearsi tra il *Board* e le preesistenti Autorità europee di settore: del tipo dell'equiordinazione con competenze separate oppure con attribuzioni coordinate? Ma non si potrebbe apriori escludere l'ipotesi di una sovraordinazione del *Board* alle Autorità settoriali per ragioni di specialità. Tutti questi profili, lasciati al momento in ombra dal corposo regolamento, chiederanno che sia il *Board* a risolverli, appena inizierà la sua attività di consulenza alla Commissione, pur mancando del titolo necessario per farlo.

E forse tornerebbe utile rileggere il parere della BCE, che aveva intravisto gli intrecci competenziali irrisolti, e infatti aveva richiamato la Commissione all'osservanza della regola "*same risks, same rules*"<sup>53</sup>, ma

52 Commissione Europea, *Proposta di regolamento del parlamento europeo e del consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione*, COM(2021) 206 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206>, che dedica il Titolo VI, a partire dall'art. 56 a prevedere l'istituzione della neo Autorità, *status* e i compiti.

53 *Parere della Banca Centrale Europea del 29 dicembre 2021 relativo a una proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (CON/2021/40)*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52021AB0040>.

il parere è stato considerato come se non fosse stato dato, visto che il testo della proposta di regolamento è rimasto immutato.

Consideriamo, infine, che l'utilità del *Board* è attenuata dalla riduzione numerica, imposta dal legislatore europeo, delle fattispecie vietate di algoritmi, elencanti in una lista tassativa, lì dove sarebbe stata preferibile un'e-semplificazione secondo una casistica aperta e integrabile all'occorrenza. La tipizzazione, per quanto completa possa essere, lascerà sempre fuori quelle condotte algoritmiche, potenzialmente lesive, ma inimmaginabili al momento in cui si scriveva la lista, coprendole con l'immunità giuridica. In questa ottica si spiega l'art. 5 lett. a) della proposta di Regolamento europeo che vieta solo gli algoritmi illeciti *ictu oculi*, perché approfittano della debolezza dell'utente o perché si avvalgano di tecniche subliminali che inducono il manipolato a far quanto altrimenti non farebbe. Se la proposta di regolamento non venisse integrata nella sua *black list*, si creerebbe una nuova Autorità al limitato scopo di controllare le sole Intelligenze ad alto rischio, lasciando fuori dal suo raggio d'azione situazioni di confine tra il lecito e illecito, consistenti in flussi informativi orientati da algoritmi fraudolenti o discriminatori. Tali sono le finzioni algoritmiche che si consumano in occasione delle campagne pubblicitarie elettorali o l'informazione unilaterale e rassicurante delle *filter booble*, situazioni a rischio *in re ipsa*, e non prive di rischio, come invece le tratta la proposta ignorandole, perché capaci di causare danni irreparabili alla dinamica della democrazia europea.

### 8. Verso la conclusione del discorso

Attratta la *competition law* al valore dell'uguaglianza sostanziale, cambiano sia l'interpretazione degli elementi costitutivi della disciplina antitrust che le modalità di tutela dei diritti fondamentali in rete.

Nello scenario che così si determina la regolazione antitrust si lascia alle spalle l'archetipo della competizione al servizio esclusivo del libero mercato; come è nel modello di una *consumer based competition*, raggiungendo invece un ragionevole armistizio con la solidarietà sociale. Questa lettura orienta il governo dei B.D. in direzione dei diritti fondamentali.

Pertanto, i dati raccolti dalle imprese meritano di essere trattati come si farebbe con un bene *open access*. In altri termini, devono essere messi a disposizione anche delle imprese terze, che così potranno contendere agli *incumbent* la loro dominanza illecita perché fondata su un arricchimento indebito. Simmetricamente, le figure dell'illecito antitrust esigono una

lettura sensibile alle preoccupazioni dettate da una nuova *privacy* e dagli altri diritti fondamentali insidiati. Del resto, già il diritto dei Trattati aveva vincolato la *competition law* alla coesione territoriale e allo sviluppo della persona, proteggendola dalle rivendicazioni dei neo protezionismi nazionali e dalla miope sete di lucro dei dominanti digitali.

Lasciare che la dinamica competitiva si esaurisca nella deriva egoistica, non gioverebbe neppure al libero mercato, perché nel lungo periodo non è sostenibile un equilibrio in cui il benessere di pochi si fonda sull'esclusione di molti. Inoltre, questa visione atomistica e asfittica dei processi economici, incapace di vedere che gli abusi del potere digitale ledono non solo l'iniziativa economica dei concorrenti, ma anche le libertà fondamentali dei cittadini, rischia di soffocare l'ambizione politica di un'Europa, finalmente disponibile a difendere i diritti con priorità rispetto alle risorse. Una gerarchia di valori, imposta dal PNRR come mezzo indispensabile al compimento del processo democratico dell'Unione.

Se invece si accoglie una lettura del diritto antitrust tecnologicamente orientata, e quindi centrata sul valore dell'uomo, il mercato assolve al ruolo che gli è proprio: leva essenziale al servizio del bene comune, che in questo contesto storico-politico si connota per una cautela particolare volta ad accordare alle libertà fondamentali protezioni aggiuntive, rispetto a quelle riservate agli stessi diritti, quando sono esercitati *off line*. Questo *surplus* di tutela si consegue per il tramite della *competition law*; questo è il motivo per cui le due Autorità, antitrust e *privacy*, devono parlarsi prima di decidere il rimedio atto a compensare la lesione al mercato, che si è realizzata aggredendo la *privacy*. E mentre i piani del diritto positivo si confondono e le competenze delle Autorità si mescolano, sul terreno sostanziale le due categorie di diritti, economici e fondamentali, si avvicinano per comporre il patrimonio dell'individuo, che rimane uno nella sua dimensione plurale di uomo economico e di cittadino globale.

Se questa condizione si avverasse, potremmo contare non solo su consumatori avveduti di beni e servizi digitali, ma soprattutto su cittadini pronti a rivendicare l'integrità dei propri diritti fondamentali sui terreni materiali e su quelli virtuali in continua evoluzione.