



Dipartimento di Impresa e Management

Cattedra di Diritto Privato

Tra privacy e antitrust nella  
data economy: il caso  
Facebook

Prof. Roberto Pardolesi

Caterina de Bari - 222181

---

Relatore

---

Candidato

*Anno Accademico 2019/2020*

*Per aspera sic itur ad astra*

Lucius Annaeus Seneca,

Hercules furens, atto II, v. 437

# INDICE

<b>INTRODUZIONE</b>	<b>4</b>
<b>CAPITOLO 1 ~ FACEBOOK E L'ELABORAZIONE INADEGUATA DEI DATI</b>	<b>6</b>
1.1 GENERALITÀ	6
1.2 DECISIONE DEL BUNDESKARTELLAMT	6
1.3 RICORSO AL OBERLANDESGERICHT DI DÜSSELDORF	12
1.4 RIFERIMENTI DOTTRINARI	15
<b>CAPITOLO 2 ~ TRA PRIVACY E ANTITRUST</b>	<b>19</b>
2.1 PRIVACY-ANTITRUST	19
2.2 PRIVACY E POTERE DI MERCATO	22
2.3 LA TEORIA ECONOMICA DELLA PRIVACY	24
2.4 TEORIE FAVOREVOLI L'INCLUSIONE DELLA PRIVACY NELL'ANALISI ANTITRUST	26
<b>CAPITOLO 3 ~ INSIGHTS SUL MERCATO DEI DATI PERSONALI</b>	<b>35</b>
3.1 FALLIMENTI NEL MERCATO DEI DATI	35
3.2 VERSO UN RECUPERO DELL'ANTITRUST	36
3.3 MERCATO DELLA PRIVACY? PROBLEMI E SOLUZIONI	38
3.4 IL PROBLEMA DEL PREZZO	40
<b>CONCLUSIONI</b>	<b>43</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>45</b>

## Introduzione

Ad oggi il concetto di privacy è rilevante in ogni aspetto della nostra esistenza. In dottrina e giurisprudenza, si specifica da una parte il diritto alla riservatezza, inteso come il diritto di escludere gli altri dalla conoscenza di proprie vicende strettamente personali e familiari, dall'altra il diritto alla protezione dei dati personali, inteso come il diritto ad avere il controllo sui propri dati. La prima concezione del diritto alla riservatezza risale all'espressione "*right to privacy*" elaborata Samuel Warren e Louis Brandeis a fine Ottocento<sup>1</sup>. Tale espressione fa riferimento ad un concetto di privacy strettamente legato a quello di proprietà privata e, di conseguenza, alla sua relativa tutela: "*the right to be let alone*", ovvero il diritto alla conoscenza esclusiva delle vicende relative alla propria vita privata. Il diritto alla protezione dei dati personali è stato concepito e teorizzato nel momento in cui il diritto alla riservatezza ha iniziato a necessitare di una tutela più vasta a fronte dell'impiego delle tecnologie informatiche: consiste in un diritto al controllo dei propri dati personali.

Negli ultimi anni, con lo sviluppo della società dell'informazione, dove la disponibilità di informazioni è ampia e immediata, è emerso un interesse individuale a proteggere gli ambiti più intimi di ogni individuo. Ciò a cui si fa appello è proprio il diritto alla riservatezza, per il quale l'individuo si tutela da condotte di terzi finalizzate a invadere il campo privato venendo in possesso di informazioni e notizie dell'interessato la cui diffusione non è gradita. La tutela della privacy, a seguito dell'emergere dei big data e dei social media, trova sempre più un legame con la disciplina antitrust, chiamando quindi in causa l'azione delle autorità garanti della concorrenza. Parallelamente all'emergere delle piattaforme digitali, si è sviluppata la possibilità di ottenere delle entrate da proliferazione e utilizzo dei dati dell'utente. Tale eventualità non ha potuto che alimentare forti preoccupazioni relativamente la capacità degli utenti di controllare le proprie identità digitali. Il problema da un punto di vista economico si è concentrato sul fatto che la raccolta e l'aggregazione di questi dati personale sia fatta da parte di imprese dominanti.

L'autorità tedesca garante della concorrenza, il Bundeskartellamt, si è interrogato su come Facebook potesse sfruttare il suo social network per accumulare una vasta gamma di dati generati dai suoi utenti quando visitano siti Web di terze parti per poi unirli con i dati sugli account detenuti. Il Bundeskartellamt considera questa pratica come uno sfruttamento di posizione dominante in quanto sostiene che Facebook non solo abbia imposto ai consumatori termini di utilizzo sleali, ma che ne abbia anche tratto vantaggio per la propria attività commerciale.

---

<sup>1</sup> Warren, Samuel; Brandeis, Louis. *The Right to Privacy*. Harvard Law Review, 1890, 193-220.

Questo elaborato, partendo dalle considerazioni del caso che ha coinvolto il Bundeskartellamt tedesco, analizza le condizioni per le quali la condotta di Facebook potrebbe risultare abusiva (e quindi rientrare nell'ambito di applicazione di regole antitrust), per poi approfondire l'evolversi del rapporto tra privacy e antitrust: se bassi livelli della privacy potrebbero essere indicativi di alti livelli di potere di mercato e se la legge antitrust può intervenire per compensare le insidie della legge sulla privacy. Nella fattispecie tedesca la questione dei dati personali è stata gestita da un'autorità di regolamentazione antitrust e non da un ente di tutela della privacy, per questo tale caso potrebbe segnare un importante cambiamento nel modo in cui le autorità si rivolgono nei confronti di tali piattaforme. La legge antitrust si è tradizionalmente concentrata sulla questione se le aziende utilizzino o meno le loro dimensioni per escludere la concorrenza e aumentare i prezzi, ma in questo caso si sottolinea come i danni ai consumatori possono non sempre assumere la forma di prezzi più alti, ma anche di minore privacy.

# Capitolo 1 ~ Facebook e l'elaborazione inadeguata dei dati

## 1.1 Generalità

Il 19 dicembre 2017, il Bundeskartellamt (BKA), l'autorità nazionale tedesca per la concorrenza ha informato Facebook della sua valutazione giuridica preliminare sul procedimento di accertamento abuso di posizione dominante avviato nel marzo 2016. L'Autorità ha riscontrato che Facebook deteneva una posizione dominante nel mercato dei social network tedesco e abusava della sua posizione dominante imponendo termini commerciali ai suoi utenti sulla base dei quali andava a raccogliergli i dati personali. Inoltre, il BKA sta studiando se vi siano anche potenziali danni competitivi da parte degli inserzionisti online, i quali si trovano ad affrontare un fornitore dominante di spazi pubblicitari. È già stato dichiarato che il danno degli utenti risiede nella perdita del controllo sul modo in cui i loro dati vengono utilizzati e i suddetti termini e condizioni non sono giustificabili ai sensi della normativa sulla protezione dei dati.<sup>2</sup>

## 1.2 Decisione del Bundeskartellamt

Nel marzo 2016, il Bundeskartellamt ha avviato un'indagine su Facebook, sospettando che, attraverso i suoi termini specifici di servizio che regolano la raccolta dei dati degli utenti, avesse abusato della sua posizione dominante nel mercato dei social network. Andreas Mundt, il presidente della Bundeskartellamt, ha affermato che,

*"Dominant companies are subject to special obligations. These include the use of adequate terms of service as far as these are relevant to the market. For advertising-financed internet services such as Facebook, user data are hugely important. For this reason it is essential to also examine under the aspect of abuse of market power whether the consumers are sufficiently informed about the type and extent of data collected."*<sup>3</sup>

In particolare, il sospetto iniziale del BKA è che le condizioni d'uso di Facebook violino le disposizioni sulla protezione dei dati:

---

<sup>2</sup> Direttiva 95/46 EC / GDPR

<sup>3</sup>Bundeskartellamt. Press Released 2 March 2016: *Bundeskartellamt initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules.*

*“In order to access the social network, users must first agree to the company's collection and use of their data by accepting the terms of service. It is difficult for users to understand and assess the scope of the agreement accepted by them.”*<sup>4</sup>

Sebbene non tutte le violazioni della legge da parte di un'impresa in posizione dominante debbano far riferimento al diritto alla concorrenza, nel caso in questione, secondo il Bundeskartellamt, il comportamento di Facebook potrebbe rappresentare un'imposizione abusiva per gli utenti:

*“If there is a connection between such an infringement and market dominance, this could also constitute an abusive practice under competition law”*<sup>5</sup>.

Pertanto, il procedimento posto in essere tende ad esaminare se i termini imposti da Facebook, attraverso i quali raccoglie i dati degli utenti, possono anche essere considerati abusi di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 a) del TFUE<sup>6</sup>. Possiamo senz'altro affermare che il caso definisce la possibilità di un'estensione dell'articolo 102 TFUE per coprire gli abusi derivanti dallo sfruttamento dei dati personali dei consumatori da parte di piattaforme digitali durante la loro raccolta, in quanto la linea seguita invoca la clausola generale della Section 19 (1) GWB.<sup>7</sup> Si fa leva

---

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Articolo 102 (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.*

<sup>7</sup> Pardolesi, Roberto; Palmieri, Alessandro. *Abuso di posizione dominante e condizioni generali di contratto: un 'revival innovativo'*. Il Foro Italiano, 2018, 144-156.

Pardolesi, Roberto; Osti, Cristoforo. *L'antitrust ai tempi di Facebook. Mercato, concorrenza, regole*, 2019, 195-215.

sulla violazione del diritto tedesco della concorrenza: divieto di condotta sleale di un'impresa dominante nei confronti di altre imprese.<sup>8</sup> Per la raccolta dei dati personali degli utenti, Facebook, utilizza non solo la propria piattaforma, ma anche altre fonti, sia di propria proprietà- come WhatsApp o Instagram-, sia siti Web e app di terze parti. Infatti, il Bundeskartellamt fa una distinzione dei dati raccolti sulla base della fonte che li va a generare: quelli generati attraverso l'uso di Facebook e quelli ottenuti da fonti sia controllate dal gruppo aziendale sia di terze parti. I dati dell'ultima tipologia non sono generati dall'uso del social network e dunque, sono dati per i quali Facebook non ha ricevuto espressamente il consenso dell'utente alla raccolta. L'autorità a tal proposito ha definito una possibile esistenza di un abuso di posizione dominante consistente nell'imposizione di condizioni contrattuali abusive: Facebook, per l'utilizzo del suo servizio, ha imposto la condizione che l'utente concedesse alla società un ampio permesso di utilizzare i propri dati personali, anche quelli generati al di fuori di Facebook. Questa condizione, a parere del Bundeskartellamt, implica l'incapacità dell'utente di controllare il modo in cui i propri dati personali sono utilizzati. Per determinare l'esistenza di abuso, l'Autorità ha condotto un'analisi dettagliata dei termini di servizio e della politica sui dati di Facebook, esaminando se i termini di trattamento dei dati di Facebook fossero ammissibili alla luce dei principi delle norme europee armonizzate sulla protezione dei dati.<sup>9</sup>

L'importanza dell'analisi principalmente consiste nell'andare a dimostrare se una violazione della normativa dell'UE sulla protezione dei dati potrebbe provocare un abuso di posizione dominante. Il Bundeskartellamt ha deciso di applicare la disposizione specifica della legge tedesca sulla concorrenza che vieta la condotta abusiva da parte delle imprese dominanti, considerando che la fusione dei dati da parte di Facebook ha costituito una violazione del diritto costituzionalmente protetto degli utenti all'autodeterminazione informativa<sup>10</sup> (*informationelles selbstbestimmungsrecht*). Facebook ha contestato queste conclusioni, sostenendo che non vi era alcun nesso causale tra la presunta condotta abusiva e una posizione dominante sul mercato, poiché un certo numero di altre società, non dominanti, utilizzavano le stesse pratiche. Il Bundeskartellamt ha respinto tale argomento ribadendo che questi termini e condizioni e la politica sui dati hanno violato il paragrafo 19 GWB: “because, as a manifestation of market power, these terms violate the principles of the GDPR.”<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> § 19 Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen; (1) Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.

<sup>9</sup> UE General Data Protection Regulation

<sup>10</sup> Pardolesi, Roberto; Osti, Cristoforo. *L'antitrust ai tempi di Facebook. Mercato, concorrenza, regole*, 2019, 195-215.

<sup>11</sup> Bundeskartellamt. *Facebook decision*. 2019, 523.

Pertanto, sembra che venga stabilito un legame diretto tra una violazione del diritto della concorrenza e una violazione dei principi di protezione dei dati.

Il Bundeskartellamt ha fatto riferimento alla passata giurisprudenza della Corte di giustizia federale tedesca (*Bundesgerichtshof* - BGH) sostenendo che una pratica abusiva può essere individuata anche attraverso la clausola generale del paragrafo 19 (1) GWB che vieta l'abuso di una posizione dominante da parte di uno o diverse imprese, ad esempio laddove vengano utilizzate condizioni commerciali generali "*inadmissible under the legal principles of Sections 307ff. of the German Civil Code (BGB), and in particular where these practices also represent a manifestation of market power or superior market power*".<sup>12</sup> Ciò consente un'interpretazione abbastanza ampia della portata dei termini commerciali abusivi, inoltre, nel determinare se i termini commerciali siano abusivi o meno si richiede un bilanciamento di interessi inclusivo anche dei diritti costituzionalmente protetti.<sup>13</sup> L'argomentazione di Facebook si fonda sul fatto che l'elaborazione dei dati era necessaria a fini contrattuali dal momento che consentiva all'utente un'esperienza migliore in quanto più personalizzata. Il Bundeskartellamt, per quanto riguarda la raccolta di dati, ha stabilito che Facebook avrebbe potuto raggiungere un alto grado di personalizzazione anche solamente con i dati generati dal suo stesso sito Web, senza far ricorso ai cosiddetti dati aggiuntivi raccolti tramite terze parti. Oltre a ciò, è plausibile sostenere che questa maggiore personalizzazione potrebbe portare a casi di sfruttamento futuro che non riguardano solo pubblicità mirata. Nell'esplorare la compatibilità delle pratiche di Facebook con il GDPR, il Bundeskartellamt ha tenuto conto degli interessi legittimi delle parti interessate, in particolare di terze parti, come gli inserzionisti che desiderano acquistare pubblicità mirata da Facebook e dagli utenti che hanno subito la violazione di un diritto della persona. La questione sulla protezione dei diritti costituzionalmente protetti viene affrontata sulla base del concetto dell'"autodeterminazione informativa".<sup>14</sup> Solitamente le autorità garanti della concorrenza si basano solo sulle preferenze dei consumatori (in questo caso gli utenti) che emergono dal mercato, ma in questa circostanza il Bundeskartellamt ha fatto riferimento agli interessi degli utenti relativi a principi costituzionali. Una strada che poteva essere seguita era quella della qualità della concorrenza e di una sua riduzione dovuta alla perdita di controllo da parte degli utenti sui propri dati.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Ivi, para. 527.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> Economides, Nick; Lianos, Ioannis. *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: a Competition Law Perspective*. Forthcoming Journal of Competition Law and Economics, 2019, 54.

<sup>15</sup> Ivi, 57

Quest'ultimo ragionamento sarebbe risultato troppo impegnativo in quanto, considerando l'autodeterminazione informativa come un parametro della qualità della concorrenza, sarebbe stato necessario spiegare perché gli utenti non fossero passati a diversi social network.<sup>16</sup> Quello che viene fatto è semplicemente un appello alla costituzione tedesca e alla legge sulla protezione dei dati. Il diritto all'autodeterminazione degli utenti viene allo stesso tempo bilanciato con il diritto di Facebook alla libertà imprenditoriale. Gli interessi legittimi di Facebook non possono superare quelli degli utenti, infatti si sostiene che il trattamento dei dati non era necessario. Il Bundeskartellamt ha tenuto conto del fatto che Facebook, essendo una società multinazionale in una posizione dominante sul mercato, ha il potere negoziale di imporre un ampio trattamento dei dati unilateralmente agli utenti, alla luce del suo "potere di contrattazione speciale". La posizione sul mercato di Facebook è l'elemento chiave di richiamo alla disciplina antitrust: Facebook, impresa dominante, impone unilateralmente condizioni per il trattamento dei dati degli utenti e ciò rafforza ulteriormente il suo potere di mercato. Queste preoccupazioni basate sul concetto del danno alla concorrenza (come la leva finanziaria e il mantenimento del monopolio) vengono riproposte dall'autorità come teorie della protezione dei dati sul danno. Ritenendo che le giustificazioni di Facebook non fossero convincenti e che ci fosse uno squilibrio tra gli interessi di Facebook (solo alcuni dei quali sono legittimi) e i diritti fondamentali degli utenti, l'Autorità ha concluso sostenendo una violazione dei principi del GDPR.

Questa argomentazione non individua però un'automatica violazione del diritto della concorrenza. Per questo motivo il Bundeskartellamt ha analizzato come la violazione della protezione dei dati possa essere considerata abusiva ai sensi delle disposizioni del diritto della concorrenza, in particolare del paragrafo 19 (1) del GWB.

L'analisi si struttura in due fasi: prima si osserva l'esistenza di un nesso causale tra il potere di mercato di Facebook e le condizioni abusive imposte secondo la legge sulla protezione dei dati, e poi si procede a un bilanciamento di interessi ai sensi della legge antitrust. Il primo argomento sostenuto è che la posizione dominante e il potere di mercato non sono un prerequisito necessario per l'abuso specifico, ma piuttosto una condizione sufficiente: così si individua la violazione dei requisiti di protezione dei dati in questo caso come una manifestazione del potere di mercato di Facebook. Tanto è vero che i comportamenti delle società che operano in modo simile, ma non dispongono di una posizione dominante sul mercato, dovrebbero essere valutati diversamente rispetto alle imprese con potere di mercato. In tal modo si sostiene che la legge sulla protezione dei dati tiene conto delle circostanze individuali della società, in particolare del suo dominio sul mercato, dunque, secondo

---

<sup>16</sup> Ibid.

questa interpretazione, un'impresa dominante dovrebbe essere soggetta a requisiti più rigorosi di protezione dei dati rispetto alle imprese non dominanti.

Questa relazione tra potere di mercato e violazione delle disposizioni a tutela della privacy trova forza in relazione al possibile danno causato ai concorrenti. Nelle piattaforme basate sulla pubblicità esiste un forte incentivo ad adottare pratiche di elaborazione dei dati, dal momento che in questo modo è possibile rendere più attraente l'offerta grazie alla realizzazione di una pubblicità mirata e, di conseguenza, grazie ad una maggiore personalizzazione per l'utente stesso. Inoltre, ciò può anche aumentare gli ostacoli all'ingresso di potenziali concorrenti nel mercato dei social network.<sup>17</sup> Il Bundeskartellamt elabora una presunzione di illegalità ai sensi del diritto della concorrenza- abuso di posizione dominante- per arrivare ad una violazione della legge sulla protezione dei dati. Ciò è spiegato dalla concezione secondo cui *"the interpretation of the antitrust concept of the appropriateness of conditions relies on comparable concepts of appropriateness defined in other legal areas in similarly unbalanced negotiation situations such as legislation on general terms and conditions or data protection law. The appropriateness rules of other legal areas are themselves the result of a balancing of interests with regard to the necessary reconciliation of interests in the negotiation of terms and conditions"*<sup>18</sup>. L'accento dell'argomentazione si pone nell'impossibilità del consumatore di passare ad una soluzione diversa per il servizio altamente personalizzato e migliore. L'unica scelta lasciata agli utenti per evitare questo trattamento dei dati sarebbe quella di smettere di utilizzare Internet in larga misura o di smettere di utilizzare servizi popolari, come WhatsApp. La quantificazione economica della condotta abusiva, per la quale il danno eclissa il beneficio, risulta insidiosa, ma non per questo possiamo contestare l'accertamento di danni ai consumatori: il Bundeskartellamt afferma che *"it can be assumed that the conduct contested can also lead to potential user harm in economic terms. Even the collection of data itself can lead to behavioural changes among users, for instance"*.<sup>19</sup> Osserva, inoltre, che *"Users might potentially suffer material (financial) harm if Facebook discloses data to third parties, whether intentionally or unintentionally, for instance, leading to identity theft, extortion or fraud. Users might also suffer non-material damage. The collection of data may reveal information which the user considers worthy of protection and which is not provided voluntarily such as income, location, diseases, political views or sexual orientation"*.<sup>20</sup> Il danno potenziale risulta ancora più probabile a causa degli incentivi perversi di

---

<sup>17</sup> Ivi, 64

<sup>18</sup> Bundeskartellamt *Facebook decision*. 2019, 892.

<sup>19</sup> Ivi, para. 909

<sup>20</sup> Ivi, para. 910

raccoglie “troppi dati”, in quanto così è possibile trarre un maggiore vantaggio per l’aumentato potenziale di monetizzazione, mentre nel contempo gli utenti sostengono la maggior parte dei potenziali costi finanziari (e immateriali). In ogni caso viene respinto qualsiasi tentativo di giustificazione nel momento in cui si fa riferimento ai diritti fondamentali delle persone e in presenza di effetti positivi nelle prestazioni economiche. Secondo il Bundeskartellamt, *"the balanced consideration of welfare effects within the framework of the balancing of interests under antitrust law must be countered by the fact that the breach of legal protection provisions which are intended to benefit users cannot be justified"*<sup>21</sup>. Ciò indica che non è possibile per le imprese dominanti presentare giustificazioni obiettive per giustificare il presunto comportamento anticoncorrenziale nel momento in cui viene dimostrato un nesso causale tra la violazione della legge sulla protezione dei dati e l'esistenza del potere di mercato.

Sulla base di queste argomentazioni, il Bundeskartellamt, con la sua decisione del 6 febbraio 2019, ha vietato la politica di trattamento dei dati che Facebook impone ai propri utenti e la relativa attuazione ai sensi della Sezione 19 della legge tedesca sulla concorrenza (GWB) e ha ordinato la risoluzione di questo comportamento. Il divieto si riferisce ai termini del trattamento dei dati personali espressamente dichiarati nei termini di servizio e dettagliati nelle politiche sui dati e sui cookie, nella misura in cui comportino la raccolta di dati relativi all'utente e al dispositivo da altri servizi aziendali e strumenti aziendali di Facebook senza il consenso degli utenti e la loro combinazione con i dati di Facebook per scopi correlati al social network. Per porre fine alla violazione, viene ordinato a Facebook di implementare le modifiche necessarie e di adattare di conseguenza le sue politiche sui dati e sui cookie entro un periodo di dodici mesi.

Inoltre, il Bundeskartellamt ha richiesto un piano di attuazione per l'adattamento entro quattro mesi. I suddetti termini sono stati sospesi con un ricorso d'emergenza dinnanzi al Tribunale regionale superiore di Düsseldorf.

### **1.3 Ricorso al Oberlandesgericht di Düsseldorf**

L'Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunale regionale superiore di Düsseldorf-OLG) ha dichiarato che sussistevano seri dubbi in merito alla legalità dell'Ordini del Bundeskartellamt.<sup>22</sup> In particolar modo si interroga sulla correttezza dell'assunzione di un abuso di sfruttamento (abuso di condizioni contrattuali) a danno degli utenti di Facebook. L'OLG sostiene che non vi siano abusi di sfruttamento

---

<sup>21</sup> Ivi, para. 913

<sup>22</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf 26 agosto 2019, VI-Kart 1/19 (V)

in violazione della Sezione 19 (1) GWB. Secondo tale disposizione, l'abuso di potere di mercato si verifica quando un'impresa dominante impone condizioni che non sarebbero applicabili in un ambiente concorrenziale. Ma in questo caso non ci sono evidenze che Facebook abbia violato questo divieto di abuso. Il Bundeskartellamt non ha svolto indagini sufficienti in merito, non producendo risultati significativi sulla questione di quali condizioni d'uso si sarebbero potute formare in circostanze di concorrenza. Facebook non può essere accusato di aver abusato della sua posizione dominante sul mercato solamente sulla base delle conclusioni tratte dal Bundeskartellamt. La conclusione che il danno alla protezione dei consumatori potrebbe essere considerato un danno alla concorrenza rilevante ai sensi della Sezione 19 (1) del GWB si basa sull'allineamento desiderato tra il diritto nazionale della concorrenza e quello dell'Unione europea, ma gli esempi del divieto nazionale di abuso hanno principalmente una funzione di protezione dall'abuso dei livelli e delle condizioni dei prezzi e il divieto di discriminazione dei prezzi, situazioni che non riguardano il caso in esame. In questo senso, dunque, il comportamento vietato non dà origine a un risultato anticoncorrenziale. In relazione alla raccolta di dati relativi all'utente, è necessario sottolineare che solo i dati aggiuntivi (raccolti tramite di siti terzi o applicazioni mobili non correlati) sono oggetto dell'ordine dell'Autorità. L'immissione di dati aggiuntivi non comporta alcuno sfruttamento degli utenti della rete privata dal momento che possono essere duplicati all'infinito senza alcun costo: la loro duplicazione non indebolisce il consumatore economicamente. Inoltre, l'affermazione di una divulgazione "eccessiva" di dati, non ha fondamenta significative in quanto non si fa riferimento riguardo al tipo, all'origine e alla quantità dei dati aggiuntivi in questione. Il Bundeskartellamt vede il danno dell'utente come una *"perdita di controllo"*<sup>23</sup> e in questo contesto si concentra sulla raccolta e sul trattamento di dati aggiuntivi – in relazione alla violazione delle leggi sulla privacy - e sulla violazione del diritto fondamentale degli utenti di Facebook di decidere autonomamente cosa fare con dati personali ("diritto all'autodeterminazione informativa"). Questa considerazione non sembra essere convincente. Questi dati aggiuntivi vengono raccolti ed elaborati sulla base dei termini di utilizzo di Facebook, ovvero con il consenso dell'utente. In questa situazione, non si può affermare che l'utente "perda il controllo" sui propri dati, piuttosto possiamo dire che l'elaborazione dei dati viene effettuata con la conoscenza e la volontà dell'utente ed è quindi decisamente sotto il suo "controllo". Per di più, il Bundeskartellamt non afferma che i termini di utilizzo di Facebook

---

<sup>23</sup> Bundeskartellamt. Background information on the Facebook procedure of the Bundeskartellamt of 19 December 2017 and of 7 February 2019, 5.

Pardolesi, Roberto; Osti, Cristoforo. *L'antitrust ai tempi di Facebook. Mercato, concorrenza, regole*, 2019, 195-215.

(compresi i dati e le linee guida sui cookie) non informano completamente e accuratamente gli utenti in merito al contenuto, come non vi sono prove a sostegno dell'ipotesi che Facebook ottenga il consenso degli utenti attraverso la coercizione, la pressione, lo sfruttamento di una debolezza della volontà o altri mezzi ingiusti o che la società utilizzi i dati aggiuntivi contrariamente all'accordo oltre l'ambito concordato. Ciò che è necessario è un bilanciamento dei vantaggi derivanti dall'uso di un social network finanziato dalla pubblicità (e quindi gratuito) con le conseguenze associate all'uso dei dati aggiuntivi da parte di Facebook. L'utente può effettuare autonomamente questa valutazione: bisogna considerare l'eterogeneità dei consumatori, per cui alcuni valutano molto la privacy, mentre altri molto meno. Il Bundeskartellamt sostiene che tale comportamento potrebbe incrementare possibili reati di proprietà (come furto di identità, frode, estorsione) o di divulgazione di reddito, luogo, malattie, opinioni politiche o orientamento sessuale.<sup>24</sup> La risoluzione però non mostra in modo comprensibile quali sono i pericoli per gli utenti del social network causati direttamente dalla raccolta e dal trattamento dei dati aggiuntivi che qui interessano. Il problema centrale è che in questo contesto il BKA sta discutendo esclusivamente di un problema di protezione dei dati e non un problema di concorrenza. Il fatto che gli utenti hanno difficoltà a ottenere una visione d'insieme di quali dati vengono raccolti da quali società non è un'affermazione adeguata<sup>25</sup>; il cliente non è informato perché non legge i termini d'uso<sup>26</sup> e lo fa perché è indifferente o ne ha una convenienza. In questo contesto, un abuso del potere di mercato da parte di Facebook può basarsi esclusivamente sul presupposto che le condizioni d'uso in questione e la raccolta, il collegamento e l'ulteriore trattamento dei dati aggiuntivi violano le disposizioni obbligatorie della legge sulla protezione dei dati. Per il Bundeskartellamt la violazione della legge sulla protezione dei dati può presumersi solo per la posizione di potere di mercato di Facebook, per cui gli utenti non hanno altra scelta se non quella di accettare i termini del contratto. L'Oberlandesgericht Düsseldorf ha respinto questa ipotesi sostenendo che una violazione della legge sulla protezione dei dati da parte di una società dominante non costituisce necessariamente un abuso di potere di mercato. Oltre la tesi del comportamento abusivo di sfruttamento, il Bundeskartellamt sostiene anche l'intento da parte della celebre piattaforma di porre in essere un comportamento di esclusione mirato a consolidare la propria posizione dominante aumentando le barriere all'ingresso. Ma anche in questo caso mancano argomentazioni a sostegno di questa tesi: non viene dimostrato se l'esclusione si sia verificata o se mai si potrà verificare. Il Bundeskartellamt non sembra aver spiegato accuratamente per quale motivo

---

<sup>24</sup> Bundeskartellamt. *Facebook decision*. 2019, para. 910

<sup>25</sup> Ivi, para. 384

<sup>26</sup> Ivi, para. 385

Facebook abusasse del proprio potere di mercato applicando i termini e le condizioni agli utenti: è contraddittorio sostenere che sia necessaria una tutela della protezione dei dati sulla base della posizione dell'azienda interessata (posizione dominante o non). Qualsiasi tipo di impresa, anche non dominante, avrebbe potuto realizzare lo stesso comportamento: non c'è un nesso tra i due concetti. Non si può neanche invocare la *'speciale responsabilità'* che deve essere tenuta da un'impresa in posizione dominante<sup>27</sup>: il problema non riguarda le regole della concorrenza, ma quelle della protezione dei dati. È come se il Bundeskartellamt cercasse di compromettere l'argomentazione volendo applicare il diritto alla concorrenza per una questione che dovrebbe essere risolta con le regole sulla protezione dei dati.

Essendo una richiesta di provvedimenti provvisori, la decisione del Tribunale regionale superiore di Düsseldorf ha solo un effetto sospensivo sugli ordini del Bundeskartellamt. Questo significa che Facebook non deve implementare la decisione del Bundeskartellamt per il momento in attesa di una decisione definitiva per la quale non è stata ancora stabilita alcuna data di udienza. Il presidente del Bundeskartellamt ha annunciato verrà presentato un ricorso dinanzi al BGH contro la decisione dell'Oberlandesgericht di Düsseldorf.

#### **1.4 Riferimenti dottrinari**

Il caso Facebook avviato dal Bundeskartellamt costituisce uno dei primi esempi di casi di condotta di sfruttamento con effetti sulla privacy. L'autorità ha compiuto sforzi per presentare un'interpretazione coerente del diritto della concorrenza al diritto della protezione dei dati e per stabilire un quadro concettuale che consentirebbe l'applicazione simultanea di entrambi i settori. I concetti della legge sulla protezione dei dati sono stati riproposti per l'occasione in modo da corrispondere ai concetti e alle preoccupazioni esistenti nel diritto della concorrenza. La tesi sostenuta dal Bundeskartellamt estende i confini dell'articolo 102 TFUE per coprire gli abusi derivanti dallo sfruttamento dei dati personali dei consumatori da parte di piattaforme digitali durante la loro raccolta. L'approccio del Bundeskartellamt è coerente con la "politica digitale digitale ordinaria" che

---

<sup>27</sup> Ivi, *"Im Dezember 2018 hatte Facebook weltweit insgesamt 1,52 Mrd. täglich aktive Nutzer und 2,32 Mrd. monatlich aktive Nutzer. In Deutschland betrugen die weiterhin ansteigenden Nutzerzahlen im November 2018 über 23 Mio. täglich aktive Nutzer sowie über 32 Mio. monatlich aktive Nutzer"* Pardolesi, Roberto; Osti, Cristoforo. *L'antitrust ai tempi di Facebook. Mercato, concorrenza, regole*, 2019, 195-215.

mira ad un bilanciamento tra un digital laissez-faire e un progetto di modernizzazione<sup>28</sup>. L'obiettivo è quello di garantire concorrenza, equità, certezza del diritto e accessibilità dei mercati digitali.<sup>29</sup> Il raggiungimento è possibile solo attraverso un cambiamento della dottrina così da alla nuova economia digitale. Nella valutazione preliminare il Bundeskartellamt invoca la disciplina della protezione dei dati potrebbe come criterio normativo nella valutazione degli abusi di sfruttamento<sup>30</sup>. Il riferimento è in particolare sia alla direttiva sulla protezione dei dati 95/46 CE sia il regolamento generale europeo sulla protezione dei dati (in vigore il 25 maggio 2018). In effetti, il GDPR riconosce espressamente il diritto delle persone fisiche di avere il controllo dei propri dati personali e in particolare del modo in cui vengono raccolti ed elaborati<sup>31</sup>. Il GDPR ha come intento il rafforzamento della proprietà e il controllo sui loro dati, per cui la raccolta e il successivo utilizzo di dati personali dell'utente necessita un consenso che dovrebbe essere limitato a scopi specifici<sup>32</sup>. L'onere della prova del consenso spetta al responsabile del trattamento dei dati, in questo caso Facebook. Ciò che è interessante notare che non viene specificato come il responsabile del trattamento dovrebbe dimostrare la modalità di ottenimento del consenso valido<sup>33</sup>. Inoltre, gli interessati hanno il diritto di revocare il proprio consenso in qualsiasi momento e quando avviene ciò il trattamento dei dati è illegale<sup>34</sup>. L'articolo 7.2 del Regolamento UE 2016/679 afferma che *“Se il consenso dell'interessato è prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni, la richiesta di consenso è presentata in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma*

---

<sup>28</sup> Federal Ministry for Economic Affairs and Energy, *White Paper on Digital Platforms of the Economic Affairs Ministry*, 20 March, 2017, 2.

<sup>29</sup> Massolo, Alessandro. *Bundeskartellamt vs Facebook: Time to refresh 'gdpr's wall'?*. Italian antitrust review. Vol 5, No 1, 2018.

<sup>30</sup> Orla Lynskey; Francisco Alves Da Costa Cabral. *Family Ties: The Intersection Between Data Protection and Competition in EU Law*. Wolters Kluwer, 2018.

<sup>31</sup> Regulation (EU) 2016/679, Recitals 7, 58, 60.

<sup>32</sup> 28 *“Consent should cover all processing activities carried out for the same purpose or purposes. When the processing has multiple purposes, consent should be given for all of them. If the data subject's consent is to be given following a request by electronic means, the request must be clear, concise and not unnecessarily disruptive to the use of the service for which it is provided”* Regulation (EU) 2016/679, Recital 32.

<sup>33</sup> *Guidelines on Consent under Regulation 2016/679*. WP259 rev.01. Adopted on 28 November 2017 as last Revised and Adopted on 10 April 2018.

<sup>34</sup> Ibid.

*comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro. Nessuna parte di una tale dichiarazione che costituisca una violazione del presente regolamento è vincolante*". Questa disposizione è poco chiara e potrebbe lasciare spazio a interpretazioni diverse. I dati trattati potrebbero essere utilizzati per altri scopi<sup>35</sup>. Gli interessati devono controllare l'uso dei loro dati e i responsabili del trattamento dovrebbero fornire all'interessato informazioni sulle finalità del trattamento a cui sono destinati i dati personali.<sup>36</sup> Le finalità e la base giuridica del trattamento dei dati personali dovrebbero essere chiare<sup>37</sup>; pertanto, dichiarazioni come *"Possiamo usare i tuoi dati personali per sviluppare nuovi servizi"* o *"Potremmo usare i tuoi dati personali per offrire servizi personalizzati"* dovrebbero essere evitate, mentre esempi di buone pratiche sono *"Conserveremo la cronologia degli acquisti e utilizzeremo i dettagli di i prodotti che hai acquistato in precedenza per fornirti suggerimenti per altri prodotti di cui riteniamo che anche tu sarai interessato "*o<sup>38</sup> *"Conserveremo una registrazione degli articoli sul nostro sito Web su cui hai fatto clic e utilizzeremo tali informazioni per indirizzare la pubblicità su questo sito Web per te rilevante per i tuoi interessi, che abbiamo identificato in base agli articoli che hai letto "*.<sup>38</sup> Nonostante la loro legittimità ai sensi del GDPR, queste ultime due dichiarazioni sembrano troppo generali per la valutazione di clausole commerciali sleali, e in particolar modo per valutare se gli utenti hanno perso il controllo sui propri dati. Inoltre, l'articolo 14.2 lett. c), prevede che il responsabile del trattamento informi l'interessato di *"l'esistenza del diritto di richiedere al responsabile del trattamento l'accesso e la rettifica o la cancellazione dei dati personali o la limitazione del trattamento riguardante l'interessato e di opporsi al trattamento come diritto alla portabilità dei dati"*.

La mancanza di informazioni dettagliate sulla valutazione preliminare del BKA nel caso Facebook non consente di tentare un'elaborazione avanzata sulla teoria del danno.<sup>39</sup> Il dibattito che può emergere è se la violazione del regolamento sulla protezione dei dati da parte di un'impresa dominante debba essere considerata abusiva ai sensi del diritto della concorrenza. Ci sono diversi aspetti del GDPR che dovrebbero essere chiariti al fine per chiarire come dimostrare la legittima acquisizione

---

<sup>35</sup>Pizzetti, Franco. *Intelligenza Artificiale, Protezione dei Dati Personali e Regolazione*. G. Giappichelli, 2018, 18.

<sup>36</sup> Regulation (EU) 2016/679, art. 14.1 lett. c).

<sup>37</sup> *Guidelines on transparency under Regulation 2016/679*, p. 9, 17/EN WP260, Adopted on 29 November 2017 as last Revised and Adopted on 11 April 2018.

<sup>38</sup> Massolo, Alessandro. *Bundeskartellamt vs Facebook: Time to refresh 'gdpr's wall'?*. Italian antitrust review. Vol 5, No 1, 2018.

<sup>39</sup> Ibid.

del consenso<sup>40</sup> e questo può spingere verso una stretta cooperazione tra Bundeskartellamt e le autorità di regolamentazione della protezione dei dati. Proprio per questo motivo, il caso tedesco potrebbe fornire una lettura ancora più competitiva del GDPR<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Ibid.

<sup>41</sup> Ibid.

## Capitolo 2 ~ Tra Privacy e Antitrust

### 2.1 Privacy-Antitrust

La strategia delle piattaforme digitali ha sviluppato nuove modalità di creazione di valore economico grazie alla possibilità di acquisire facilmente informazioni sui propri utenti attraverso la raccolta e la gestione dei dati personali. Per tutelare il buon funzionamento del mercato sono intervenute in maniera innovativa le autorità per la concorrenza le quali attraverso l'applicazione della clausola generale della legge contro le limitazioni alla concorrenza hanno messo l'accento sui diritti costituzionali degli utenti tra cui quelli protetti dal GDPR. Pertanto, è lecito chiedersi se è corretto far riferimento alla legge antimonopolistica relativa all'abuso di posizione dominante al fine fornire una migliore garanzia per un pieno controllo sulle identità digitali. La base di questo dibattito consiste nel capire se la raccolta e l'elaborazione di dati personali da parte di aziende dominanti va a consolidare o meno le loro posizioni. Possiamo andare ad identificare un ciclo, virtuoso o vizioso che sia, per cui più dati vengono raccolti da un'azienda, migliori sono i suoi prodotti e più sono gli utenti attratti. Secondo questa logica, la legge antitrust non dovrebbe interrompere questo ciclo in quanto esso rappresenta una possibilità per le aziende di migliorare i loro prodotti e, conseguenzialmente, di aumentare il benessere del consumatore (almeno nel breve periodo), ma è la normativa sulla privacy che potrebbe essere utilizzata per impedire alle imprese dominanti di raccogliere e aggregare dati personali degli utenti.<sup>42</sup>

Il caso tedesco di Facebook, analizzato nel capitolo precedente, sembra far emergere un nuovo strumento a disposizione delle autorità antitrust. Il Bundeskartellamt nel suo preliminare di valutazione dei termini e condizioni di Facebook, ha applicato i principi sulla privacy, sostenendo che tali condizioni vanno a violare sia le norme antitrust sia quelle relative alla protezione dei dati. La perplessità è se sia più adeguato analizzare il caso sotto una prospettiva riguardante la materia di violazione dei dati personali o attraverso una prospettiva antitrust. L'autorità tedesca rimane su una prospettiva orientata al diritto alla concorrenza, ma al contempo sembra introdurre altri elementi relativi al campo della disciplina della protezione dei dati, definendo un ampliamento dell'articolo 102 del TFUE; infatti quello che si ipotizza è un abuso di posizione dominante sul mercato dei social

---

<sup>42</sup> Colangelo, Giuseppe; Maggiolino, Mariateresa. *Data Accumulation and the Privacy- Antitrust Interface: Insights from the Facebook case for the EU and the U.S.* Stanford Law School and the University of Vienna School of Law TTLF Working Paper No. 31/2018, 2.

network. L'oggetto del divieto dell'art. 102 TFUE è lo sfruttamento abusivo della posizione dominante (come l'imposizione di prezzo), non la posizione dominante in quanto tale. Difatti, un'impresa può essere in posizione dominante semplicemente perché è più efficiente delle altre e, in questo caso, sarebbe illogico punirla. Sull'impresa in posizione dominante grava una speciale responsabilità, infatti, ad essa vengono vietate alcune condotte che invece sono consentite ad altre imprese non dominanti. Pertanto, l'abuso si configura con un comportamento dell'impresa in posizione dominante che, utilizzando mezzi diversi da quelli propri di una normale politica concorrenziale fondata sul merito e sulle qualità delle prestazioni, incide sulla struttura di mercato e ne riduce il livello di concorrenzialità a proprio vantaggio.

Il Bundeskartellamt ipotizza come illecito l'imposizione di condizioni generali di contratto abusive, in quanto in contrasto con la disciplina sulla protezione dei dati personali. La clausola dell'art.102 TFUE viene comunque applicata, nonostante il problema non sia incentrato sul prezzo. Quando si parla dei servizi Facebook il presupposto è che in base a informazioni complete l'utente conosce la propria valutazione dei servizi. Facebook è un prodotto "gratuito" in termini di pagamento monetario, ma, guardando alla realtà, ha un costo fisico rappresentato dai dati personali forniti dall'utente. La conseguenza è una riduzione della privacy dell'utente dovuta alla circostanza che la piattaforma digitale può sfruttare le informazioni fornite in futuro. In questo è evidente un problema di trasparenza dei costi.<sup>43</sup> L'utente attratto dall'esiguo guadagno di usare la piattaforma social a prezzo zero, ignora il costo della perdita della privacy. Nella valutazione dell'utente sono pesati solo i costi monetari attuali, pari a zero, senza che siano contemplati i costi futuri. La mancanza di accesso alle informazioni sul valore di tali dati nel contesto delle transazioni di Facebook con gli inserzionisti favorisce la sottovalutazione del valore della perdita della privacy. D'altra parte, le piattaforme digitali sostengono che la raccolta di dati, e poi il loro utilizzo, fornisca sempre valore agli utenti, anche se il beneficio effettivo non è così chiaro. Nonostante ciò, anche se il presupposto è che questo esercizio conferisca un valore aggiunto, il problema della sua quantificazione persiste. La mancanza di concorrenza tra le reti incide sulla mancanza di trasparenza: l'utente non sa quanto è valutato dalle piattaforme digitali, non ha le informazioni per trovare un'alternativa migliore. A ciò segue l'impossibilità per gli utenti di agire collettivamente contro il monopolista, per esempio passando a una rete rivale. Inoltre, la mancanza di informazioni riguarda anche costi sociali quali i costi per la

---

<sup>43</sup> Economides, Nick; Lianos, Ioannis. *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: a Competition Law Perspective*. Forthcoming Journal of Competition Law and Economics, 2019, 28.

democrazia e il pluralismo, che possono essere una preoccupazione importante.<sup>44</sup> La privacy viene dunque considerata un fattore rilevante per l'analisi della competitività dei mercati relativi ai servizi di comunicazione.

In relazione al caso Facebook sollevato dall'autorità tedesca, l'ipotesi di un abuso di posizione dominante sul mercato dei social networks può destare alcuni dubbi poiché, nonostante che esso sia il social network di maggiore successo, possiamo parlare di un vero e proprio mercato dei social network? Possiamo ritenere che l'offerta del settore è gratuita, ma risulta errato questo ragionamento nel momento in cui si considera l'attività pubblicitaria. In questo senso è come se Facebook vendesse l'attenzione dei suoi utenti. Di conseguenza, i rivali da considerare non sono più rappresentati dai servizi alternativi, ma dagli altri colossi che impiegano investimenti pubblicitari, come Google, motivo sufficiente per mettere in discussione un dominio che apparirebbe altrimenti indiscusso.<sup>45</sup>

Il fatto che la privacy abbia iniziato ad insinuarsi nelle questioni dell'antitrust non dovrebbe apparirci come una sorpresa dal momento in cui alcune delle aziende più grandi e onnipresenti, come Google e Facebook, offrono i loro servizi in cambio di dati del consumatore. Viviamo in un mondo in cui gran parte dei contenuti online è gratuita, ma queste aziende monetizzano il contenuto che forniscono gratuitamente vendendo l'accesso alla nostra attenzione: raccogliendo più dati per quanto riguarda gli utenti risulta più semplice indirizzare maggiormente gli annunci ai consumatori ottenendo il risultato sperato. Infatti, un contenuto più personalizzato rende più attraente il servizio. Pertanto, per alcuni aspetti nulla è gratuito online: i dati sono la nuova valuta.

Per legittimare l'esistenza di un problema antitrust è necessario paragonare la fattispecie della raccolta di dati addizionali, o in una misura eccessiva e non necessaria, all'imposizione di un prezzo più elevato. Dato che la privacy è un valore fondamentale, l'antitrust dovrebbe anche considerare in che modo la condotta va ad influire. Allo stesso tempo, però, vedere la privacy come una dimensione della concorrenza sarebbe come aumentare il grado di soggettività nell'analisi antitrust. È necessario individuare accuratamente il benchmark competitivo rispetto al quale verrà misurata la privacy. Il criterio adottato dal regolatore tedesco si basa sul GDPR e così, valutando una riduzione della

---

<sup>44</sup> Ivi, 29

<sup>45</sup> Pardolesi, Roberto; Palmieri, Alessandro. *Abuso di posizione dominante e condizioni generali di contratto: un 'revival innovativo'*. Il Foro Italiano, 2018, 144-156.

Pardolesi, Roberto; Osti, Cristoforo. *L'antitrust ai tempi di Facebook. Mercato, concorrenza, regole*, 2019, 195-215.

concorrenza attraverso il metro della privacy, è difficoltoso dare una risposta obiettiva. Soggettività aumentata significa maggiore discrezionalità normativa e, pertanto, meno certezza oltre gli standard legali: questo è un elemento di forte preoccupazione.

## 2.2 Privacy e potere di mercato

L'interfaccia privacy-antitrust viene studiata da due prospettive.<sup>46</sup> La prima cerca di capire, se in un'economia in cui i dati vengono raccolti in cambio di servizi gratuiti, bassi livelli di privacy indicano alti livelli di potere di mercato. La seconda analizza se e come la legge antitrust può compensare le insidie della legge sulla privacy: un prodotto meno rispettoso della privacy potrebbe essere considerato anticoncorrenziale. L'interrogativo principale è se una pratica commerciale specifica che viola la legge sulla privacy potrebbe anche essere perseguita come violazione dell'antitrust. Il primo punto da chiarire è stabilire un legame tra potere di mercato e dati personali.<sup>47</sup> Guardando con attenzione al modello di business delle piattaforme multimediali, come Facebook e Google, possiamo notare che esse non offrano i loro servizi gratuitamente, ma piuttosto in cambio di attenzione e di informazioni personali.<sup>48</sup> Infatti le aziende che massimizzano il profitto non forniscono prodotti gratuiti a meno che non li aiutino a fare soldi altrove.<sup>49</sup> L'impiego dei dati personali riguarda l'ambito sia della pubblicità mirata, sia dello sviluppo di accurati algoritmi necessari per realizzare una maggiore personalizzazione. I dati personali hanno acquisito un ruolo e un valore chiari, sebbene questo valore sia difficile da misurare e i consumatori non ne siano pienamente consapevoli.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> Colangelo, Giuseppe; Maggiolino, Mariateresa. *Data Accumulation and the Privacy- Antitrust Interface: Insights from the Facebook case for the EU and the U.S.* Stanford Law School and the University of Vienna School of Law TTLF Working Paper No. 31/2018, 26.

<sup>47</sup> Ivi, 31.

<sup>48</sup> Evans, David. *The Antitrust Economics of Free.* Competition Policy International, 2011.

*“Profit maximizing firms do not provide products for free unless it helps them make money somewhere else”.*

<sup>49</sup> Evans, David. *The Antitrust Economics of Free.* Competition Policy International, 2011.

Newman, John M. *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations.* 164 U. Pa. L. Rev. 149, 2015.

Gal, Michal; Rubinfeld Daniel L. *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement.* Antitrust LJ 521, 2016.

<sup>50</sup> Federal Trade Commission. *Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change: Recommendations for Businesses and Policymakers.* 2012.

L'interesse per i servizi a prezzo zero induce anche gli utenti cauti a divulgare informazioni riservate e alla fine consentire alle piattaforme di intromettersi nella propria privacy. Questo fenomeno, spesso chiamato "*privacy paradox*" deriva dalla necessità di trovare un equilibrio tra la volontà degli utenti di pagare e la loro volontà di proteggere i dati personali.<sup>51</sup> Non si può negare che i dati personali siano ormai la *currency*<sup>52</sup> di Internet e per questo possono essere concettualizzati come i prezzi impliciti dei servizi offerti.<sup>53</sup> Questa argomentazione non è sufficiente per definire un abuso di potere di mercato e per giustificare l'applicazione della disciplina antitrust. Si può affermare che piattaforme con potere monopolistico potrebbero estrarre più dati di quanti ne potrebbero ottenere in condizioni di concorrenza perfetta: dunque, quando queste piattaforme contengono grandi quantità di dati, esiste la possibilità che detengano un significativo potere di mercato.<sup>54</sup>

A sfavore di questa tesi sta la difficoltà nell'identificare la quantità di dati personali che le imprese potrebbero raccogliere in mercati competitivi. L'economia digitale è caratterizzata dall'impossibilità di misurare il livello competitivo del prezzo di mercato osservando i costi marginali; inoltre, la legge sulla protezione dei dati regola i modi in cui i dati vengono raccolti, ma non si pronuncia circa la quantità. In secondo luogo, l'analogia tra dati personali e valuta potrebbe essere ritenuta infondata: il denaro ha un valore nominale che è uguale per tutte le persone qualunque sia l'utilità marginale che ogni consumatore deriva da un'unità di denaro, ma per quanto riguarda il valore dei dati, non solo esso varia solo in base alle preferenze ai dati considerati, ma non può neanche essere misurato in

---

<sup>51</sup> Norberg, Patricia A; Horne, Daniel R; Horne, David A. *The privacy paradox: Personal information disclosure intentions versus behaviours*. The Journal of Consumer Affairs, 2007,100.

Pardolesi, Roberto; Osti, Cristoforo. *L'antitrust ai tempi di Facebook. Mercato, concorrenza, regole*, 2019, 195-215.

<sup>52</sup> Gal, Michal; Rubinfeld Daniel L. *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*. Antitrust LJ 521, 2016, 522.

<sup>53</sup> Auer, Dirk; Petit, Nicolas, *Two-Sided Markets and the Challenge of Turning Economic Theory into Antitrust Policy*. The Antitrust Bulletin, 2015, 28.

"Google charges an implicit price on users, which consists in extracting personal data from them" to then maintains that, "it is unclear how to operationally simulate the effects on demand of a small but significant increase in data extraction."

<sup>54</sup> Colangelo, Giuseppe; Maggiolino, Mariateresa. *Data Accumulation and the Privacy- Antitrust Interface: Insights from the Facebook case for the EU and the U.S.* Stanford Law School and the University of Vienna School of Law TTLF Working Paper No. 31/2018, 28.

termini nominali.<sup>55</sup> Il valore dei dati personali rispecchia l'utilità che i singoli agenti economici derivano dai dati stessi. Pertanto, non può diventare uno strumento di misurazione aggregata.

### 2.3 La teoria economica della privacy

Quando si analizza la teoria economica della privacy è necessario distinguere impostazioni che sottolineano l'impatto della riduzione del benessere dell'interruzione del flusso di informazioni personali e approcci che arrivano a conclusioni opposte. All'interno della teoria economica neoclassica di mercati perfettamente competitivi, la disponibilità di informazioni rilevanti (assenza di asimmetrie informative) per tutti gli operatori di mercato porta all'efficienza economica. Secondo lo studioso della Chicago School Richard Posner, la protezione della privacy crea inefficienze sul mercato poiché nasconde informazioni potenzialmente rilevanti ad altri agenti economici. Quindi, la rimozione delle informazioni personali degli individui dal mercato, attraverso la normativa sulla privacy, trasferisce il costo del danno dall'individuo ad altri attori del mercato. Più recentemente nel 2006, Calzolari e Pavan<sup>56</sup>, hanno sostenuto che la condivisione senza restrizioni dei dati personali dei consumatori tra due imprese possa effettivamente ridurre le distorsioni del mercato e aumentare il benessere sociale. Dieci anni prima analogamente Varian<sup>57</sup> osserva che i consumatori possono subire un danno, non quando viene raccolto un numero eccessivo di informazioni personali, bensì quando ne viene condiviso un numero insufficiente. Il consumatore, osserva Varian, potrebbe razionalmente desiderare che alcune informazioni su sé stesso siano note ad altre parti: ad esempio, un consumatore potrebbe volere che le sue preferenze di vacanza siano conosciute dai telemarketing, al fine di ricevere da loro offerte e affari a cui potrebbe essere effettivamente interessata. Basandosi anche sugli argomenti della Chicago School come il teorema di Coase, Noam<sup>58</sup>, sostiene che la protezione dei

---

<sup>55</sup> Elvy, Stacy Ann. *Paying For Privacy And The Personal Data Economy*. Columbia Law Review Vol.117 NO.6, 2017, 1373.

Federal Communications Commission. *In the Matter of Protecting the Privacy of Customers of Broadband and Other Telecommunications Services*. 2016.

<sup>56</sup> Calzolari, Giacomo; Pavan, Alessandro. *On the optimality of privacy in sequential contracting*. Journal of Economic Theory 130, 2006.

<sup>57</sup>Varian, Hal R. *Economic Aspects of Personal Privacy*. Privacy And Self-Regulation In The Information Age, Us Department Of Commerce, Washington DC, 1997.

<sup>58</sup> Noam, Eli. *Privacy And Self-Regulation: Markets For Electronic Privacy*. Privacy And Self-Regulation In The Information Age, Us Department Of Commerce, Washington DC, 1997

dati di un consumatore debba dipendere dalle preferenze del consumatore stesso: se i dati verranno divulgati o protetti dipende dalle valutazioni relative delle parti interessate a tali dati. Se il consumatore ha una preferenza forte per la sua privacy, i dati dovrebbero rimanere protetti in quanto, anche in assenza di una legge che regola tale protezione, il consumatore sarebbe disponibile a sostenere un costo per tutelare i propri dati. Non tutti gli economisti hanno assunto questa posizione. Negli anni Ottanta, Hirshleifer<sup>59</sup>, osserva che le ipotesi di comportamento razionale alla base dei modelli di privacy della Scuola di Chicago non riescono a catturare la complessità del processo decisionale dei consumatori. È importante notare che i primi studi sulla privacy della Chicago School hanno avuto origine in un'era precedente le moderne tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Lo sviluppo dell'ITC e di Internet ha portato i ricercatori a formulare più sfumature e viste granulari dei compromessi associati alla raccolta e utilizzo dei dati personali. Inoltre, Varian osserva che l'uso secondario di dati personali potrebbe sollevare particolari preoccupazioni economiche: un consumatore può decidere razionalmente di condividere informazioni personali con un'azienda perché si aspetta di ricevere un beneficio netto da tale transazione, ma allo stesso tempo ha poca conoscenza o controllo su come l'impresa utilizzerà successivamente tali dati. L'azienda potrebbe vendere i dati del consumatore a terzi a scopo di lucro, senza permettere al consumatore di partecipare a tali profitti. Inoltre, elevati costi di transazione potrebbero non consentire ai consumatori di acquisire la possibilità di protezione della privacy. Hermalin e Katz<sup>60</sup> criticano l'argomento della Scuola di Chicago secondo cui la protezione della privacy sta intrinsecamente diminuendo il benessere. La tesi sostenuta è che la protezione dei dati può avere effetti positivi solo ex ante sul benessere economico. Ad esempio, la protezione della privacy può consentire di sostenere regimi assicurativi che altrimenti non esisterebbero. Se tutti i potenziali assicurati dovessero essere sottoposti a test per condizioni di salute potenzialmente fatali, le compagnie di assicurazione sulla vita adeguerebbero i prezzi assicurativi in base ai risultati di tali test. Mentre il risultato sarebbe ex post economicamente efficiente in quanto i consumatori acquisterebbero assicurazioni a tassi attuarialmente equi. Inoltre, Hermalin e Katz osservano che i mercati potrebbero non riuscire ad adattarsi in modo efficiente a informazioni aggiuntive, riducendo l'efficienza del risultante equilibrio. Nel loro modello, due agenti razionali si impegnano in una transazione in cui entrambi sono

---

<sup>59</sup> Hirshleifer, Jack. *Privacy: Its Origin, Function, and Future*. The Journal of Legal Studies 9, no. 4, 1980.

<sup>60</sup> Hermalin, Benjamin; Katz, Michael. *Privacy, property rights and efficiency: The economics of privacy as secrecy*. Quantitative Marketing and Economics (QME), 2006, vol. 4, issue 3, 209-239.

interessati a raccogliere informazioni sull'altro; la protezione della privacy può effettivamente portare a equilibri di allocazione efficienti e potrebbe essere necessario un divieto esplicito della trasmissione di informazioni per l'efficienza economica (poiché la mera assegnazione di diritti di proprietà informativa potrebbe non essere sufficiente). Allo stesso modo, i modelli di Hirshleifer e Taylor<sup>61</sup> mostrano che gli agenti economici razionali possono finire per investire in modo inefficientemente eccessivo nella raccolta di informazioni personali su altre parti (ad esempio, al fine di aumentare le entrate private dalle vendite basate sulla conoscenza di la volontà dell'acquirente di pagare). Taylor scopre anche che, in presenza di tecnologie di tracciamento, che consentono alle aziende di venire a conoscenza delle preferenze dei consumatori (in modo da impegnarsi successivamente nella discriminazione dei prezzi), se la presenza o meno della protezione normativa sulla privacy migliorerà il benessere complessivo dipende dalle caratteristiche dei consumatori. I consumatori ingenui non sono in grado di neutralizzare la capacità del venditore di utilizzare le informazioni sui consumatori precedenti per discriminare i prezzi, pertanto, in equilibrio il loro surplus viene trasferito a quello delle imprese, a meno che non intervenga la regolamentazione. D'altra parte, la regolamentazione non sarebbe necessaria se i consumatori fossero consapevoli di come i commercianti potrebbero sfruttare i propri dati, in quanto adatterebbero di conseguenza il loro atteggiamento. Conclusioni simili sono state raggiunte nel 2005 da Acquisti e Varian<sup>62</sup> attraverso lo studio di un modello a due periodi in cui i commercianti hanno accesso a tecnologie di "tracking" e i consumatori hanno accesso a tecnologie di "hiding". Guardando al commercio via Internet, notiamo come i commercianti possono utilizzare i cookie per tracciare le azioni dei consumatori (in particolare, gli acquisti passati) e i consumatori hanno accesso a tecnologie che permettono di nascondere tali informazioni (eliminazione dei cookie, utilizzo di strumenti di navigazione anonimi o a pagamento). Però è da precisare che il monitoraggio dei consumatori migliorerà i profitti del commerciante solo se il monitoraggio viene utilizzato anche per fornire ai consumatori servizi avanzati e personalizzati.

## **2.4 Teorie favorevoli l'inclusione della privacy nell'analisi antitrust**

I danni alla privacy, determinati da abusi di potere di mercato, portano inevitabilmente alla riduzione della qualità del bene prodotto o del servizio erogato. Laddove esistono questi tipi di danni, è

---

<sup>61</sup> Taylor, CR. *Consumer privacy and the Market for Consumer Information*. Rand Journal of Economics 35 (4), 2003.

<sup>62</sup> Acquisti, A; Varian, H.R. *Conditioning prices on purchase history*. Marketing science 24 (3), 2005.

ragionevole che l'analisi antitrust li valuti e cerchi di minimizzarli. Storicamente tale tipologia di danno non destava l'interesse dell'analisi antitrust, ma con lo sviluppo di una società in cui le piattaforme digitali sono essenziali, il modo e lo scopo per cui i dati dei clienti sono raccolti e diventa rilevante. Pertanto, un comportamento dell'impresa dominante potrebbe ridurre il benessere dei consumatori. Ma è opportuno capire in che modo le concentrazioni di dati incentivino un'azienda a compromettere la privacy e come questa violazione si rifletta in un comportamento anticoncorrenziale. Le teorie che vanno a definire il danno provocato, identificate dai sostenitori dell'inclusione della privacy nell'analisi antitrust, non sono coerenti tra loro: alcuni dei danni concorrenziali identificati non hanno rilevanza in termini di privacy, altri sarebbero trascurabili per l'antitrust.

Numerosi studiosi e politici hanno effettivamente proposto che l'antitrust dovrebbe incorporare gli effetti sulla privacy in un'analisi adeguata. Peter Swire, in una sua testimonianza, categorizza quello che è il diritto alla privacy secondo vari approcci.<sup>63</sup>

Il primo approccio è quello di vedere la privacy come un diritto umano fondamentale e quindi non rilevante ai fini dell'antitrust. Questo approccio attribuisce un valore così elevato alla privacy per cui non viene minimamente considerata la possibilità giungere ad un compromesso: i vantaggi economici, sia per i consumatori sia per il mercato, della raccolta e dell'utilizzo dei dati sono considerati marginali. Considerando che la maggioranza dei consumatori non ha preferenze così forti, i pochi consumatori infra-marginali, che valutano fortemente i servizi a tutela della privacy, potrebbero pagare costi aggiuntivi cosicché che venga soddisfatta la loro domanda atipica. I servizi a cui facciamo riferimento sono in gran parte o completamente privi di costi diretti per il consumatore, come ad esempio la piattaforma social Facebook. Tuttavia, è irragionevole aspettarsi un'infinita varietà di prodotti liberamente disponibili gratuitamente e sufficienti a soddisfare ogni richiesta dei consumatori. Come ci si aspetterebbe da un mercato ben funzionante, anche in questa circostanza l'ampia gamma di prodotti, inclusiva altresì dei servizi a tutela della privacy, è disponibile a un certo prezzo. La maggior parte degli utenti paga fornendo i propri dati e l'esito sono gli annunci mirati o la vendita di tali informazioni per altri usi. Coloro che desiderano evitare la raccolta e l'utilizzo improprio dei propri dati potrebbero pagare altri servizi che soddisfano le loro esigenze (ad esempio, servizi di posta elettronica a pagamento anziché Gmail) o utilizzarne altri servizi di discutibile qualità. Inoltre, esistono numerosi meccanismi, come la navigazione in incognito, che possono minimizzare

---

<sup>63</sup> *Behavioral Advertising: Tracking, Targeting, and Technology: Town Hall Before the FTC.* Testimony of Peter Swire, Professor, Moritz College of Law of the Ohio State University. 2017.

l'esposizione dei dati, limitando alcune funzionalità.<sup>64</sup> Dal momento che ogni consumatore è libero di fare la propria scelta di trade-off tra costi e benefici, il trattamento della privacy come un diritto comporta un'imposizione di costi considerevolmente superiore ai benefici. Dovremmo preoccuparci di lasciare che i consumatori esprimano le loro preferenze, non di imporre una minoritaria su di loro.

La seconda prospettiva fa riferimento alla logica dietro all'origine dell'antitrust. Se la normativa posta a tutela della concorrenza nasce più di un secolo fa per timore degli effetti di indebite concentrazioni di potere economico sulla società nella sua interezza, ad oggi la politica antitrust dovrebbe intervenire se si mettono a repentaglio gli interessi vitali della privacy dei cittadini. I motori di ricerca o social network dominanti (ad esempio Google e Facebook) sono essenziali per la cultura e politica della società, quindi risulterebbe necessaria una regolamentazione del governo, anche al di là dell'antitrust, al fine di proteggere gli interessi degli utenti, compresa la privacy. Tale prospettiva si concentra sulle dimensioni delle aziende che ottengono l'accesso ai dati privati personali (tema del *"big is bad"*). Di fatto riprende la linea della scuola populista che dominava il pensiero antitrust prima della rivoluzione scolastica di Chicago, per la quale la dimensione dell'azienda è un dato essenziale per la valutazione. Ad oggi il tema *"big is bad"* non ha più così tanta rilevanza nella giurisprudenza antitrust, in quanto si tende a trascurare la protezione dei concorrenti più piccoli, concentrandosi sul tema del benessere del consumatore. La dimensione dell'azienda non ha alcuna evidente connessione logica alla capacità o all'incentivo di un'azienda a degradare la privacy, in quanto le piccole imprese possono degradare le protezioni della privacy con la stessa facilità delle grandi imprese.<sup>65</sup>

Un altro approccio riguarda la discriminazione di prezzo. Il professore Nathan Newman<sup>66</sup> in un articolo, incentrato principalmente sulla definizione di un caso antitrust contro Google, si concentra sulle perdite per i consumatori derivanti dalla raccolta di dati da parte del motore di ricerca. Attingendo al lavoro di Joseph Stiglitz sulle asimmetrie informative, egli sostiene che Google sfrutta il valore dei dati personali dei suoi utenti in quanto è sistematicamente sottovalutato, a differenza dei vantaggi dei servizi offerti dalla piattaforma che sono spesso più che sopravvalutati. Con la sua attività Google facilita la discriminazione dei prezzi monitorando i dati per conto dei suoi inserzionisti. A tal proposito, i danni causati dalla discriminazione dei prezzi sono riconoscibili ai fini

---

<sup>64</sup> Manne Geoffrey. *The Law and Economics of Data and Privacy in Antitrust Analysis*. SSRN Electronic Journal, 2014, 4.

<sup>65</sup> Ivi, 5.

<sup>66</sup> Newman, Nathan. *The Costs of Lost Privacy: Consumer Harm and Rising Economic Inequality in the Age of Google*. William Mitchell Law Review, Volume 40, Issue 2, 2014.

dell'antitrust.<sup>67</sup> Il problema principale con questa teoria è riconoscere se i danni causati possono far realmente riferimento all'antitrust o se possono essere gestiti secondo la legge attuale senza estendere il dominio.

Il quarto approccio riguarda la preclusione dell'accesso ai dati. Questo argomento si basa sull'idea che un monopolista ha la capacità di precludere l'accesso ai dati privati dei consumatori, rendendo gli altri competitors incapaci di competere con successo sul mercato. Una società o un gruppo di società che dispone di troppi dati sui consumatori crea una barriera all'ingresso impedendo ad altri di entrare nella raccolta dei dati e utilizzare il business.

L'ultimo orientamento invece vede la privacy come una forma di concorrenza senza prezzo. L'argomentazione è che se il prezzo non è l'unico modo in cui le imprese competono e la giurisprudenza antitrust riconosce la concorrenza senza prezzo e, se la privacy è una fonte importante di concorrenza non tariffaria, le riduzioni della concorrenza senza prezzo dovute a un diritto sono perseguibili ai sensi della legge antitrust. Il problema è come analizzare (e quantificare) i danni relativi la violazione della privacy. Questo approccio può rappresentare il modo semplice ed efficace per integrare la privacy nell'analisi antitrust, in quanto si incentra sulla la preclusione di accesso, tema che non riguarda di fatto la privacy. I dati sono visti come un bene o input. Ciò che rimane poco definito, tuttavia, è come avere una grande quantità di dati potrebbe ridurre la concorrenza sulla privacy senza prezzo.

Esiste anche un modo più semplice e più generale per comprendere il ruolo della privacy nella legislazione antitrust.<sup>68</sup>

In primo luogo, i danni alla privacy riducono il benessere dei consumatori, obiettivo principale della *moderna* legislazione antitrust. La *tradizionale* analisi antitrust è progettata per promuovere il benessere dei consumatori. La Corte suprema americana ha dichiarato nel caso *NCAA v. Board of Regents*, 468 US 85, 107 (1984): "*Congress designed the Sherman Act as a 'consumer welfare prescription'*". Dunque, una limitazione che riduce il peso del benessere del consumatore "*is not consistent with this fundamental goal of antitrust law*".<sup>69</sup> Il professore Alan Westin ha condotto numerosi sondaggi relativi alle preferenze dei consumatori sulla privacy, dai quali emerge che la percentuale degli utenti altamente preoccupati per la loro privacy è circa del 25%, mentre la preferenza minoritaria risulta essere quella di una bassa preoccupazione (tra il 10% e il 15% circa

---

<sup>67</sup> Ibid.

<sup>68</sup> Swire, Peter. *Protecting Consumers: Privacy Matters in Antitrust Analysis*. Center for American Progress (2007).

<sup>69</sup> *NCAA v. Board of Regents*, 468 U.S. 85, 1984.

della popolazione intervistata).<sup>70</sup> Le persone con una predisposizione verso un'elevata preoccupazione per il livello della privacy sono soggette a danni rilevanti se la navigazione online passa a una struttura meno protettiva, ad esempio in seguito ad una fusione o un comportamento dominante dell'azienda. Se le maggiori intrusioni della privacy sono contrarie alle loro preferenze, è come se pagassero di più per un bene. Secondo questa analisi, i danni alle preferenze dei consumatori dovrebbero far parte dei compiti normativi delle autorità a tutela della concorrenza: tali danni dovrebbero essere considerati insieme ad altri danni quando si tratta di autorizzare una fusione o condannare un comportamento abusivo. Coerentemente possiamo affermare che sarebbe illogico considerare i danni per i consumatori a cui è imposto un prezzo più alto, escludendo nel contempo i danni relativi ad invasioni della privacy: entrambi i tipi di danno riducono il surplus del consumatore e il benessere dei consumatori nel mercato rilevante.

In secondo luogo, i danni alla privacy portano a una riduzione della qualità di un bene o servizio, categoria principe di danno che deriva dal potere di mercato. Nell'ambito dell'analisi antitrust tradizionale, il potere di mercato può anche portare all' aumento del prezzo e alla riduzione la qualità di un prodotto o servizio. Questo legame tra prezzo e qualità del prodotto è stato spiegato dalla Corte Suprema nel caso *National Society of Professional Engineers contro US*, 435 US 679, 695 (1978)<sup>71</sup>: "*The assumption that competition is the best method of allocating resources in a free market recognizes that all elements of a bargain: quality, service, safety, and durability – and not just the immediate cost, are favorably affected by the free opportunity to select among alternative offers*". In questo modello, basato sulla raccolta e sfruttamento dei dati degli utenti, l'incentivo per il monopolista (nel nostro caso Facebook) è ridurre la tutela della riservatezza al di sotto del livello concorrenziale e accrescere la raccolta dei dati al di sopra del livello competitivo.<sup>72</sup> Una continua e massiccia violazione della privacy comporta una diminuzione della qualità del servizio offerto agli utenti e di conseguenza del benessere dei consumatori. Questa pratica non è altro che un danno conseguente ad una manipolazione del potere di mercato e dunque deve essere considerata la qualità, e non i prezzi, come parametro della concorrenza che deve essere tutelato<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Kumaraguru, Ponnurangam; Cranor, Lorrie Faith. *Privacy indexes: a survey of Westin's studies*. Carnegie Mellon University. 2018.

<sup>71</sup> *National Society of Professional Engineers v. US*, 435 US 679, 695, 1978.

<sup>72</sup> Giannaccari, Andrea. *Facebook, tra privacy e antitrust: una storia (non solamente) americana*. Il Mulino, 2019, issue 2, 273-292.

<sup>73</sup> Swire, Peter. *Protecting Consumers: Privacy Matters in Antitrust Analysis*. Center for American Progress, 2007.

Riassumendo, possiamo identificare quattro principali teorie del danno che gli studiosi antitrust hanno sviluppato per giustificare la commistione tra legge sulla protezione dei dati e antitrust.<sup>74</sup>

La prima afferma che gli effetti della rete e le altre caratteristiche strutturali che caratterizzano i mercati digitali rafforzano il potere di mercato delle piattaforme digitali e, quindi, diminuiscono i loro incentivi a competere per offrire un'elevata protezione dei dati nel fornire i servizi.<sup>75</sup>

La seconda teoria del danno fa riferimento all'osservazione dell'ex commissario FTC, Pamela Jones Harbour, sulla fusione Google / DoubleClick. La tesi è che le fusioni tra società che detengono big data permettono un ampliamento del loro background di dati congiunti, consentendo all'entità risultante dalla fusione di avere ancora più strumenti per profilare gli individui (*database of intection*) e invadono la loro privacy.<sup>76</sup>

La terza teoria del danno definisce la privacy come parametro della qualità del prodotto o servizio, per cui se accettiamo l'idea che beni che non rispettano la privacy sono beni di bassa qualità, allora dobbiamo concludere che questi beni fanno diminuire il benessere dei consumatori, poiché il benessere dei consumatori non dipende solo da prezzi e quantità (effetti a breve termine) ma anche su qualità, varietà e innovazione (effetti a medio-lungo termine). Pertanto, qualsiasi pratica che porta alla realizzazione di prodotti o servizi che non rispettano la privacy (come una fusione, un comportamento unilaterale o un accordo) danneggia il benessere dei consumatori e, quindi, deve essere considerata anticoncorrenziale.<sup>77</sup>

Infine, la quarta teoria del danno antitrust basata sulla privacy è quella sostenuta sia dall'Autorité de la Concurrence francese sia dal Bundeskartellamt tedesco. Le due autorità sostengono

---

<sup>74</sup> Colangelo Giuseppe e Maggiolino Mariateresa. *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition?*. Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 8, No. 6, 2017, p.363-369.

<sup>75</sup> Harbour, Pamela Jones; Koslov, Tara Isa. *Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets*. Antitrust LJ Vol. 76, 2010, p.769-797.

<sup>76</sup> Harbour, Pamela Jones. *Dissenting statement. In the matter of Google/DoubleClick*. F.T.C. File No. 071-0170, 2007, 4.

<sup>77</sup> Stucke, Maurice E; Ezrachi, Ariel. *When Competition Fails to Optimise Quality: A Look at Search Engines*. Yale Journal of Law and Technology Vol. 18, 2017, p.70-107.

Grunes, Allen P; Stucke, Maurice E. *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*. Antitrust Source Vol.14 No.4, 2015, p.256-268.

Grunes, Allen P. *Another Look at Privacy*. 20 Geo. Mason L. Rev. 1107, 2013.

Pasquale, Frank. *Privacy, Antitrust, and Power*. 20 Geo. Mason L. Rev. 1009, 2013.

che le politiche sulla privacy potrebbero essere considerate dal punto di vista della concorrenza ogni volta che queste politiche sono suscettibili di incidere sulla concorrenza, in particolare quando si tratta di un'impresa dominante, la quale usa i dati personali come input.<sup>78</sup> Secondo il Bundeskartellamt ciò che è essenziale esaminare, sotto l'aspetto dell'abuso del potere di mercato, è se i consumatori siano sufficientemente informati sul tipo e l'entità dei dati raccolti.<sup>79</sup> L'autorità tedesca sostiene che si verifica un abuso di potere di mercato ogni volta che si viola la legge sulla privacy, includendo così la protezione dei dati personali tra gli obiettivi del diritto della concorrenza.

## **2.5 Teorie contro l'inclusione della privacy nell'analisi antitrust**

Non è inopportuno sostenere che la struttura dei mercati digitali potrebbe indurre le imprese con un elevato potere di mercato ad offrire servizi che non rispettano della privacy in quanto non hanno alcun incentivo per attuare un miglioramento. Tuttavia, questa mancanza di incentivi non è specifica dei modelli di business digitali.<sup>80</sup> Inoltre, nessuna impresa ha l'obbligo di fornire i migliori prodotti possibili anche se non massimizza i profitti.<sup>81</sup> La legge antitrust non interviene né circa caratteristiche del mercato né circa la sua struttura, dunque se gli effetti che si creano nel mercato digitale sono disincentivanti per le piattaforme digitali in relazione alla produzione del livello ottimale di servizi rispettosi della privacy, dovrebbe intervenire la regolamentazione economica piuttosto che la legge antitrust.<sup>82</sup> La tesi secondo cui le fusioni di big data sono anticoncorrenziali in quanto potrebbero indurre società, già ben posizionate, a violare la privacy, trasforma le violazioni della privacy in violazioni dell'antitrust, sebbene la protezione dei dati personali e la privacy degli individui insieme al controllo sulle identità digitali degli individui non siano tra gli obiettivi del diritto della concorrenza dell'UE. La legge sulla concorrenza è stata progettata per proteggere il buon funzionamento del

---

<sup>78</sup> Autorité de la concurrence; Bundeskartellamt. *Competition Law and Data*. 2016.

<sup>79</sup> Bundeskartellamt, Facebook, Press Release, 2 March 2016.

<sup>80</sup> Colangelo Giuseppe e Maggiolino Mariateresa. *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition?*. *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 8, No. 6, 2017, p.363-369.

<sup>81</sup> Sokol, D. Daniel; Comerford, Rosin E. *Antitrust and Regulating Big Data*. *23 Geo Mason L Rev* 1129, 2016, p.1129-1161.

<sup>82</sup> Colangelo Giuseppe e Maggiolino Mariateresa. *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition?*. *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 8, No. 6, 2017, p.363-369.

mercato e, di conseguenza, il benessere dei consumatori. L'articolo 102 del TFUE non fa alcun tipo di riferimento alla privacy. Pertanto, chiunque richieda un intervento antitrust per risolvere i problemi di protezione dei dati desidera impiegare il diritto della concorrenza al di là del suo campo di applicazione. Tale commistione di leggi potrebbe creare confusione senza vantaggi effettivi per i consumatori.<sup>83</sup>

Questa affermazione è vera a meno che non si trovi un modo per rendere il benessere dei consumatori dipendente dalle variazioni dei livelli di privacy che le imprese garantiscono ai consumatori. Per evitare di forzare i confini dell'antitrust, gli studiosi hanno sviluppato la suddetta connessione tra la qualità dei beni e la privacy degli utenti, ma anche questo argomento potrebbe essere smentito. Innanzitutto, la qualità non è una caratteristica monodimensionale, ma dipende da più fattori. Pertanto, anche se una pratica aziendale riduce il livello di privacy garantito agli utenti di Internet, non è semplice valutare l'effetto che tale condotta produce sulla qualità generale dei beni digitali. In secondo luogo, il benessere dei consumatori non dipende solo dalla qualità del prodotto o del servizio offerto, ma anche da altre variabili, come i prezzi o l'innovazione. Finora, come dimostra il paradosso della privacy, nessuno studio empirico ha chiaramente stabilito che i consumatori sensibili alla privacy pagherebbero per utilizzare beni più rispettosi della privacy o accetterebbero servizi e prodotti meno sviluppati in cambio di soluzioni più favorevoli alla privacy. In realtà, molti studiosi e istituzioni stanno riconoscendo che non è possibile suggerire uno standard universale adatto a tutti. Nella fornitura di qualsiasi servizio (come i servizi legali, medici o bancari) i consumatori possono considerare un servizio di maggiore qualità migliore rispetto ad un altro in quanto più attento alla sfera della privacy. Nonostante ciò, i consumatori che sono abituati a usufruire dei servizi online gratuiti, per rendere il servizio più rapido e personalizzato, potrebbero essere disposti a fornire informazioni personali pur conoscendo i rischi associati.<sup>84</sup> Inoltre, è necessario chiarire che le valutazioni basate sulla qualità sono difficili da sviluppare tecnicamente.<sup>85</sup> Gli studiosi stanno

---

<sup>83</sup> Ohlhausen, Maureen K; Okuliar, Alexander P. *Competition, Consumer Protection, and the Right (Approach) to Privacy*. *Antitrust Law Journal*, 2015, p.121-156.

<sup>84</sup> Preibusch, Sören; Kuebler, Dorothea; Beresford, Alastair. *Price versus privacy: an experiment into the competitive advantage of collecting less personal information*. *13 Electronic Commerce Research*, 2013, p.423-455.

Tsai, Janice Y; Egelman, Serge; Cranor, Lorries; Acquisti, Alessandro. *The Effect of Online Privacy Information on Purchasing Behavior: An Experimental Study*. *22 Information Systems Research*, 2011.

<sup>85</sup> Colangelo Giuseppe e Maggiolino Mariateresa. *Data Protection in Attention Markets: Protecting*

lavorando a nuovi strumenti e indici econometrici (SSNDQ test), ma il loro perfezionamento è difficile da ottenere.<sup>86</sup> Pertanto, la scelta di far entrare la legge sulla privacy nel discorso antitrust attraverso il percorso della qualità, sebbene risulti essere una delle strade più coerenti da seguire, merita ancora dei miglioramenti.

---

*Privacy through Competition?*. Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 8, No. 6, 2017, p.363-369.

<sup>86</sup> Ezrachi, Ariel; Stucke, Maurice E. *The Curious Case of Competition and Quality*. 3 Journal of Antitrust Enforcement, 2015, p.227-257.

## Capitolo 3 ~ Insights sul mercato dei dati personali

### 3.1 Fallimenti nel mercato dei dati

La maggiore partecipazione negli ultimi anni delle autorità della concorrenza e delle autorità di regolamentazione coinvolte nella protezione dei dati ha come obiettivo evitare lo sfruttamento dei dati personali dei consumatori. Le norme sulla protezione dei dati e sulla privacy considerano la privacy come un diritto fondamentale: la privacy è formalmente protetta e non può essere scambiata, nel senso che i dati possono essere scambiati solo con il consenso dell'interessato. Non esiste una normativa finalizzata a stabilire un diritto di proprietà sui dati personali. Il GDPR sembra aver introdotto questa logica introducendo i principi della portabilità dei dati e del diritto all'oblio, ma ancora non c'è un riconoscimento effettivo del diritto di proprietà stesso.<sup>87</sup> Secondo questo approccio i dati possono essere posseduti dall'entità che li raccoglie senza che il diritto di proprietà sia pregiudicato, pertanto, le piattaforme sono state in grado di raccoglierci e sfruttarli. La presenza di un diritto di proprietà decreterebbe la possibilità di vendere i dati e di concederli in licenza a qualcuno a scopo di lucro. L'assenza di diritti di proprietà può dar luogo a un fallimento del mercato.<sup>88</sup> Lo sfruttamento dei dati personali, permesso principalmente proprio per la mancanza di attribuzione di un *property right*, crea valore per la piattaforma che raccoglie questi dati, incrementando il suo potere di mercato che potrebbe sfociare in un abuso.

Il diritto della concorrenza adotta di solito un approccio basato sul fallimento del mercato, approccio che ci permette di valutare i danni associati alla conseguenza, ovvero allo sfruttamento dei dati personali. L'obiettivo è l'eliminazione del fallimento del mercato attraverso la creazione di un mercato funzionante. Questo contesto, inoltre, è caratterizzato da asimmetrie informative tra l'azienda e l'utente. L'utente infatti potrebbe essere all'oscuro non solo del fatto che i propri dati sono stati raccolti, ma anche che potrebbero essere venduti a terzi a scopo di lucro. L'azienda in questo modo andrebbe ad abusare delle condizioni contrattuali di accesso al servizio: l'utente potrebbe aver acconsentito alla raccolta da parte dell'azienda, ma questo consenso potrebbe non essersi esteso all'uso di terzi. Un altro tema da tenere in considerazione è la presenza di coercizione economica che

---

<sup>87</sup> Victor, Jacob M. *The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy*. 123 (2) Yale Law Journal, 2013.

<sup>88</sup> Economides, Nick; Lianos, Ioannis. *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: a Competition Law Perspective*. Forthcoming Journal of Competition Law and Economics, 2019, 11.

potrebbe incentivare lo sfruttamento rendendolo più agevole. L'utente per poter usufruire del servizio non ha altra scelta se non quella di acconsentire alla raccolta e all'utilizzo dei suoi dati. Questa condizione è rafforzata dal cosiddetto "*lock-in effect*" per il quale i consumatori, pur volendo, non sono incentivati a cambiare il fornitore del servizio, in quanto solo quello, possedendo i loro dati, è in grado di proporre un'offerta che rispecchia nel migliore dei modi le loro preferenze.<sup>89</sup> La razionalità limitata e il fatto che gli individui non pesano tutte le conseguenze delle loro azioni fanno sì un utente possa acconsentire alla raccolta e all'utilizzo dei suoi dati, senza necessariamente rendersi conto dei costi che comporta la sua scelta. Questo è il concetto di "*zero-price effect*" per cui gli individui associano un maggior piacere nell'utilizzo di prodotti gratuiti, in quanto la sofferenza del pagamento viene eliminata.<sup>90</sup> Ammessa l'esistenza di una serie di fallimenti di mercato, possiamo identificare un problema più ampio rispetto alla questione della raccolta e dell'utilizzo non autorizzato dei dati personali: le piattaforme basate sulla pubblicità, come Google e Facebook, forniscono i propri servizi gratuitamente in cambio dell'acquisizione di informazioni private degli utenti. Queste piattaforme godono di una serie di vantaggi, tra cui il primo è quello derivante dal loro potere di mercato, in quanto risultano imprese dominanti in relazione ai motori di ricerca (Google) e alle piattaforme social (Facebook). A questo vantaggio si aggiunge il sovra menzionato *lock-in effect* e le asimmetrie informative delle politiche sulla privacy che fanno sì che gli utenti non siano consapevoli dell'entità del controllo che viene effettuata sugli utenti.

### **3.2 Verso un recupero dell'antitrust**

Le attuali norme sulla privacy, in quanto sono fondate sui diritti fondamentali dei consumatori, non si preoccupano della struttura del mercato delle piattaforme digitali. Il recupero dell'antitrust si può sostanziare se teniamo conto del fatto che la legislazione sulla protezione dei dati, non contemplando tutti i possibili danni a lungo termine, non risulta essere sufficiente per contrastare questo sfruttamento, mentre, le teorie del diritto della concorrenza sull'abuso e sull'esclusione possono fornire un buon complemento alla legislazione sulla protezione dei dati in tale contesto. Le piattaforme digitali, come Facebook e Google, sono sostanzialmente delle piattaforme pubblicitarie,

---

<sup>89</sup> Maggiolino, Mariateresa. *I Big Data e il diritto antitrust*. Milano, Egea, 2018, 271.

<sup>90</sup> Shampanier, Kristina; Mazar, Nina; Ariely, Dan. *Zero as a special price: The true value of free products*, 26 Marketing Science 742, 2007.

le quali raccolgono i dati personali dei loro utenti senza fare loro richiesta specifica. Tali piattaforme possono permettersi di attuare tale pratica in quanto impongono il prendere parte al processo di raccolta come requisito per accedere al servizio (il cosiddetto regime "opt-in")<sup>91</sup>. Concedendo l'accesso gratuito al servizio solo a seguito della raccolta dei dati, Facebook aumenta sempre di più il suo potere nel mercato dei dati e, pertanto, l'impostazione predefinita opt-in si aggiunge ai fallimenti che caratterizzano questo mercato, se così definibile. La soluzione potrebbe essere l'introduzione di un'impostazione *opt-out* secondo la quale gli utenti di cui vengono raccolti i dati ricevirebbero dalle aziende una compensazione monetaria.<sup>92</sup> Il problema che emerge da questo scenario è la definizione il valore di questi dati. Dal momento che tutti gli utenti forniscono i propri dati (anche chi non vorrebbe), in quanto questo processo è un requisito per l'accesso al servizio, Facebook è in grado di incrementare anche la sua quota di mercato. Inoltre, l'aumento del potere di mercato della piattaforma riguarda anche il mercato degli annunci pubblicitari nella misura in cui si usano i dati per vendere annunci mirati, andando così a soffocare la concorrenza. Il problema dal punto di vista della tutela del consumatore sta nel fatto che l'utente così non viene compensato adeguatamente, oltre a ciò, non sono considerate le diverse preferenze degli utenti, i quali potrebbero essere disposti a pagare il servizio di Facebook per evitare di fornire i loro dati personali. Gli utenti potrebbero cambiare il fornitore del servizio sulla base dell'attenzione o meno alla privacy che offre la piattaforma parametrata alle loro personali preferenze, ma questo spesso non avviene. La motivazione principale è relativa agli alti costi di commutazione che gli utenti dovrebbero sostenere per optare ad un'altra rete- ad esempio se tutti i contatti dell'utente fanno parte della piattaforma<sup>93</sup>- e anche per il fatto che gli individui sviluppano spesso una reticenza al cambiamento. C'è un effetto di fidelizzazione piuttosto forte, l'utente è bloccato emotivamente in un prodotto specifico e decide di non passare ad un altro fornitore anche se il servizio offerto non totalmente coerente con le loro preferenze.<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> Economides, Nick; Lianos, Ioannis. *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: a Competition Law Perspective*. Forthcoming Journal of Competition Law and Economics, 2019, 14

<sup>92</sup> Ibid.

<sup>93</sup> Pardolesi, Roberto; Osti, Cristoforo. *L'antitrust ai tempi di Facebook. Mercato, concorrenza, regole*, 2019, 195-215.

<sup>94</sup> Evans, David. *Some Empirical Aspects of Multi-sided Platform Industries*. 2 Review of Network Economics 191, 2003.

### 3.3 Mercato della privacy? Problemi e soluzioni

Quando parliamo di fallimenti del mercato, è implicita l'esistenza di un mercato della privacy che opera in modo inefficiente. Questo ragionamento perde di significato nel momento in cui si nega l'esistenza di un mercato effettivo.<sup>95</sup> Difatti, propriamente non esiste un ambito di contrattazione per i dati a prezzi noti al pubblico. I dati vengono raccolti dai motori di ricerca senza che all'utente sia corrisposto alcun compenso ad eccezione dell'uso gratuito dalla piattaforma, per il quale in ogni caso i costi marginali sono vicini allo zero. Gli utenti non possono inoltre determinare quale sia il valore dei loro dati per la piattaforma digitale in quanto non hanno accesso alle informazioni sulle transazioni che compie con gli inserzionisti. Allo stesso tempo, la raccolta e l'utilizzo dei dati personali degli utenti, può fornire loro alcuni vantaggi come una pubblicità mirata (che può essere positiva nel caso in cui si aderisca alla visione informativa della pubblicità) o un servizio più personalizzato. Anche l'informazione sul prezzo che gli inserzionisti pagano a Google o Facebook potrebbe essere sterile, in quanto queste transazioni non riguardano semplicemente i dati personali degli utenti, ma le deduzioni fatte sulla base di essi.<sup>96</sup> Per giustificare l'utilizzo dell'antitrust- quindi di tutto quel complesso di norme che regolamentano e limitano la concentrazione del potere economico per salvaguardare la libera concorrenza delle imprese nel *mercato*- è necessario andare ad individuare un *mercato* sulla base del quale è possibile costruire le teorie a favore di questa intrusione della disciplina nell'ambito della tutela della privacy.<sup>97</sup> Con mercato mancante si fa riferimento al fatto che l'interazione tra la piattaforma e l'utente non soggetta ad accordi di mercato e che quindi non c'è una pretesa normativa.<sup>98</sup> Se pensiamo alla privacy come un diritto assoluto della personalità, quale controllo di un flusso di informazioni inerenti ad una persona, sembra che l'economia digitale sia caratterizzata da mercati mancanti, in quanto manca un diritto di proprietà sui dati personali. I regimi giuridici possono scegliere di proteggere i diritti concedendo diritti di proprietà, attraverso una norma e una regolamentazione della responsabilità, o una combinazione delle due cose. Se la situazione è

---

<sup>95</sup> Economides, Nick; Lianos, Ioannis. *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: a Competition Law Perspective*. Forthcoming Journal of Competition Law and Economics, 2019, 29.

<sup>96</sup> Ibid.

<sup>97</sup> Ibid.

<sup>98</sup> Hodgson, Geoffrey M.. *How mythical markets mislead analysis: an institutionalist critique of market universalism*. Socio-Economic Review, 2019, p. 1-22.

soggetta a norme di responsabilità, la violazione del diritto specifico alla privacy senza accordo, dovrebbe portare al risarcimento dei danni subiti dalla vittima. I diritti di proprietà conferiscono al loro titolare il diritto di vietare legalmente, con provvedimento ingiuntivo, chiunque violi il suo diritto senza il suo consenso. L'idea è che la violazione di un diritto di proprietà sia severamente punita con un provvedimento costoso, scoraggia la violazione, risolvendo il problema ex ante. Una regola di responsabilità attuerebbe una soluzione attraverso il risarcimento del danno già fatto. Se una regola di proprietà sarà sempre più favorevole verso il danneggiato (la persona il cui diritto viene violato), una regola di responsabilità sarà invece sempre più favorevole verso l'autore del danno. Inoltre, i diritti di proprietà facilitano anche la contrattazione, pertanto, la mancanza di diritti di proprietà, e quindi la questione dei mercati mancanti, potrebbe non consentire alle parti di negoziare una transazione pareto-efficiente.<sup>99</sup> Ci potrebbero essere anche dei costi sociali importanti se ad esempio alcuni sono indotti a rinunciare al proprio diritto per ottenere un servizio gratuito e proprio per questo si potrebbe proporre di rendere i dati personali inalienabili attraverso un divieto di tali transazioni. È stata proprio la mancanza di un adeguato regime di diritti di proprietà sui dati personali che ha permesso a queste piattaforme di raccogliere importanti informazioni sui consumatori, attraverso lo sfruttamento del loro potere contrattuale e senza una minima tutela degli interessi degli individui, in quanto non legalmente riconosciuti. La definizione del diritto di proprietà sui dati permetterebbe non solo un controllo fisico, ma anche il diritto a ricevere da esso un reddito. Risolto il problema della definizione del mercato è necessario andare ad individuare il regime di raccolta dei dati da parte delle piattaforme più efficienti. Se ci troviamo in una situazione di concorrenza e viene imposto un regime *opt-out*, la piattaforma, come ad esempio Facebook, che vuole raccogliere informazioni sugli utenti, sarebbe costretta ad offrire il giusto compenso in cambio, in quanto il mercato sarebbe composto da molti operatori competitivi che vogliono affermarsi. Ma se la piattaforma fosse un monopsonista, la situazione dell'utente non sarebbe migliore di quella nel regime *opt-in*<sup>100</sup>: Facebook in quanto unico acquirente dei dati fissa la quantità che vuole, imponendo il prezzo che va a massimizzare il suo profitto e allo stesso tempo a ridurre quello degli utenti. Così il problema delle condizioni di contratto sbilanciate persiste. L'imposizione di una modalità di raccolta diversa non è sufficiente per far fronte al problema della riduzione del bene dei consumatori, ma è necessario che sia assicurato un certo grado di la concorrenza nel mercato della vendita di dati personali. Il passaggio ad un regime di

---

<sup>99</sup> Economides, Nick; Lianos, Ioannis. *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: a Competition Law Perspective*. Forthcoming Journal of Competition Law and Economics, 2019, 30.

<sup>100</sup> Ibid.

raccolta diverso può concretizzarsi solo attraverso la regolamentazione, in quanto Facebook non ha alcun incentivo a fare questo cambiamento da solo. Questo è quello che ha fatto l'UE con la messa appunto del GDPR. L'intervento è chiamato a definire il regime l'"opt-out" come opzione predefinita, in forza della quale gli utenti devono essere compensati per l'opting-in. In questo modo si crea un mercato tra l'utente e Facebook, dove l'utente vende, in cambio di un corrispettivo, i suoi dati alla piattaforma digitale. Il compenso per la raccolta dati potrebbe variare se l'utente acconsente o solo alla raccolta e all'utilizzo dei propri dati da parte dell'azienda con cui interagisce per uno scopo specifico (campagne di marketing o politiche) o se lo scopo è la vendita dei dati a terzi. In questo modo, nonostante il cambio di impostazione, il social network, per la sua posizione dominante sul mercato, può comunque imporre l'obbligo di fornire informazioni, anche con il "consenso" degli utenti.

Un'altra possibile soluzione potrebbe essere raggiunta prendendo in considerazione tutte le tipologie di preferenze degli utenti, sulla base delle quali Facebook potrebbe richiedere un pagamento per usufruire del servizio senza che vengano raccolti i propri dati, in modo tale da non recare un danno all'utente che valuta molto i propri dati e che decide di esercitare il proprio diritto alla privacy. La difficoltà riguarda anche in questa fattispecie la posizione dominante, in forza della quale Facebook può permettersi di far pagare agli utenti un sovrapprezzo eccessivo o non pagare loro il prezzo competitivo per aderire al social network o per acquistare i loro dati. Il mercato mancante che fa sì che gli utenti non possano valutare esattamente i costi e i benefici della transazione.<sup>101</sup> Solo nel momento in cui ammettiamo l'esistenza di un mercato possiamo ammettere che la posizione dominante di Facebook porta ad un'inefficienza, in quanto la piattaforma, avendo raccolto ed elaborato molte informazioni specifiche dell'utente, può applicare strategie di discriminazione dei prezzi. In questo senso è richiamato l'intervento antitrust, in particolar modo per far adottare norme finalizzate a creare un'interazione di mercato tra gli utenti e la piattaforma, cosicché gli utenti sappiano quali dati sono raccolti e in che modo sono utilizzati e a garantire il consenso.

### **3.4 Il problema del prezzo**

La prospettiva adottata dall'UE con il GDPR non implica un'influenza sui prezzi, ma la determinazione del prezzo dei dati dovrebbe evitare che la piattaforma digitale dominante sfrutti la sua posizione contrattuale per chiedere un prezzo elevato (prezzo di monopsonio) per la raccolta

---

<sup>101</sup> Ibid.

dati.<sup>102</sup> Per garantire il corretto pagamento degli utenti, è necessario determinare il valore monetario competitivo sia dei dati sia del servizio offerto. Le piattaforme, pagando per i dati, porterebbero così alla nascita di un mercato del “consenso” per i dati concorrenziali e, per di più, gli utenti sarebbero in grado di decidere a chi trasferire i loro dati in base a chi offre loro sia un rendimento più elevato sia condizioni migliori in termini valore per la privacy. Con una licenza esclusiva si crea un monopsonio senza risolvere il problema dell’assenza di concorrenza. Pertanto, è necessario stabilire un meccanismo tale che l’utente possa essere a conoscenza di tutti i prezzi che le piattaforme sono disponibili a pagare, ad esempio attraverso un intermediario. Il problema più grande risulta essere la quantificazione del valore dei dati personali ovvero quanto un utente deve essere pagato o quando deve pagare. Più una piattaforma è grande, più un utente sarebbe disposto a pagare per usufruire del servizio senza che ci sia una violazione della propria privacy in quanto l’ampiezza della rete è collegata alla maggiore possibilità di interazione. Dall’altra parte una piattaforma di piccole dimensioni è disposta a pagare di più un utente che ha una notevole influenza su un numero maggiore di amici in quanto rappresenterebbe una risorsa importante per aumentare le dimensioni.<sup>103</sup> Dunque, se consideriamo una rete dominante come Facebook è ovvio che questa, grazie al suo potere di mercato, sarà in grado di pagare meno gli utenti e di richiedere ad essi una remunerazione più elevata. Dal momento che non è possibile far riferimento ad un mercato di concorrenza perfetta, è altrettanto impraticabile la strada della determinazione del valore equo e reale dei dati. Questo non è possibile nel caso specifico, poiché non esiste un mercato perfettamente concorrenziale e non può essercene uno a causa degli effetti della rete. Una piattaforma come Facebook, trovandosi ad essere l’unico acquirente, potrebbe esercitare il suo potere d’acquisto portando a una pressione al ribasso dei prezzi nel mercato dei dati personali per gli utenti riducendo così il loro surplus. Ci dovrebbe essere una garanzia per utenti che i prezzi non vengano fissati in modo eccessivamente basso. I prezzi troppo bassi possono essere considerati prezzi sleali e violerebbero le disposizioni in materia di abuso di posizione dominante, in quanto si creerebbe una situazione in cui un’impresa, che si trova in posizione dominante acquista i fattori della produzione a prezzi ingiustamente bassi. È necessario trovare una modalità che permetta agli utenti di ottenere una contrattazione equa con la piattaforma. Per far alzare il prezzo potrebbe essere imposta una limitazione degli input da un’autorità: in questo caso l’intervento antitrust è coerentemente giustificato.<sup>104</sup> Tutto questo, come già detto, ovvero l’identificazione dell’esistenza di un vero e proprio mercato dei dati personali, mantiene sempre come

---

<sup>102</sup> Ivi, 39

<sup>103</sup> Ibid.

<sup>104</sup> Ivi, 49

presupposto il riconoscimento dei dati personali come un bene immateriale in forza del quale è possibile esercitare un diritto di proprietà e realizzare intorno ad essi un mercato.

## Conclusioni

Nei mercati digitali le piattaforme come Facebook o Google si sono sviluppate seguendo un modello di business basato sulla raccolta e l'utilizzo di dati personali con l'obiettivo di ottenere un ricavo basato sulla pubblicità. In questo contesto la prima preoccupazione affiorata è stata la tutela della privacy degli utenti: gli utenti devono essere consapevoli che tali piattaforme sono in grado di tracciare (e anche manipolare) la loro condotta digitale per poi vendere queste informazioni raccolte agli inserzionisti in grado di realizzare delle pubblicità mirate.

Le preoccupazioni non sono però solo rivolte al contesto privacy, ma anche al contesto mercato-concorrenza. Tali piattaforme potrebbero utilizzare tali dati per diventare più efficienti migliorando la propria offerta, ma allo stesso tempo potrebbero ottenere un forte vantaggio competitivo tale da solidificare la loro posizione dominante nel mercato e alterare la concorrenza impedendo l'ingresso ad altri concorrenti. Queste sono le tematiche al centro del caso tedesco di Facebook. La decisione del Bundeskartellamt si basa sul presupposto che l'accesso dati personali è un fattore essenziale per assicurare la concorrenza sul mercato e, dal momento che Facebook ha un accesso superiore ad essi, si teme che la piattaforma possa utilizzare questo vantaggio per ottimizzare la sua offerta e legare più utenti alla sua rete, danneggiando sicuramente gli altri fornitori di social network.

L'autorità tedesca ha definito un abuso per l'impostazione di condizioni contrattuali non eque in quanto Facebook subordina l'utilizzo della piattaforma all'accettazione di condizioni che prevedono l'elaborazione di dati raccolti non solo tramite la piattaforma social stessa, ma anche usando terzi canali. I dati personali sono definiti come la "currency" di internet, quindi un nuovo strumento di scambio dotato di un valore. L'interessato però, a causa della struttura del mercato trova dei limiti all'esercizio del controllo e della gestione di essi, limiti che però sono creati anche da come il diritto li tratta, facendo sì che gli operatori si trovino ad operare in delle "legal grey zone"<sup>105</sup>, in quanto né nell'ordinamento statunitense né in quello europeo non è previsto un regime proprietario dei dati personali. La grande domanda è quanto valgono i nostri dati personali e quindi se il servizio offerto da queste piattaforme risulta essere di valore superiore.

Il presente elaborato vuole dimostrare l'importanza di questo caso in quanto rappresenta una manifestazione del fatto che ad oggi si cerca di implementare un ruolo attivo dell'antitrust nella neutralizzazione dei rischi connessi alla raccolta da parte dei big data, così da immaginare una fusione tra la disciplina volta alla tutela della privacy e la disciplina finalizzata alla tutela della concorrenza

---

<sup>105</sup> Spiekermann, Sarah; Acquisti, Alessandro; Böhme, Rainer; Hui, Kai-Lung. *The challenges of personal data markets and privacy*. 25 *Electronic Markets*, 2015, 162-167.

e del benessere del consumatore. Tuttavia, è necessario tenere presente che l'antitrust deve, attraverso un'analisi economica, individuare il danno concorrenziale e che i suoi obiettivi sono lungi da quello che è l'ambito della tutela della privacy. L'analisi, infatti, è successivamente incentrata su quello che è il nesso tra privacy e antitrust e i dibattiti creati attorno a questa tematica. Ci sono teorie inclusive della privacy nella disciplina antitrust, che fanno forza sulle teorie del danno, e teorie che ritengono insensata la commistione tra le due discipline smentendo le teorie opposte. Una soluzione a questo dilemma, così come affermato da Nick Economides, sta nell'individuazione di un mercato dei dati personali in cui è possibile riconoscere un diritto di proprietà sui i dati personali tale da permettere, oltre che il loro controllo e la gestione, un compenso in caso di cessione. I dati del singolo sono di per sé insignificanti, la loro valorizzazione si può constatare solo se individuiamo e creiamo un mercato attraverso un meccanismo di aggregazione.

## Bibliografia

- Warren, Samuel; Brandeis, Louis. *The Right to Privacy*. Harvard Law Review, 1890.
- Direttiva 95/46 EC / GDPR
- Bundeskartellamt, 2 March 2016
- Pardolesi, Roberto; Palmieri, Alessandro. *Abuso di posizione dominante e condizioni generali di contratto: un 'revival innovativo'*. Il Foro Italiano, 2018, 144-156.
- Pardolesi, Roberto; Osti, Cristoforo. *L'antitrust ai tempi di Facebook. Mercato, concorrenza, regole*, 2019, 195-215.
- Philipp, Fabbio. *Il diritto della concorrenza in Germania: osservazioni e valutazioni in prospettiva europea*. Giurisprudenza Commerciale, 2019.
- Economides, Nick; Lianos, Ioannis. *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: a Competition Law Perspective*. Forthcoming Journal of Competition Law and Economics, 2019.
- UE General Data Protection Regulation
- Bundeskartellamt, Facebook decision. 2019
- Oberlandesgericht Düsseldorf 26 agosto 2019, VI-Kart 1/19 (V)
- Bundeskartellamt. Background information on the Facebook procedure of the Bundeskartellamt of 19 December 2017 and of 7 February 2019.
- Federal Ministry for Economic Affairs and Energy. *White Paper on Digital Platforms of the Economic Affairs Ministry*. 20 marzo 2017
- Massolo, Alessandro. *Bundeskartellamt vs Facebook: Time to refresh 'gdpr's wall'?*. Italian antitrust review. Vol 5, No 1, 2018.
- Orla Lynskey; Francisco Alves Da Costa Cabral. *Family Ties: The Intersection Between Data Protection and Competition in EU Law*. Wolters Kluwer, 2018.
- Regulation (EU) 2016/679
- Guidelines on Consent under Regulation 2016/679*. WP259 rev.01. Adopted on 28 November 2017 as last Revised and Adopted on 10 April 2018.
- Pizzetti, Franco. *Intelligenza Artificiale, Protezione dei Dati Personali e Regolazione*. G. Giappichelli, 2018.
- Colangelo, Giuseppe; Maggiolino, Mariateresa. *Data Accumulation and the Privacy- Antitrust Interface: Insights from the Facebook case for the EU and the U.S.* Stanford Law School and the University of Vienna School of Law TTLF Working Paper No. 31/2018.
- Evans, David. *The Antitrust Economics of Free*. Competition Policy International, 2011.
- Newman, John M. *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*. 164 U. Pa. L. Rev. 149, 2015.

Gal, Michal; Rubinfeld Daniel L. *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*. Antitrust LJ 521, 2016.

Federal Trade Commission. *Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change: Recommendations for Businesses and Policymakers*. 2012.

Calzolari, Giacomo; Pavan, Alessandro. *On the optimality of privacy in sequential contracting*. Journal of Economic Theory 130, 2006.

Varian, Hal R. *Economic Aspects of Personal Privacy*. Privacy And Self-Regulation In The Information Age, Us Department Of Commerce, Washington DC, 1997.

Noam, Eli. *Privacy And Self-Regulation: Markets For Electronic Privacy*. Privacy And Self-Regulation In The Information Age, Us Department Of Commerce, Washington DC, 1997

Hirshleifer, Jack. *Privacy: Its Origin, Function, and Future*. The Journal of Legal Studies 9, no. 4, 1980.

Hermalin, Benjamin; Katz, Michael. *Privacy, property rights and efficiency: The economics of privacy as secrecy*. Quantitative Marketing and Economics (QME), 2006, vol. 4, issue 3, 209-239.

Taylor, CR. *Consumer privacy and the Market for Consumer Information*. Rand Journal of Economics 35 (4), 2003.

Acquisti, A; Varian, H.R. *Conditioning prices on purchase history*. Marketing science 24 (3), 2005.

Norberg, Patricia A; Horne, Daniel R; Horne, David A. *The privacy paradox: Personal information disclosure intentions versus behaviours*. The Journal of Consumer Affairs, 2007

Auer, Dirk; Petit, Nicolas, *Two-Sided Markets and the Challenge of Turning Economic Theory into Antitrust Policy*. The Antitrust Bulletin, 2015.

Elvy, Stacy Ann . *Paying For Privacy And The Personal Data Economy*. Columbia Law Review Vol.117 NO.6, 2017.

Federal Communications Commission. *In the Matter of Protecting the Privacy of Customers of Broadband and Other Telecommunications Services*. 2016

*Behavioral Advertising: Tracking, Targeting, and Technology: Town Hall Before the FTC*. Testimony of Peter Swire, Professor, Moritz College of Law of the Ohio State University. 2017

Manne Geoffrey. *The Law and Economics of Data and Privacy in Antitrust Analysis*. SSRN Electronic Journal, 2014.

Newman, Nathan. *The Costs of Lost Privacy: Consumer Harm and Rising Economic Inequality in the Age of Google*. William Mitchell Law Review, Volume 40, Issue 2, 2014.

James C. Cooper, *Privacy and Antitrust: Underpants Gnomes, The First Amendment, and Subjectivity* 20 GEO. MASON L. REV. 1129 (2013);

Swire, Peter. *Protecting Consumers: Privacy Matters in Antitrust Analysis*. Center for American Progress (2007)

NCAA v. Board of Regents, 468 U.S. 85 (1984)Kumaraguru, Ponnurangam; Cranor, Lorrie Faith. *Privacy indexes: a survey of Westin's studies*. Carnegie Mellon University. 2018

Giannaccari, Andrea. *Facebook, tra privacy e antitrust: una storia (non solamente) americana*. Il Mulino, 2019.

Colangelo Giuseppe e Maggiolino Mariateresa. *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition?*. Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 8, No. 6, 2017, p.363-369.

Harbour, Pamela Jones; Koslov, Tara Isa. *Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets*. Antitrust LJ Vol. 76, 2010.

Harbour, Pamela Jones. *Dissenting statement. In the matter of Google/DoubleClick*. F.T.C. File No. 071-0170, 2007

Stucke, Maurice E; Ezrachi, Ariel. *When Competition Fails to Optimise Quality: A Look at Search Engines*. Yale Journal of Law and Technology Vol. 18, 2017, p.70-107.

Grunes, Allen P; Stucke, Maurice E. *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*. Antitrust Source Vol.14 No.4, 2015, p.256-268.

Grunes, Allen P. *Another Look at Privacy*. 20 Geo. Mason L. Rev. 1107, 2013.

Pasquale, Frank. *Privacy, Antitrust, and Power*. 20 Geo. Mason L. Rev. 1009, 2013.

Autorité de la concurrence; Bundeskartellamt. *Competition Law and Data*. 2016.

Bundeskartellamt, Facebook, Press Release, 2 March 2016

Sokol, D. Daniel; Comerford, Rosin E. *Antitrust and Regulating Big Data*. 23 Geo Mason L Rev 1129, 2016, p.1129-1161.

Ohlhausen, Maureen K; Okuliar, Alexander P. *Competition, Consumer Protection, and the Right (Approach) to Privacy*. Antitrust Law Journal, 2015, p.121-156.

Preibusch, Sören; Kuebler, Dorothea; Beresford, Alastair. *Price versus privacy: an experiment into the competitive advantage of collecting less personal information*. 13 Electronic Commerce Research, 2013, p.423-455.

Tsai, Janice Y; Egelman, Serge; Cranor, Lorries; Acquisti, Alessandro. *The Effect of Online Privacy Information on Purchasing Behavior: An Experimental Study*. 22 Information Systems Research, 2011.

Ezrachi, Ariel; Stucke, Maurice E. *The Curious Case of Competition and Quality*. 3 Journal of Antitrust Enforcement, 2015, p.227-257.

Victor, Jacob M. *The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy*. 123 (2) Yale Law Journal, 2013.

Maggiolino, Mariateresa. *I Big Data e il diritto antitrust*. Milano, Egea, 2018

Shampanier, Kristina; Mazar, Nina; Ariely, Dan. *Zero as a special price: The true value of free products*, 26 Marketing Science 742, 2007.

Evans, David. *Some Empirical Aspects of Multi-sided Platform Industries*. 2 Review of Network Economics 191, 2003.

Hodgson, Geoffrey M.. *How mythical markets mislead analysis: an institutionalist critique of market universalism*. Socio-Economic Review, 2019

Spiekermann, Sarah; Acquisti, Alessandro; Böhme, Rainer; Hui, Kai-Lung. *The challenges of personal data markets and privacy*. 25 Electronic Markets, 2015, 162-167.

## **Ringraziamenti**

Dedico questo spazio del mio elaborato a tutte le persone che mi hanno sostenuto nel mio percorso di crescita personale e professionale credendo sempre in me.

In primis, vorrei ringraziare il Professor Roberto Pardolesi, relatore di questa tesi, per avermi guidato in questo lavoro con i suoi indispensabili consigli e per la conoscenza trasmessa.

Un ringraziamento speciale va alla mia famiglia, sempre fiera delle mie scelte.

Ai miei genitori e ai miei nonni, per i quali la mia formazione è la cosa più importante.

A mia sorella Chiara, sempre al mio fianco.

Una dedica speciale a tutti i miei amici e colleghi, in particolare a Annachiara, Beatrice, Federica, Federica, Francesca e Virginia, che hanno condiviso con me tutti i sacrifici e successi, rendendo questo traguardo ancora più speciale.

Infine, dedico questa tesi a me stessa, alla mia ambizione e alla mia perseveranza, che mi hanno permesso perseguire al meglio i miei obiettivi rendendo trascurabile qualsiasi ostacolo.

Grazie infinite a tutti voi.

*Caterina de Bari*