

# LUISS



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

*Cattedra di Diritto della concorrenza e dell'innovazione*

## L'ECOSISTEMA DEL DIGITAL ADVERTISING TRA QUESTIONI ANTITRUST E PROBLEMI DI PRIVACY

Chiar.mo Prof. Gustavo Olivieri

---

RELATORE

Chiar.mo Prof. Paolo Tullio

---

CORRELATORE

Elena Turicchi (Matr. 151393)

---

CANDIDATA

ANNO ACCADEMICO 2022/2023

*«Proprio perché i problemi più acuti nascono dalla disponibilità di un arsenale tecnologico sempre più imponente, qui come altrove bisogna chiedersi se tutto quello che è tecnicamente possibile sia pure eticamente lecito, politicamente e socialmente accettabile, giuridicamente ammissibile».*

Stefano Rodotà

## INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	pag. 5
-------------------	--------

### CAPITOLO I

#### I MERCATI DEL DIGITAL ADVERTISING

1. Lineamenti evolutivi del fenomeno pubblicitario.....	pag. 9
1.1 La disciplina della pubblicità: dalla carenza normativa agli interventi comunitari.....	pag.13
1.2 L'attuale sistema delle fonti italiane.....	pag.17
2. Internet come nuovo veicolo pubblicitario: l'avvento del <i>digital advertising</i>	pag.24
2.1 Le caratteristiche peculiari della pubblicità online.....	pag.27
3. La filiera del <i>digital advertising</i> .....	pag.31
3.1 <i>Search engine advertising (SEA)</i> .....	pag.35
3.2 <i>No-search advertising</i> .....	pag.38
3.3 <i>Display advertising</i> .....	pag.38
3.3.1 (segue) <i>Programmatic advertising e Real time bidding (RTB)</i> ....	pag.41
3.4 Gli altri mercati del <i>no-search advertising</i> .....	pag.45

### CAPITOLO II

#### I BIG DATA NEL DIGITAL ADVERTISING: TRA PRIVACY E CONCORRENZA

1. La rilevanza dei Big data nel <i>digital advertising</i> .....	pag.47
1.1 Le modalità di raccolta dei dati.....	pag.54
1.2 La fase di elaborazione dei <i>Big data</i> .....	pag.58
1.3 L'interpretazione e l'utilizzo dei <i>Big data</i> .....	pag.61
2. I <i>Big data</i> e la concorrenza: quale relazione?.....	pag.63
2.1 I dati come barriere all'entrata.....	pag.67
2.2 La definizione del mercato rilevante nell'era dei <i>Big Data</i> .....	pag.74
2.3 Il nuovo potere di mercato.....	pag.80
3. I possibili scenari di intervento antitrust.....	pag.82
3.1 Abusi di posizione dominante e pratiche collusive.....	pag.83

3.2 Le operazioni di concentrazione e le “ <i>killer acquisition</i> ” .....	pag.88
4. La pubblicità <i>targettizzata</i> nel rispetto della privacy.....	pag.93

### CAPITOLO III

#### L’APPROCCIO INTEGRATO TRA PRIVACY E ANTITRUST E GLI EFFETTI NEL SETTORE DEL DIGITAL ADVERTISING

1. Il legame fra privacy ed <i>enforcement</i> antitrust: una questione aperta.....	pag.99
2. La privacy nel controllo delle concentrazioni: pronunce della Commissione Europea a confronto.....	pag.105
3. La decisione del <i>Bundeskartellamt</i> sul caso Facebook e il dibattito tra le corti tedesche.....	pag.112
4. Il diverso approccio dell’AGCM e il caso A542: Google nel mercato del <i>display advertising</i> .....	pag.120
5. Il Digital Market Act (DMA).....	pag.126
5.1 ( <i>segue</i> ) I nuovi obblighi per i “ <i>gatekeeper</i> ” tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali.....	pag.130
5.2 Gli obblighi di trasparenza nella fornitura dei servizi pubblicitari online.....	pag.135
6. La privacy come “scudo” per condotte potenzialmente anticoncorrenziali...	pag.137
6.1 Il caso ATT/APPLE (A561).....	pag.139
6.1.1 ( <i>segue</i> ) I mercati rilevanti e la posizione dominante di Apple....	pag.141
6.1.2 ( <i>segue</i> ) L’abusività della condotta.....	pag.144
6.2 La saga del caso Enel (A511).....	pag.148
7. Le criticità dell’approccio integrato.....	pag.154
8. La sentenza della CGUE sul caso Meta.....	pag. 156
<b>RIFLESSIONI CONCLUSIVE</b> .....	pag.161
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	pag.164
<b>SITOGRAFIA</b> .....	pag.177

## INTRODUZIONE

Il 27 ottobre 1994, nella versione digitale del mensile *HotWired*, compare il primo banner della storia, un rettangolo di 468x60 pixel che segna ufficialmente la nascita del *digital advertising*.

Con lo sviluppo di Internet e dei nuovi *media* il mercato della pubblicità subisce un cambiamento radicale. Nel giro di pochi anni diverse tipologie di comunicazione pubblicitaria fanno la loro apparizione sugli schermi degli utenti: da quelle più note come i *pop-up* e le *newsletters*, a quelle più complesse come il *retargeting* e il *social media advertising*.

Il digitale diventa così il più grande canale pubblicitario nello Spazio economico europeo (SEE)<sup>1</sup>, essendo una vetrina a basso costo e ad elevata visibilità, che permette agli annunci pubblicitari una diffusione transfrontaliera<sup>2</sup>.

Il settore della pubblicità online, oltre ad essere in forte espansione, risulta complesso e variegato. Assolve un ruolo strategico nell'economia digitale e per il funzionamento dei modelli di *business* delle attuali grandi piattaforme digitali (le cd. *Big Tech*)<sup>3</sup>. Come sarà meglio illustrato nel proseguo dell'elaborato, la fonte principale di reddito di quest'ultime deriva proprio dalle inserzioni pubblicitarie. Le *Big tech* hanno come obiettivo comune quello di catalizzare l'attenzione degli utenti: più questi sono attratti dai servizi offerti, più a lungo resteranno sulla piattaforma che sarà così in grado di raccogliere una maggiore quantità di dati degli utenti stessi (relativi ad esempio ai gusti, alle abitudini, agli interessi, alle capacità di spesa o agli orientamenti di consumo). Il bottino di informazioni così acquisito è funzionale sia per personalizzare e raffinare i servizi offerti, sia per ottenere ricavi nel settore del *digital advertising* fornendo agli inserzionisti spazi più idonei a veicolare annunci ritagliati sul profilo dell'utente *target* (il cd. *behavioural targeting*)<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, Direzione generale delle Reti di comunicazione, dei contenuti e delle tecnologie, C. ARMITAGE, N. BOTTON, L. DEJEU-CASTANG *et al.*, *Study on the impact of recent developments in digital advertising on privacy, publishers and advertisers: final report*, 2023, p. 14; disponibile al link: <https://data.europa.eu/doi/10.2759/294673>.

<sup>2</sup> Cfr. E. APA, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, Jovene, Napoli, 2011, p. 26.

<sup>3</sup> Cfr. AGCOM, *Relazione annuale al Parlamento 2020 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro*, 6 luglio 2020, pp. 131 ss.

<sup>4</sup> Cfr. G. COLANGELO, *Big Data, piattaforme digitali e antitrust*, Mercato Concorrenza Regole, Fascicolo 3/2016, p. 427.

Tale approccio rientra nello schema della cd. “*commercializzazione o monetizzazione dei dati personali*”<sup>5</sup> per cui le piattaforme digitali, da un lato offrono agli utenti un servizio “gratuito” al fine di catturare la loro attenzione, dall’altro quest’ultimi restituiscono un flusso costante di dati tramite le interazioni con la piattaforma stessa, che saranno poi reinvestiti nel settore del *digital advertising*.

In sostanza, la pubblicità online si basa proprio sulla raccolta di dati personali, sul tracciamento e sulla profilazione degli utenti su larga scala. Come evidenziato nell’indagine conoscitiva sui *Big data* realizzata di concerto dall’AGCM, dall’AGCOM e dall’Autorità Garante per la protezione dei dati personali (GDPR), la nota distintiva del *digital advertising* risiede nella capacità di sfruttare tutte le informazioni raccolte sugli utenti così da permettere agli editori e agli inserzionisti di occupare spazi pubblicitari idonei a raggiungere specifici target di utenti, indirizzando loro messaggi mirati con elevati livelli di personalizzazione<sup>6</sup>.

Emerge come nel settore della pubblicità online i *Big data* abbiano una valenza cruciale. A fronte degli innegabili vantaggi derivanti dall’utilizzo degli stessi, il rovescio della medaglia sono le criticità che si manifestano in una duplice prospettiva: sia in materia di privacy e protezione dei dati dei consumatori, nonché sul fronte della concorrenza.

Infatti, da un lato i consumatori digitali non hanno un controllo adeguato sulla raccolta e l’utilizzo dei loro dati personali ai fini della pubblicità cd. *targettizzata*; dall’altro lato la disponibilità di ingenti quantità di dati, unitamente alla capacità di elaborarli, consente alle grandi piattaforme di avere una posizione di assoluto vantaggio competitivo nei mercati della pubblicità online<sup>7</sup>. Lo sfruttamento dei dati può quindi provocare profondi squilibri concorrenziali, realizzando barriere all’ingresso che danno origine a mercati caratterizzati da elevati livelli di concentrazione e alla presenza di operatori che occupano posizioni di dominio.

Tali problematiche hanno portato a mostrare un maggior interesse nel grado in cui le strategie di accumulo dati possano sia minare la privacy degli utenti, sia cristallizzare il potere di mercato delle *Big tech*. Su queste basi, è stata avanzata l’idea che le

---

<sup>5</sup> Sull’ampia letteratura sul tema si vedano S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali; tra tutela dell’interessato e tutela dell’utente*, in *Media Laws*, Rivista di diritto dei media, 2019, pp. 131ss e V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali, Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO e V. RICCIUTI (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 29ss.; Id., *Circolazione e scambio dei dati personali. Il problema della regolazione del nuovo fenomeno patrimoniale*, in *Rivista di diritto dell’impresa*, 2, 2021, p. 261 e ss.; G. MALGIERI e B. CUSTERS, *Pricing privacy: the right to know the value of your personal data*, in *Computer Law & Security Review*, 2017.

<sup>6</sup> Cfr. AGCM, AGCOM, GPDP, IC53 *Indagine conoscitiva sui Big data*, 10 febbraio 2020, p. 71.

<sup>7</sup> *Ivi*, p. 32.

caratteristiche dei mercati digitali e l'emergere di grandi piattaforme, i cui modelli di *business* si basano sulla monetizzazione dell'attenzione degli utenti tramite la vendita di pubblicità di mirata, richiedano un approccio sinergico e complementare tra la disciplina a tutela dei dati personali e quella della concorrenza. Negli ultimi anni, infatti, si assiste ad una crescente richiesta di un intervento antitrust diretto a mitigare i rischi legati alla raccolta ed all'utilizzo dei dati (specie quelli personali), di modo che eventuali violazioni della privacy siano analizzate anche in un'ottica e con gli strumenti dell'antitrust.

Alla luce di tali considerazioni, il presente elaborato mira a verificare la fattibilità concreta di tale approccio integrato tanto richiesto e gli effetti che ha generato nel settore della pubblicità online. A tal fine, il lavoro è articolato come segue.

Segnatamente, il primo capitolo ha cura di esaminare l'evoluzione del mercato dell'*advertising*, partendo da alcune considerazioni sulla pubblicità nel senso tradizionale fino ad arrivare all'analisi della filiera di cui si compone, allo stato attuale, il *digital advertising*. Il minimo comune denominatore tra i diversi mercati individuati risiede nell'utilizzo e nel ruolo cruciale rivestito dai c.d. *Big Data*.

Il secondo capitolo, quindi, si propone di cogliere la natura e l'essenza di questa nuova risorsa economica in grado di decretare il successo delle società che operano in quella che è stata definita "era digitale". Si avrà modo di effettuare un'analisi sulle modalità di raccolta dei dati, sulle modalità di identificazione degli utenti, sulla tipologia di dati raccolti e sul valore economico che ne deriva. Tale descrizione è propedeutica all'analisi dell'impatto che lo sfruttamento di tale bagaglio informativo produce trasversalmente sulla privacy degli utenti e sulle dinamiche concorrenziali. Verranno quindi messe in luce le criticità che l'impiego dei *Big Data* comporta e si osserverà che la disciplina antitrust e quella a tutela dei dati personali isolatamente considerate non risultano sempre adeguate a fronteggiare e disciplinare tale nuovo fenomeno. Di conseguenza, si è diffusa l'idea che una sinergia fra queste due aree del diritto è auspicabile: "*privacy e antitrust si aiuterebbero a vicenda contro i rispettivi talloni d'Achille*"<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Così, G. COLANGELO, *The Privacy-Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition*, International centre for Law and Economics, ICLE White Paper 2023, p.5: "[...] *privacy and antitrust would each help to cover the other's purported Achilles heel*". Nello stesso senso si veda anche C. CAFFARRA e J. RYAN, *Why Privacy Experts Need a Place at the Antitrust Table*, PROMARKET, 28 giugno 2021 che sostengono: "*there is a market power crisis and a privacy crisis, and they compound each other.*" Disponibile al link: <https://www.promarket.org/2021/07/28/privacy-experts-antitrust-data-harms-digital-platforms>.

I primi due capitoli sono funzionali all'analisi affrontata nel terzo, in cui si esaminerà il cuore della questione: la possibile complementarità fra privacy e antitrust, alla luce della recente casistica europea sul tema.

In particolare, si osserverà che tale approccio integrato ha portato alla nascita di un fenomeno nuovo e significativo: in reazione al noto caso Facebook del *Bundeskartellamt*<sup>9</sup> e ad alcune norme introdotte nel nuovo Regolamento UE 2022/1925, il *Digital Market Act*<sup>10</sup>, alcune grandi piattaforme hanno introdotto modifiche alle loro *policies* con l'obiettivo dichiarato di garantire una maggiore tutela della privacy e dei dati personali degli utenti finali. Tali modifiche, tuttavia, limitano la capacità di terze parti di tracciare i dati degli utenti sugli ecosistemi, influenzando così la redditività delle loro strategie pubblicitarie e quindi il loro livello di competitività. Emblematica a tal fine è l'adozione da parte di Apple della nuova privacy policy ATT (*App tracking transparency*), attualmente sotto scrutinio da parte di diverse Autorità antitrust nazionali. L'analisi si soffermerà sul procedimento (ancora in corso) avviato dalla nostra AGCM, con lo scopo di esaminare la condotta posta in essere da Apple che, se da un lato ha portato ad una maggior privacy per gli utenti finali iOS, dall'altro lato ha ostacolato e compromesso l'efficacia e la redditività della pubblicità mirata dei suoi concorrenti<sup>11</sup>.

Il fine ultimo è quello di dimostrare che l'uso strategico di *privacy policy* come giustificazione per perseguire condotte presumibilmente anticoncorrenziali testimonierebbe la tensione intrinseca fra queste due aree del diritto, piuttosto che una loro complementarità.

---

<sup>9</sup> Cfr. BUNDESKARTELLAMT, decisione del 6 febbraio 2019, Causa B6-22/16.

<sup>10</sup> Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regolamento sui mercati digitali).

<sup>11</sup> Cfr. AGCM, Istruttoria A561 – *Apple/ATT*; Provvedimento del 5 maggio 2023, n. 30620, in *Boll.* 18/2023.



# CAPITOLO I

## I MERCATI DEL DIGITAL ADVERTISING

SOMMARIO: 1. Lineamenti evolutivi del fenomeno pubblicitario – 1.1 La disciplina della pubblicità: dalla carenza normativa agli interventi comunitari – 1.2 Il sistema delle fonti italiane – 2. Internet come nuovo veicolo pubblicitario: l'avvento del *digital advertising* – 2.1 Le caratteristiche peculiari della pubblicità online – 3. La filiera del *digital advertising* – 3.1. *Search engine advertising* (SEA) – 3.2 *No-search advertising* – 3.3 *Display advertising* – 3.3.1 (segue) *Programmatic advertising e Real-Time Bidding (RTB)*– 3.4 Gli altri mercati del *no-search advertising*.

### 1. Lineamenti evolutivi del fenomeno pubblicitario

«La pubblicità è l'anima del commercio»<sup>12</sup>. Seppur quasi di un secolo fa, questo celebre slogan di Henry Ford racconta, nella sua semplicità, una verità ancora attuale.

Esistono e si sovrappongono diverse definizioni di pubblicità, l'estrema complessità del fenomeno rende, infatti, difficile racchiuderlo in una nozione univoca.

Alcuni concepiscono la pubblicità come «qualsiasi forma a pagamento di presentazione e promozione non personale di idee, beni e servizi da parte di un promotore ben identificato»<sup>13</sup>. Altri come «un'applicazione contemporanea di tecniche retoriche orientate alla persuasione, che utilizza prevalentemente i mass media per convincere segmenti della popolazione a compiere scelte di consumo»<sup>14</sup>.

Nell'ordinamento italiano, la prima definizione di 'comunicazione pubblicitaria' si rinviene nell'art. 2, lett. a), del d.lgs. n. 74/1992, ove si intende «qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso, in qualsiasi modo, nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale allo scopo di promuovere la vendita di beni mobili o immobili, la costituzione o il trasferimento di diritti ed obblighi su di essi oppure la prestazione di opere o di servizi»<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> La citazione è dell'imprenditore statunitense Henry Ford, fondatore della società produttrice di automobile Ford Motor Company, il quale afferma: «*Advertising is the soul of commerce*». Si evidenzia la rivisitazione che della nota frase ha fatto Marcello Marchesi, il primo copywriter italiano, «*La pubblicità è il commercio dell'anima*».

<sup>13</sup> P. KOTLER *et al.*, *Marketing Management*, Pearson, 2022, p. 626.

<sup>14</sup> A. TESTA, *La pubblicità*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 6.

<sup>15</sup> Il d.lgs. n. 74/1992 ha rappresentato, in attuazione della direttiva n. 450/84/CEE, la prima compiuta disciplina italiana in materia di pubblicità. Tale decreto è successivamente confluito nel Codice del Consumo (d.lgs. n. 206/2005) e la definizione riportata ha seguito la medesima sorte.

Le diverse definizioni fornite permettono di cogliere le molteplici sfaccettature del settore in esame, che comprende ogni forma di comunicazione, anche istituzionale, finalizzata alla promozione di beni o servizi quali che siano le modalità utilizzate o i mezzi di diffusione<sup>16</sup>.

La pubblicità opera nella congiuntura fra due mondi, quello dell'informazione, dove si producono e si condividono conoscenze, idee e notizie e quello dell'economia, dove si scambiano beni o servizi e si compete per conquistare quote di mercato. In sostanza, «*il suo scopo è fornire idee per vendere merci*»<sup>17</sup>. La funzione della pubblicità è quella di veicolare messaggi ai consumatori su beni e servizi. In particolare, messaggi in grado di orientare il comportamento economico degli stessi, persuadendoli ad acquistare da uno specifico produttore piuttosto che da un altro. Rappresenta, pertanto, uno strumento essenziale sia per attirare l'attenzione dei potenziali clienti sia per promuovere e incentivare le vendite. In una prospettiva microeconomica, la pubblicità sposta la curva di domanda, che indica la quantità richiesta di un determinato bene o servizio in corrispondenza di ogni possibile prezzo<sup>18</sup>.

La pubblicità contribuisce a creare quel desiderio che anima il commercio. Risulta, così, chiaro lo stretto e inscindibile nesso che lega da sempre pubblicità e commercio, sotteso alla citazione iniziale di Henry Ford.

Ai fini introduttivi è bene procedere con una breve ricostruzione, in una prospettiva storico-giuridico, del fenomeno pubblicitario, che ci permette di comprenderne l'assetto attuale e, in particolare, la profonda trasformazione che ha subito con l'avvento di Internet e dei nuovi sistemi di comunicazione nella nostra epoca, comunemente definita come “*era digitale*”.

---

In seguito alla novella del 2007 (d.lgs. n. 146/2007) la definizione è stata eliminata e ad oggi, tra quelle contenute nell'art. 18 Cod. Cons., non si rinviene più la nozione di “*pubblicità*”, sostituita da quella di “*pratiche commerciali tra professionisti e consumatori*”, ossia «*qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori*». Si noti, però, che nonostante l'inserimento nella più ampia categoria di “*pratiche commerciali*”, la pubblicità ha mantenuto una propria autonomia nella relativa definizione. Cfr. E. APA, *La pubblicità commerciale, Struttura, natura e referenti costituzionali*, op.cit., pp. 6-7. Una nozione di “*pubblicità*” sostanzialmente identica a quella originariamente introdotta nel d.lgs. n. 74/1992 è stata invece adottata dal art. 2, co. 1, lett. a) del d.lgs. n. 145/2007 sulla pubblicità ingannevole.

<sup>16</sup> CODICE DI AUTODISCIPLINA DELLA COMUNICAZIONE COMMERCIALE (IAP), “*Norme preliminari e generali*”, lett e).

<sup>17</sup> Così, AGCOM, *Relazione annuale 2000 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro, il sistema delle comunicazioni in Italia - Pubblicità*, cap. 4, p.241.

<sup>18</sup> Cfr. M. FUSI- P. TESTA, *Diritto e Pubblicità*, Milano, Lupetti – Editori di Comunicazione, 2006, p. 247 e G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità. Tutele e contenzioso*, Giuffrè, Milano, 2020 p. 105.

Senza dubbio l'advertising non è un fatto nuovo. Non ha una vera data di nascita in quanto ha preso forma progressivamente. Nel corso della sua storia ha cambiato pelle numerose volte, sfruttando le potenzialità e la pervasività dei mezzi di comunicazione di massa (*cc.dd. mass-media*)<sup>19</sup> attraverso i quali viene veicolata e trovando così nuovi modi per rispondere ai bisogni delle imprese e dei consumatori.

Le forme primordiali del fenomeno possono essere rinvenute in un lontano passato. Le insegne, i dipinti o i mosaici posti sopra le botteghe già all'epoca dei Greci e dei Romani, le descrizioni dei prodotti fatte dai venditori nelle piazze (nelle *agorà* o nei *forum*) sono sicuramente esempi di comunicazione finalizzate alla promozione di beni e servizi. Tuttavia, le condizioni di mercato dell'epoca sono completamente differenti e troppo distanti da quelle attuali per poter già parlare di pubblicità nell'accezione tradizionale nel termine<sup>20</sup>: le fabbriche non esistono, il mercante ha un rapporto diretto con l'acquirente e la stessa comunicazione commerciale rappresenta una parte centrale della trattativa<sup>21</sup>.

Presupposto per la nascita e lo sviluppo del fenomeno pubblicitario, nella sua veste moderna, è l'avvento della rivoluzione industriale della seconda metà del XVIII secolo. Il nuovo tipo di produzione in serie e su ampia scala ha reso necessario che le masse dei potenziali acquirenti siano informate delle possibilità di acquisto esistenti sul mercato. Tale finalità non può più essere raggiunta attraverso il tradizionale rapporto diretto tra produttore e consumatore. In questo nuovo scenario, quindi, la comunicazione pubblicitaria muove i suoi primi passi diventando indispensabile per colmare il distacco creatosi tra la domanda e l'offerta dei beni<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Secondo un consolidato orientamento della Corte di Cassazione, il mezzo di comunicazione di massa è un "*mezzo di comunicazione con il pubblico, il quale risulta – indipendentemente dalla ragione e finalità della sua adozione - oggettivamente idoneo a far conoscere indiscriminatamente alla massa indeterminata di possibili acquirenti ed utenti il nome, l'attività ed il prodotto di un'azienda, restando irrilevante che detto mezzo assolva pure una funzione reclamistica o propagandistica*". Cfr. CORTE DI CASSAZIONE, ordinanza del 2 ottobre 2020 n. 21043; sentenza del 30 giugno 2010 n. 15449; sentenza del 3 settembre 2004 n. 17852, sentenza del 17 marzo 1992 n. 3308.

<sup>20</sup> Ossia la pubblicità veicolata attraverso i mezzi di comunicazione tradizionali, quali stampa, radio, televisione *etc.*

<sup>21</sup> Cfr. V. CODELUPPI, *Storia della pubblicità italiana*, Carocci, Roma, 2022, p. 13-14; G. FALABRINO, *Storia della pubblicità in Italia dal 1945 a oggi*, Carocci, Roma 2007 e M. FUSI, P. TESTA, P. COTTAFANI, *La pubblicità ingannevole. Commento al d.lg. 25 gennaio 1992 n. 74*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 3 ss.

<sup>22</sup> Cfr. G. GHIDINI, *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 3 ss. In tema G. FALABRINO, *op.cit.*, afferma: «*La pubblicità nasce dunque quando un produttore e consumatore non sono più in contatto diretto, quando i beni di consumo prodotti in migliaia (poi milioni) di esemplari vengono fatti conoscere dai mezzi di informazione, che stampano migliaia (poi milioni di copie), e sono trasportati dai mezzi di comunicazione che riforniscono con regolarità i più lontani mercati*».

Nei primi anni del Novecento, in concomitanza con la nascita della società dei consumi e l'evolversi del mercato in forme sempre più libere di concorrenza, la pubblicità cambia il suo volto. Il bisogno avvertito dalle imprese non è più solamente quello di far conoscere dell'esistenza di un dato prodotto o servizio, ma di farlo preferire al potenziale acquirente. L'originaria funzione informativa è andata sempre più affievolendosi e la comunicazione pubblicitaria ha assunto una connotazione maggiormente persuasiva e combattiva, quale mezzo «capace di orientare i consumi, stimolare i bisogni e promuovere l'assorbimento della domanda».<sup>23</sup>

Il settore pubblicitario ha così cominciato a rivestire un ruolo fondamentale in un'economia di mercato, incidendo profondamente nei suoi assetti<sup>24</sup>. La sua rilevanza nel processo economico può essere colta da diverse prospettive. Dal punto di vista delle imprese, grazie ai messaggi indirizzati ai potenziali clienti, la pubblicità è in grado di produrre rilevanti effetti, di breve-medio periodo, sulle vendite e sulle posizioni di mercato detenute. Dal punto di vista dei consumatori incide sui comportamenti e sulle scelte di acquisto degli stessi, condizionati dalla notorietà che un prodotto assume grazie all'efficacia dell'azione pubblicitaria. In aggiunta, la pubblicità rappresenta un importante fonte di reddito per tutti i gestori di mezzi di comunicazione di massa.

È evidente da tutto ciò come il settore dell'advertising sia capace di incidere sul livello di concentrazione dei mercati, sui prezzi dei beni e servizi e, in ultima istanza, sul benessere della collettività<sup>25</sup>. Il peso del settore pubblicitario nel sistema economico è cresciuto lentamente e gradualmente, fino ad arrivare ad un mercato che oggi in Italia vale quasi 9,4 miliardi di euro<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Così, G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, op. cit, p. 41.

<sup>24</sup> Per una disamina puntuale si vedano F. POMA, *La pubblicità nella letteratura economica*, il Politico, Vol. 38, No. 4, pp. 770-783 e K. BAGWELL *The economic analysis of advertising* in M. Armstrong, R. Porter, (a cura di) *Handbook of industrial Organization*, 2007, Vol. 3, Ch. 28.

<sup>25</sup> Cfr. AGCOM, *Indagine conoscitiva sul settore della raccolta pubblicitaria*, All. A alla delibera n. 555/12/CONS, pp.10-11.

<sup>26</sup> Dati relativi all'anno 2022 emersi dalle indagini dell'Osservatorio Internet Media della School of Management del Politecnico di Milano, in occasione del convegno "L'advertising oltre i confini digitali: l'era della convergenza mediatica", <https://www.osservatori.net/it/eventi/on-demand/convegni/internet-media-risultati-ricerca-osservatorio-convegno>.

## 1.2 La disciplina della pubblicità: dalla carenza normativa agli interventi comunitari

In ragione delle funzioni che assolve e degli interessi di diversa natura che entrano in gioco, il settore pubblicitario assume rilevanza non solo dal punto di vista economico, ma anche da quello giuridico.

Ciononostante, la regolamentazione del fenomeno è relativamente recente. I legislatori e i giuristi, dei principali Paesi europei e non, si sono dimostrati inizialmente impreparati di fronte all'evoluzione del mercato pubblicitario, all'avvento di nuovi strumenti di informazione e alle nuove modalità con le quali si comunica ai consumatori<sup>27</sup>. Il nostro ordinamento ne è una chiara dimostrazione: per lungo tempo ha tenuto conto del fenomeno pubblicitario in maniera indiretta, alcune volte a livello di legislazione penale o amministrativa prevalentemente con norme riguardanti particolari prodotti o servizi, altre volte ricollegandolo alla generale disciplina della concorrenza, dei segni distintivi o del diritto d'autore, senza che venisse fatto ricorso a istituti specifici<sup>28</sup>. In particolare, lo sviluppo della funzione persuasiva della comunicazione pubblicitaria, descritta nel paragrafo precedente, ha portato parallelamente alla nascita delle prime forme deviate della stessa, che veicolano al pubblico messaggi falsati e distorti, idonei a trarre in inganno il consumatore e a danneggiare indirettamente le imprese concorrenti. Per reprimere la pubblicità mendace o ingannevole, in considerazione dell'assenza di una normativa specifica in materia, si faceva principalmente riferimento, oltre ad alcune disposizioni sparse contenute nel Codice Penale<sup>29</sup>, alle norme civilistiche in materia di concorrenza sleale. L'illiceità veniva principalmente ricondotta all'art 2598 c.c. al n. 3, in base al quale *«compie atti di concorrenza sleale chiunque [...] si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda»*<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Cfr. G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA, *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Utet giuridica, 2018, pp. 134-135.

<sup>28</sup> Cfr. A. STAZI, *La pubblicità commerciale online*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 2.

<sup>29</sup> Nello specifico gli artt. 515 (*Frode nell'esercizio del commercio*), 516 (*Vendita di sostanze genuine come non genuine*), 517 (*Vendita di prodotti industriali con segni mendaci*), 640 (*Truffa*) c.p.

<sup>30</sup> Per un approfondimento sul tema della pubblicità ingannevole come atto di concorrenza sleale si veda: G. GHIDINI, *La réclame menzognera come atto di concorrenza sleale*, in Riv. dir. civ., 1967; M. FUSI, *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 157-163; A., VANZETTI, *La repressione della pubblicità menzognera*, in Riv. dir. civ., 1964, pp. 584 e ss.

L'applicazione di questa norma, però, non offriva uno spettro di tutela sufficientemente ampio e veniva messa in risalto l'insufficienza di tale regolazione<sup>31</sup>. Nello specifico, la clausola sulla correttezza professione sopra citata offriva rimedi ai soli concorrenti e alle loro associazioni ed era, quindi, fuori dalla portata dei consumatori<sup>32</sup>.

Da un lato, quindi, in dottrina e in giurisprudenza si cercava di allargare il raggio d'azione delle norme sulla concorrenza sleale in forza di alcune previsioni costituzionali<sup>33</sup>. Dall'altro lato, gli operatori del settore pubblicitario avvertivano l'esigenza di darsi autonomamente delle regole di comportamento attraverso dei regolamenti di autodisciplina<sup>34</sup>. Questi ultimi, però, hanno solo parzialmente sopperito alla carenza normativa in quanto non hanno efficacia *erga omnes*, ma hanno forza di legge esclusivamente fra le parti che li pongono in essere oppure per i soggetti che vi aderiscono mediante clausole di adesione<sup>35</sup>.

Con la crescita dei consumi e delle nuove aziende in concorrenza tra loro, nonché gli aumenti degli investimenti pubblicitari, si avverte sempre di più nei diversi paesi la necessità di una legislazione adeguata in tema di pubblicità, che regoli il fenomeno puntualmente e direttamente.

Solamente negli anni '90 la situazione viene sbloccata grazie all'impulso proveniente dal legislatore europeo. Il suo intervento deriva principalmente dal presupposto che l'influenza della pubblicità finisce, in molti casi, con il superare le frontiere degli Stati comunitari, e di conseguenza va ad incidere fortemente sul funzionamento del Mercato comune. Con la costituzione di quest'ultimo la Comunità europea ha, quindi, dovuto far fronte alla necessità di uniformare la normativa sulla pubblicità tra i diversi Stati Membri,

---

<sup>31</sup> In tema M. FUSI, *La comunicazione commerciale nei suoi aspetti giuridici*, op.cit., p. 373, descrive le norme in materia di comunicazione pubblicitaria come «a tal punto eterogenee, frammentarie ed episodiche da non rappresentare neppure l'embrione di una disciplina giuridica organica e razionale».

<sup>32</sup> Cfr. E. APA, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura*, *Struttura, natura e referenti costituzionali*, op. cit., p. 248.

<sup>33</sup> Nello specifico, si operava un collegamento tra l'art 41 Cost e l'art 2598 n. 3, individuando di conseguenza la necessità di una valutazione comparativa degli interessi dei consumatori e degli imprenditori, con una prevalenza di quelli più in linea all'utilità sociale; oppure si proponeva la combinazione dell'articolo 41 con gli art 2 e 3 Cost, ponendo l'utilità sociale come criterio guida ed arrivando così a porre gli interessi dei consumatori in posizione autonoma. Cfr. A. STAZI, *La pubblicità commerciale online*, op.cit., pp. 3-4.

<sup>34</sup> Cfr. AGCM, *Pubblicità ingannevole e comparativa. Piccola guida per la tutela del consumatore*. Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Suppl. n. 1 al Boll. n. 3/2002, p. 9.

<sup>35</sup> In aggiunta, i regolamenti di autodisciplina possono avere al massimo un'efficacia riflessa, come ausilio all'interpretazione dei giudici, quali usi contrattuali ex art 1340. Cfr. A. STAZI, *La pubblicità commerciale online*, op.cit., pp. 3-4.

sia per garantire parità di condizioni nella competizione tra gli stessi sia per assicurare un efficace tutela del consumatore, soggetto debole di fronte all'annuncio pubblicitario<sup>36</sup>.

A tal fine sono state emanate una serie di direttive europee<sup>37</sup> che hanno ispirato i successivi provvedimenti nazionali e, tra le varie, due vengono principalmente in rilievo. La prima, in ordine di tempo, è la n. 84/450/CEE, relativa all'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri circa la pubblicità ingannevole. La direttiva, di estrema semplicità, presenta importanti punti di novità: si tratta del primo intervento normativo che offre una vera e propria tutela al consumatore quale soggetto autonomo della comunicazione pubblicitaria, introducendo il principio dell'illiceità della pubblicità ingannevole di per sé, che in molti Paesi compresa l'Italia, come osservato sopra, non era stato codificato, eccetto che per casi specifici o circoscritti a taluni settori merceologici. Viene concepita con il fine di «*tutelare il consumatore e le persone che esercitano un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, nonché gli interessi del pubblico in generale dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali*»<sup>38</sup>. Il suo obiettivo è quello di dettare le linee guida alle quali gli Stati devono attenersi nella repressione della pubblicità ingannevole, lasciando agli stessi la possibilità di adottare misure di carattere più protezionistico<sup>39</sup>. Dopo aver definito l'oggetto, l'attenzione viene riportata sui soggetti tutelati e sulla definizione di 'ingannevole', ovvero «*qualsiasi pubblicità che in qualsiasi modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, dato il suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il comportamento economico di dette persone o che, per questo motivo, leda o possa ledere un concorrente*»<sup>40</sup>.

Tale provvedimento normativo è stato successivamente modificato e integrato più volte. In primis, dalla direttiva 97/95/CE, con lo scopo di introdurre la disciplina della pubblicità comparativa e previsioni riguardanti la liceità della stessa<sup>41</sup>. In seguito, è intervenuto l'art.

---

<sup>36</sup> Cfr. M. ASTARITA, *Il messaggio pubblicitario nel diritto comunitario. Tutela, disciplina e analisi del fenomeno pubblicitario*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, p. 13 e A. STAZI, *La pubblicità commerciale online op.cit.*, pp. 4-7.

<sup>37</sup> Per un'elencazione esaustiva si veda: G. GHIDINI, N. CIAMPI, R. GAMBARDELLA, *Codice della pubblicità*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 159 ss.

<sup>38</sup> Articolo 1 della Direttiva 84/450/CEE

<sup>39</sup> Cfr. il rapporto CONSEIL DE L'EUROPE, *Protection des consommateurs*, Strasburgo, 1972.

<sup>40</sup> Articolo 2 n.2 della Direttiva 84/450/CEE.

<sup>41</sup> Ai sensi dell'art. 2 n. 2bis della direttiva 97/95/CE per 'pubblicità comparativa' si intende «*qualsiasi pubblicità che identifica in modo esplicito o implicito un concorrente o beni o servizi offerti da un concorrente*».

14 della direttiva 2005/29/CE<sup>42</sup> e poco dopo la direttiva 2006/114/CE<sup>43</sup>, che hanno portato, per ragioni di chiarezza e razionalizzazione<sup>44</sup>, all'abrogazione della disciplina precedente e alla separazione della tutela dei consumatori da quella dei professionisti. Da questo momento, vengono introdotti due diversi sistemi normativi il cui criterio distintivo si basa sulla titolarità dell'interesse leso dal messaggio pubblicitario: da un lato il perseguimento della tutela dei consumatori nei confronti di messaggi pubblicitari lesivi dei loro interessi economici dovrebbe ritenersi interamente ed esclusivamente affidato agli art 2-13 della direttiva 2005/29/CE, ove esso è stato accorpato e assorbito nel più ampio sistema delle pratiche commerciali sleali; dall'altro lato la direttiva 2006/114/CE reca una disciplina generale della pubblicità commerciale dettata in funzione della tutela dei soli professionisti e concorrenti nei confronti di messaggi pubblicitari ingannevoli o comprativi illeciti<sup>45</sup>.

La seconda direttiva che riveste una grande importanza è la n. 89/552/CEE, comunemente conosciuta come "*Televisione senza frontiere*" ("*TSF*"), finalizzata al coordinamento di determinate disposizioni degli Stati Membri concernenti l'esercizio delle attività televisive, non più circoscritte unicamente al territorio nazionale<sup>46</sup>. Il legislatore comunitario ha quindi voluto regolare autonomamente la circolazione transfrontaliera dei messaggi televisivi, in ragione dell'accresciuta dimensione economica del fenomeno e delle implicazioni che tale mezzo offre per favorire lo sviluppo del processo

---

<sup>42</sup> Direttiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica, tra le altre, la direttiva 84/450/CE.

<sup>43</sup> Direttiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, contenente la "versione codificata" della direttiva concernente la pubblicità ingannevole. Quest'ultima è destinata a sostituire la direttiva 84/450/CE (della quale sancisce l'abrogazione: v. art 10), di cui riproduce i contenuti precettivi, quali risultati dalle modifiche apportate prima dalla direttiva 97/95/CE e successivamente dell'art 14 della direttiva 2005/29/CE, parzialmente modificando la distribuzione dell'articolo e adeguando la formulazione dei considerando.

<sup>44</sup> Considerando n. 1 della Direttiva 2006/114/CE.

<sup>45</sup> Viene in rilievo la nuova formulazione data dell'articolo 1 della direttiva 84/450/CE dalla direttiva 2006/114/CE, che esclude sia gli interessi dei consumatori che quelli del pubblico in generale, dal novero degli interessi che il provvedimento comunitario si propone di proteggere dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali. Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 36-39.

<sup>46</sup> In precedenza, la Commissione europea aveva avviato una approfondita analisi della materia, che si era tradotta in una pluralità di iniziative. Sul punto, va ricordata la pubblicazione del 1984 del noto "*Libro bianco*" sulla "*Televisione senza frontiera*", che anticipava gli orientamenti e le linee di intervento espresse nella direttiva 89/95/CE. Cfr. A TIZZANO, *Cronache comunitarie: La Direttiva Cee sulla "Televisione senza frontiera"*, Il Foro Italiano, Vol. 113, parte quarta: giurisprudenza comunitaria e straniera, pp. 91/92-111/112.



d'integrazione europea<sup>47</sup>. La direttiva mira a garantire la libera circolazione dei messaggi televisivi, promuovendo la produzione e la diffusione dei programmi televisivi europei e riservando loro una quota maggioritaria nel quadro dei programmi delle varie reti televisive straniere<sup>48</sup>. Per assolvere tali scopi la stessa si limita ad enunciare le disposizioni minime necessarie, con riguardo alla comunicazione pubblicitaria, collocazione, durata e forma di essa, nonché norme specifiche per le ipotesi di sponsorizzazione, a salvaguardia di interessi pubblici rilevanti, quali moralità, salute e tutela dei minori<sup>49</sup>. Vengono lasciati agli Stati Membri ampi margini di libertà nella regolazione della materia, prevedendo che gli stessi possano adottare misure più ristrette ovvero maggiormente protettive verso il consumatore nei confronti delle emittenti televisive soggette alla loro giurisdizione, purché compatibili con il diritto comunitario<sup>50</sup>.

Anche in questo caso, si è in presenza di una normativa di base e di una sua successiva modifica, avvenuta per effetto della direttiva n. 97/36/CE. Quest'ultima ha equiparato alla pubblicità commerciale le televendite e ha modificato in alcuni punti la disciplina delle sponsorizzazioni<sup>51</sup>.

Nel quadro degli interventi comunitari, devono essere anche menzionate la direttiva n. 2000/31/CE sul commercio elettronico, il Regolamento UE 2019/1150 e da ultimo, *il Digital Service Act Package* di cui però tratteremo successivamente<sup>52</sup>.

## **1.2 L'attuale sistema delle fonti italiane**

Il sistema delle fonti che regolano la pubblicità, anche in conseguenza degli interventi comunitari sopra citati, è oggi estremamente variegato ed eterogeneo.

---

<sup>47</sup> Sul piano della circolazione delle idee e delle informazioni, della conoscenza delle rispettive realtà nazionali, dell'impulso alla cooperazione tecnica e scientifica specie in relazione alle nuove tecnologie delle telecomunicazioni etc.

<sup>48</sup> Cfr. E. ADOBATI, *Il regime giuridico della pubblicità*, in N. PARISI E D. RINOLDI (a cura di), *Lineamenti di diritto europeo dell'informazione e della comunicazione*, Editoriale scientifica, 2006, p. 45

<sup>49</sup> Per un'analisi approfondita della direttiva si veda L. LUCCIO, *Pubblicità transfrontaliera e concorrenza sleale*, in Riv. dir. ind., 1992 e G. DI PLINIO, *Direttiva TV senza frontiere: ultimo atto per Italia e Lussemburgo*, in *Diritto pubblico comunitario ed europeo*, 2001, pp. 1935 ss.

<sup>50</sup> Articolo 3 n. 1 della direttiva n. 89/552/CEE.

<sup>51</sup> Cfr. A. STAZI, *La pubblicità commerciale*, op. cit., p. 6-7.

<sup>52</sup> V. *Infra* Cap. 3.

Di conseguenza, il c.d. *diritto della pubblicità* può essere identificato come quel complesso di disposizioni che, oltre a regolare nello specifico la comunicazione d'impresa, disciplinano anche altri aspetti che la interessano indirettamente<sup>53</sup>.

Volendo tracciare una linea di confine tra le diverse fonti si può operare una distinzione fra la normativa statale e le regole di autodisciplina che gli utenti pubblicitari hanno deciso autonomamente di darsi.

Con riferimento al nucleo fondamentale delle disposizioni statuali, oltre alla garanzia costituzionale ex art 41<sup>54</sup> e alcune norme del Codice Civile<sup>55</sup>, viene, *in primis*, in rilievo il d.lgs. del 25 gennaio 1992, n.74 e le modifiche allo stesso successivamente introdotte.

Con tale decreto il legislatore, in attuazione della direttiva 84/450/CEE, pone rimedio al disordine legislativo presente in materia introducendo, in particolare, un generale ed espresso divieto relativo alla pubblicità ingannevole. Ai fini della tutela ha optato per un modello di *enforcement* amministrativo, attribuendo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) il potere, inizialmente solo su segnalazione dei soggetti legittimati<sup>56</sup>, di far cessare la pubblicità menzognera e di rimuoverne gli effetti.

Poco tempo dopo è intervenuto il d.lgs. del 25 febbraio 2000 n. 67 che, in recepimento della direttiva n. 55/97/CE, modifica il d.lgs. n. 74/1992, estendendone l'ambito applicativo alla regolamentazione della pubblicità comparativa e ampliando, di conseguenza, le funzioni di controllo dell'Autorità competente.

Dopo questa prima fase in cui si è colmato il vuoto legislativo esistente, è avvertita l'esigenza di una riorganizzazione della normativa. In particolare, in forza della legge delega del 29 luglio 2003, n. 229 per il riassetto delle disposizioni in materia di tutela dei consumatori, il d.lgs. 74/1992 (modificato dal d.lgs. 67/2000) viene trasposto all'interno

---

<sup>53</sup> Si pensi, ad esempio, alle norme che vietano le offese alla morale o al pudore, oppure alle norme che tutelano il diritto d'autore o, ancora, per quanto concerne il presente elaborato, alle norme riguardanti la leale concorrenza tra le imprese e i diritti dei consumatori. Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, *op.cit.*, pp. 1-3.

<sup>54</sup> Sul tema si evidenzia la questione assai dibattuta dell'inquadramento costituzionale della comunicazione pubblicitaria: ossia se debba essere ricondotta all'art. 21 Cost., quale una libera manifestazione del pensiero o all'art 41 Cost, essendo una forma di libera iniziativa economica privata. Sul punto è intervenuta la Corte costituzionale che, nella sentenza n. 68 del 1956, ha affermato chiaramente che la pubblicità commerciale costituisce attività d'impresa e, quindi, assistita dalle garanzie e assoggettabile alle limitazioni ex art 41 Cost. Cfr. M. FUSI, *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, *op.cit.*, pp. 21 ss.; E. APA, *La pubblicità commerciale, Struttura, natura e referenti costituzionali*, *op. cit.*, p. 93 ss.

<sup>55</sup> Ovvero, oltre al citato art 2598 cc., soprattutto gli art 1336, 1337, 1341-42 e 1469sexies, in considerazione della vicinanza che si pone fra la comunicazione pubblicitaria e la proposta contrattuale in senso stretto. Cfr. A. STAZI, *la pubblicità commerciale*, *op.cit.*, p. 7

<sup>56</sup> Ai sensi dell'art 7 del d.lgs. 74/1992 i soggetti legittimati a richiedere all'AGCM l'inibizione della pubblicità ingannevole sono: i concorrenti, i consumatori, le associazioni dei consumatori e dei professionisti, il Ministro dell'Industria e le altre Pubbliche Amministrazioni.

del Codice del consumo (ossia il d.lgs. 206/2005), andando ad occupare gli artt. dal 19 al 27<sup>57</sup>. La disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa è riportata quasi pedissequamente e quindi, il mutamento di sede non ha determinato una modifica sostanziale del contenuto normativo<sup>58</sup>. All'opposto, i successivi interventi legislativi, di adeguamento al diritto comunitario, hanno determinato un cambiamento radicale nell'assetto normativo nazionale in materia pubblicitaria. Nello specifico, il legislatore italiano, per il recepimento della direttiva n. 2005/29/CE e 2006/114/CE, ha optato per una netta separazione e distinzione delle relative discipline, che sono state appunto affidate a due distinti d.lgs. del 2 agosto 2007, n. 145 e n. 146<sup>59</sup>, istituendo “*un doppio binario di tutela*”<sup>60</sup>. Il primo dei due menzionati, accogliendo la disposizioni in origine dettata dal d.lgs. n. 74/1992 e successivamente confluite nel Codice del consumo, contiene la disciplina generale della pubblicità ingannevole e comparativa, circoscrivendone, altresì, l'ambito di applicazione ai rapporti tra professionisti e i concorrenti (i rapporti *business to business* cd. B2B) e tutelando solo indirettamente, di conseguenza, quelli tra imprese e consumatori (i rapporti *business to consumer* cd. B2C)<sup>61</sup>. Il d.lgs. 146/2005, invece, introduce una disciplina pressoché completa delle pratiche commerciali sleali (*rectius*: scorrette<sup>62</sup>), sostituendo integralmente il Titolo III della parte II del Codice del consumo con l'inserimento di una serie di nuove norme (artt. 18-27-quater). Tale intervento normativo ha determinato un ampliamento della sfera di protezione del consumatore che risulta ora tutelato verso tutte le pratiche commerciali

---

<sup>57</sup> Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, op. cit., p. 45.

<sup>58</sup> Cfr. E. APA, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, op. cit., p. 251.

<sup>59</sup> La decisione di scindere le discipline in due provvedimenti normativi è stata generalmente apprezzata dalla dottrina in quanto la scelta «*dal punto di vista sistematico appare molto positiva [...] e ha l'indubbio privilegio di evitare confusioni e sovrapposizioni tra i diversi destinatari delle disposizioni*» ovvero consumatori da un lato e professionisti dall'altro. Cfr. P. BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, pp. 271 ss.

<sup>60</sup> In tema si veda A. LEONE, *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, in *Dir. ind.*, 2008, pp. 255ss e E. APA, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, p. 251;

<sup>61</sup> Scopo del citato decreto, ai sensi dell'art 1, è quello di “[...] di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa”.

<sup>62</sup> Si evidenzia che il legislatore, in recepimento della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, opta per una variante lessicale: qualifica le pratiche commerciali oggetto del divieto come “*scorrette*”, anziché “*sleali*”. La ratio alla base di questa scelta è quella di evitare confusione con la disciplina contenuta negli artt. 2598 e ss. c.c. che vieta gli atti di concorrenza sleale. Cfr. P. BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, op. cit., p. 274

lesive dei suoi interessi. Difatti, l'art 19, delimitando l'ambito applicativo del Codice del consumo, stabilisce che il Titolo III, rubricato "*Pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali*", "*si applica alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori prima, durante e dopo un'operazione commerciale*"<sup>63</sup>.

In sostanza, il legislatore italiano ha da un lato scorporato la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa relativa ai rapporti tra imprese concorrenti, inserendola in un provvedimento *ad hoc*, ovvero il d.lgs. n. 146/2007; dall'altro lato, con il d.lgs. 145/2007, ha recepito nel Codice del Consumo la disciplina destinata a tutelare il consumatore, non solo dalla pubblicità ma da ogni pratica commerciale scorretta<sup>64</sup>.

La riforma del 2007 ha altresì esteso i poteri dell'AGCM, ora organo competente a reprimere le violazioni sia del Decreto sulla pubblicità ingannevole che del Codice del Consumo e ad attuare i relativi provvedimenti sanzionatori ed inibitori. La novità più rilevante concerne la possibilità di attivare i procedimenti *ex officio*: se precedentemente l'Autorità era tenuta a provvedere nei confronti di ogni segnalazione che riceveva, tranne che fosse incompleta o manifestamente infondata, adesso «*diviene arbitro dell'avvio o del non avvio dei procedimenti*»<sup>65</sup>.

In aggiunta, sempre trattando della normativa statutale, devono essere menzionate una serie di disposizioni sia penali che amministrative. Le prime sono poste prevalentemente con lo scopo di evitare che la pubblicità realizzi una truffa nell'esercizio di attività commerciale o una lesione di interessi rilevanti, quali il pudore, la decenza e l'ordine pubblico. Le norme di natura amministrativa sono per lo più disposte in relazione ai mezzi utilizzati oppure per specifici settori merceologici.

Al fianco delle disposizioni statuali sulla pubblicità commerciale, è possibile rinvenire una serie di norme adottate dagli stessi operatori pubblicitari, ovvero i regolamenti di autodisciplina. La ratio alla base dell'adozione di quest'ultimi, come si è detto nel paragrafo precedente, risiede nell'esigenza di disciplinare in modo organico e, soprattutto, tempestivo il fenomeno pubblicitario, garantendo, in particolare, una specifica tutela al

---

<sup>63</sup> Si evidenziano le modifiche che sono state apportate al Codice del consumo in forza del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, per effetto del quale le tutele del consumatore in materia di pratiche commerciali scorrette sono state estese anche alle le microimprese. L'art. 19 co 1 del cod. cons., pertanto, nella versione vigente dispone che si applica anche "[...] *alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e microimprese. Per le microimprese la tutela in materia di pubblicità ingannevole e di pubblicità comparativa illecita è assicurata in via esclusiva dal decreto legislativo 2 agosto 2007, n.145*".

<sup>64</sup> Cfr. G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA, *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, op.cit., p. 152

<sup>65</sup> Così, V. MELI, *Le pratiche sleali ingannevoli*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, CEDAM, Padova, p. 95.

consumatore<sup>66</sup>, dal momento che la normativa statale è stata per lungo tempo scarsa e frammentaria<sup>67</sup>.

Tra i vari codici pubblicitari<sup>68</sup>, la forma più rilevante di autoregolamentazione è rappresentata dal codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, (di seguito anche solo “Codice” o “CA”) creato dall’Istituto dell’Autodisciplina Pubblicitaria (IAP)<sup>69</sup>.

La prima edizione del Codice risale al 12 maggio 1966 con il titolo “*Codice della lealtà pubblicitaria*”. Da allora, la denominazione è stata modificata dapprima, nel 1975, in “*Codice di Autodisciplina Pubblicitaria*” e, in seguito, nel 2008 con la quarantacinquesima edizione entrata in vigore in adeguamento alla citata direttiva 2005/29/CE, ha assunto il titolo attuale, ovvero “*Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale*”. Con tale ultimo cambio di denominazione, come si intuisce dall’utilizzo del termine “comunicazione commerciale” in luogo dell’espressione “pubblicità”, il Codice mira ad estendere il proprio ambito di competenza e, dunque, la tutela da esso apprestata a qualsiasi tipo di comunicazione commerciale, non più solo la pubblicità tradizionale<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> In tema B. GRAZZINI, *Commento alle Norme preliminari e generali al Codice di Autodisciplina Pubblicitaria*, in U. RUFFOLO (a cura di) *Commentario al Codice dell’Autodisciplina pubblicitaria*, Giuffrè, Milano, 2003, p.3 ss., osserva: “*La creazione dell’allora Codice dell’Autodisciplina Pubblicitaria ha consentito di colmare un vuoto di tutela soprattutto nei confronti del consumatore, il quale, prima della novella introdotta con il d.lgs. n. 74/92, si trovava del tutto sprovvisto di una forma di protezione statale nei confronti del fenomeno pubblicitario. Tanto, in quanto la disciplina prevista all’interno del Codice civile, applicata dalla giurisprudenza dell’epoca, presupponendo la sussistenza di un rapporto di natura concorrenziale, si riduceva ad uno strumento di tutela nell’interesse soltanto dell’imprenditore*”.

<sup>67</sup> Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, op. cit. p. 3;

<sup>68</sup> Ad esempio, il Codice Utenti Pubblicità Associati (Codice UPA) della Camera di Commercio Internazionale; il Codice pubblicato dalla Federazione Italiana di Pubblicità (FIP), consistente in una raccolta di consuetudini formatasi in materia di pubblicità; o le norme SANCIS emanate dall’organo di controllo della RAI, poste a tutela del pubblico in relazione alla veicolazione dei messaggi pubblicitari attraverso i canali della RAI.

<sup>69</sup> L’Istituto di Autodisciplina pubblicitaria nasce nel 1966 come un’associazione italiana non riconosciuta e nel 2001 ha acquisito la personalità giuridica. È costituita da organi rappresentativi di numerose categorie di operatori pubblicitari, ossia agenzie pubblicitarie, consulenti, concessionarie, mezzi di diffusione della pubblicità etc. Si veda IAP, “*Il valore dell’autodisciplina*”, <https://www.iap.it/iap-in-breve/>.

<sup>70</sup> Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, op. cit. p. 3. Sul punto si evidenzia la posizione contraria di E. APA, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, op.cit., p. 13, il quale sostiene che tale mutamento di denominazione ha, in realtà, svolto una funzione meramente simbolica, considerando che la definizione di “comunicazione commerciale” ricalca in maniera quasi identica quella di “pubblicità” e che, pertanto, l’ambito applicativo del Codice non ha subito estensioni. In senso analogo, P. AUTERI, *La disciplina della pubblicità*, in AA.VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 431 ss.

Il CA, ad oggi, rappresenta un *corpus* di norme articolate, dettagliate, e per certi aspetti più stringenti di quelle previste dalla normativa statale, volte a garantire una comunicazione commerciale “*onesta, veritiera e corretta*”<sup>71</sup> a tutela dei consumatori e della leale concorrenza tra le imprese.

È pur sempre una fonte che non è applicabile *erga omnes*, ma ha un’efficacia relativa circoscritta a quei soggetti che, direttamente o indirettamente attraverso le associazioni di categoria a cui appartengono, riconoscono lo IAP e le conseguente applicabilità nei loro confronti delle disposizioni contenute nel Codice<sup>72</sup>.

Gli organi dello IAP deputati a vigilare circa la correttezza della comunicazioni commerciali sono il Giurì e il Comitato di controllo, la cui esistenza è espressamente prevista dalle norme del CA. Il primo è propriamente l’organo deputato ad esaminare le comunicazioni commerciali che gli vengono sottoposte e di pronunciarsi su di esse secondo le norme autodisciplinari<sup>73</sup>. Il giudizio di conformità può essere promosso su istanza del Comitato di Controllo, degli operatori presenti sul mercato, o di qualsiasi individuo che ritenga di subire un pregiudizio da una comunicazione commerciale<sup>74</sup>. Il Comitato di Controllo è, invece, l’organo garante degli interessi dei consumatori e svolge, pertanto, funzioni inquirenti ed ispettive<sup>75</sup>.

La coesistenza nella regolamentazione del fenomeno pubblicitario della normativa statale e del sistema autodisciplinare, di diversa fonte e con diverse autorità preposte al loro controllo, impone una breve analisi del rapporto che si instaura tra di essi. Il punto di partenza è che l’autodisciplina pubblicitaria è un ordinamento cosiddetto “derivato” rispetto a quello statale: il primo si configura, da un punto di vista giuridico, come un atto di autonomia negoziale che il secondo riconosce ai privati. Conseguentemente, l’ordinamento autodisciplinare risulterà lecito laddove non contenga disposizioni in contrasto con i principi fondamentali e le norme imperative stabilite dalla legge dello Stato<sup>76</sup>. Al tempo stesso l’autodisciplina, proprio perché espressione dell’autonomia dei

---

<sup>71</sup> Articolo 1 del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale

<sup>72</sup> L’elenco aggiornato degli enti e dei soggetti che riconoscono il Codice in esame è disponibile al seguente link: [//www.iap.it/conoscere-iap/associati/](http://www.iap.it/conoscere-iap/associati/),

<sup>73</sup> Articolo 32 del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale

<sup>74</sup> Articolo 36 del Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale

<sup>75</sup> Infatti, oltre alle segnalazioni al Giurì delle comunicazioni commerciali a suo parere non conformi alle norme del Codice, esprime pareri consultivi su richiesta del Presidente del Giurì, invita in via preventiva le imprese a modificare la comunicazione commerciale che appaiano in contrasto con il Codice, emette ingiunzioni di desistenza ai sensi dell’art. 39 del CA, e infine, esprime pareri in via preventiva, su richiesta degli operatori, circa la conformità della comunicazione commerciale sottoposto alla stesso in via definitiva, ancorché non diffusa, ex art. 32 del CA.

<sup>76</sup> Cfr. M. FUSI e P. TESTA, *Diritto e pubblicità*, op. cit., p. 323.

privati, costituisce un ordinamento autonomo e distinto rispetto a quello statale. È dunque possibile che una comunicazione pubblicitaria conforme alla leggi ordinarie non sia, invece, in linea con le disposizioni del Codice di Autodisciplina, mentre l'autodisciplina non può porsi in contrasto con l'ordine pubblico e le leggi dello Stato.

Da tempo, comunque, su impulso del legislatore comunitario<sup>77</sup>, l'ordinamento statale ha riconosciuto la legittimità e il ruolo dell'autodisciplina, in primis, nell'art 8 del d.lgs. 74/1992<sup>78</sup> (v. D.lgs. 145/2007), riconoscendo ai soggetti legittimati la possibilità di scegliere di far valere l'ingannevolezza del messaggio pubblicitario dinnanzi ad un organo di autodisciplina piuttosto che all'AGCM nel suo procedimento amministrativo. È altresì stabilito che, instaurato già un giudizio autodisciplinare, le parti possano decidere concordatamente di non adire l'AGCM fino alla pronuncia definitiva del giudice autodisciplinare, ovvero possono chiedere la sospensione del procedimento innanzi all'Autorità, ove lo stesso sia stato attivato, in attesa della pronuncia dell'organismo di autodisciplina.

Inoltre, nonostante l'autonomia tra i due sistemi, le violazioni delle norme autodisciplinari non sono del tutto irrilevanti per l'ordinamento statale. La Corte di cassazione ha, difatti, riconosciuto il seguente principio di diritto, che risulta ormai consolidato: *«nell'apprezzamento delle situazioni concrete rientranti nel divieto degli atti di concorrenza posto dall'art. 2598, n. 3 c.c., costituiscono parametri di valutazione della correttezza professionale le regole contenute nel Codice di autodisciplina pubblicitaria, quali espressione dell'etica professionale e commerciale, alla cui tutela la norma civilistica è finalizzata<sup>79</sup>»*.

In conclusione, la disciplina del fenomeno pubblicitario ha subito una profonda evoluzione: si è passati da una situazione di quasi totale assenza di regolamentazione nei primi anni '50 ad un sistema decisamente complesso, fitto di norme legislative e non, alcune volte in sovrapposizione tra loro, finalizzate ad individuare il giusto equilibrio tra

---

<sup>77</sup> La normativa comunitaria già nella direttiva 84/450/CEE specificava all'art 5: *“La presente direttiva non esclude il controllo volontario della pubblicità ingannevole esercitato da organismi autonomi, né esclude che le persone o le organizzazioni di cui all'articolo 4 possano adire tali organismi qualora sia prevista una procedura dinanzi ad essi, oltre a quella giudiziaria o amministrativa di cui all'articolo 4”*

<sup>78</sup> Ora, lo stesso contenuto dell'art 8 del d.lgs. 74/1992 è riportato nell'art 9 del d.lgs. n. 145/2007, rubricato, appunto *“Autodisciplina”*.

<sup>79</sup> Così, CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I civile, sentenza del 15 febbraio 1999, n. 1259, p.58. Nella specifico, il Supremo collegio ha cassato la decisione con cui la Corte di merito aveva ritenuto che l'imitazione pedissequa, da parte di un quotidiano (Giornale di Sicilia) dell'iniziativa promozionale realizzata da altro quotidiano (Corriere della Sera), non integrasse gli estremi della concorrenza sleale.

interessi degli utenti pubblicitari a promuovere i propri prodotti o servizi da un lato e la tutela dei consumatori e dei concorrenti dall'altro<sup>80</sup>.

## **2. Internet come nuovo veicolo pubblicitario: l'avvento del *digital advertising***

Nei paragrafi precedenti la trattazione si è concentrata sul fenomeno pubblicitario veicolato attraverso i mezzi di comunicazione tradizionali e l'analisi dell'evoluzione della regolamentazione dello stesso. Il quadro storico-giuridico fornito è propedeutico per esaminare i nuovi scenari della comunicazione pubblicitaria a seguito della rivoluzione digitale.

Nella seconda metà degli anni Novanta si assiste ad uno straordinario sviluppo del mercato pubblicitario sia in Italia che in altri paesi europei ed extra europei. In quegli anni, due sono le componenti che favoriscono il crearsi di tali condizioni: il prorompente e affascinante sviluppo di Internet e il travolgente imporsi dei nuovi servizi legati alla telecomunicazione e al personal computer<sup>81</sup>.

La combinazione di questi elementi ha portato ad un cambiamento epocale nel modo in cui le imprese conducono i propri affari e comunicano con i consumatori. Prende piede il *digital advertising* (di seguito anche pubblicità online o *Internet advertising*) trasformando completamente e profondamente i paradigmi della pubblicità tradizionale, tanto che si parla di una vera e propria “*rivoluzione copernicana*” in tale campo<sup>82</sup>.

Il motore primario di questa rivoluzione è, dunque, Internet: una rete mondiale di trasmissione elettronica di dati, che il nostro secolo eredita dal precedente. Può definirsi come “*una modalità di interconnessione ed interoperatività tra reti eterogenee, resa possibile dall'utilizzo di un protocollo comune di trasmissione dei dati* (il protocollo cd. TCP/IP), *caratterizzato da una serie di regole standard per comporre i messaggi, e dunque da un metodo di linguaggio che permette il collegamento tra le diverse reti*”<sup>83</sup>.

Volendo ripercorrere brevemente le tappe della sua evoluzione, le origini di Internet sono riconducibili alla fine degli anni '60, in piena guerra fredda, con la creazione di ARPANET<sup>84</sup>: uno strumento di comunicazione sicuro ed efficace che permette il

---

<sup>80</sup> Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, op. cit., p. 53

<sup>81</sup> Cfr. P. DURANTI, *Il mercato pubblicitario italiano nel nuovo scenario socio-economico*, in *Micro & Macro Marketing*, Rivista quadrimestrale 1/2004, p. 83.

<sup>82</sup> Così, P. MARDEGAN, G. RIVA E S. SCATENA, *Digital Advertising 3.0. Il futuro della pubblicità digitale*, Maggioli Editori, 2016 pag. 2

<sup>83</sup> Così S. STABILE, *La pubblicità in Internet*, il Dir. Ind., 1997, n.8, p. 691.

<sup>84</sup> ARPANET è una rete di computer basata su una tecnologia di trasporto dei messaggi rivoluzionaria sviluppata da ARPA (*Advanced Research Project Administration*), una divisione del Dipartimento della difesa statunitense, poi divenuta DARPA.



collegamento tra strutture militari, attraverso il ricorso a percorsi alternativi nel caso in cui il messaggio di partenza trovi degli impedimenti. Viene pertanto creata una Rete, composta da una serie di computer interconnessi fra loro, che servono come nodi d'irradiazione. La stessa si basa su un sistema cd. di commutazione a pacchetto (*packet-switching*) per cui ogni messaggio viene frazionato in segmenti più piccoli, contrassegnati da un'etichetta comune contenente indirizzo e istruzioni di modo che, una volta giunto a destinazione, possa essere riassembleato il messaggio originario<sup>85</sup>.

Sulle orme di ARPANET, data la facilità di connessione e le grandi potenzialità del nuovo mezzo, centri di ricerca e grandi università sviluppano propri sistemi di reti, permettendo di accedere a qualsiasi sito universitario connesso. La presenza di tanti sistemi diversi di computer interconnessi, basati sempre sulla commutazione di pacchetto ma fondati su standard differenti di trasmissione dei dati, ha condotto alla definizione di un nuovo protocollo<sup>86</sup> comune, sul quale opera tuttora Internet: il cd. TCP/IP (*Transmission Control Protocol /Internet Protocol*). Alla base dello stesso vi è la separazione della funzione della comunicazione fra reti rispetto a quella del trasporto dei dati realizzato attraverso le diverse infrastrutture. Pertanto, il funzionamento dello stesso prescinde dalle infrastrutture sottostanti e, diversamente dallo standard trasmissivo impiegato inizialmente da ARPANET, utilizza un sistema decentrato, che delega la responsabilità circa l'affidabilità dei dati ai singoli nodi connessi e non alla rete in sé stessa (come in un sistema centralizzato)<sup>87</sup>.

La tecnica basata sullo spaccettamento dei dati, unitamente alla creazione di un protocollo universale che consente il collegamento fra diverse infrastrutture proprietarie, ha consentito la diffusione della rete anche al di fuori delle comunità scientifiche e delle università<sup>88</sup>. Nasce così il fenomeno denominato "*Internet*", attraverso l'aggregazione spontanea in tutto il mondo di banche dati, giornali, istituzioni politiche, reti locali e alla fine degli *home computer*, connessi fra loro attraverso un protocollo comune<sup>89</sup>.

Tuttavia, la Rete, fino al 1993, veniva impiegata ancora da una cerchia ristretta di persone. La svolta si è avuta con la creazione del *World wide web* (WWW), l'interfaccia grafica che permette di consultare facilmente i dati e le informazioni circolanti sulla rete. Così,

---

<sup>85</sup> Cfr. A. STAZI, *La pubblicità commerciale online*, op.cit. p. 11

<sup>86</sup> Un protocollo è un formato concordato che consente la trasmissione di dati fra due apparecchiature (ad esempio tra computer).

<sup>87</sup> Cfr. AGCOM, *Indagine conoscitiva sul settore dei servizi Internet e sulla pubblicità online*, Allegato A alla Delibera n. 19/14/CONS, p. 14

<sup>88</sup> Cfr. V. FROSINI, *L'orizzonte giuridico di Internet*, in "*Il diritto dell'informazione e dell'informatica*", n. 2, 2000, pp. 275ss.

<sup>89</sup> Cfr. A. STAZI, *La pubblicità commerciale online*, op.cit. p. 11

Internet si afferma definitivamente come mezzo di comunicazione di massa, utilizzato soprattutto per fini commerciali. Solo un anno dopo, infatti, nasce il *banner*<sup>90</sup> e con esso prende vita il fenomeno della pubblicità online<sup>91</sup>. Precisamente è il 27 ottobre 1994 quando il sito “*HotWired*”, *electronic magazine* della rivista Wired, pubblica per la prima volta nella storia di Internet una piccola immagine pubblicitaria<sup>92</sup>. Si tratta, appunto, del primo *banner*: un rettangolo di 468x60 pixel che, citando “*Hai mai cliccato con il tuo mouse proprio qui? Lo farai*”, invitava gli utenti a cliccare sul *link* che portava direttamente al sito dell’inserzionista, la compagnia telefonica AT&T<sup>93</sup>.

Il fenomeno in esame, nel giro di pochi anni, ha subito una crescita esponenziale. Nei primi anni del XX sec. inizia una nuova fase commerciale segnata dalla diffusione di Internet nelle grandi aziende come forma di comunicazione e veicolo pubblicitario e, dal conseguente ingresso delle maggiori agenzie pubblicitarie internazionali in questo nuovo *business*. Gli investimenti pubblicitari delle imprese su Internet non sono più soltanto esperimenti ma entrano definitivamente a far parte del budget insieme a quegli sui media tradizionale<sup>94</sup>.

Le caratteristiche peculiari di Internet, in particolare il fatto che a differenza degli altri mezzi di comunicazione consente una diffusione dei contenuti senza alcun limite né geografico né temporale, dialogando in tempo reale e in modo personalizzato con gli utenti, gli hanno permesso di diventare il canale pubblicitario più utilizzato nel mercato internazionale, scardinando il primato indiscusso della televisione<sup>95</sup>.

---

<sup>90</sup> Per la definizione di “*banner*” v. *infra* § 3.2

<sup>91</sup> Cfr. L.C. UBERTAZZI., *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2019, p. 2632

<sup>92</sup> Si veda <http://thefirstbannerad.com/>

<sup>93</sup> Brian Behlendorf, all’epoca webmaster di HotWired, racconta come è stato ideato il primo *banner*: “*Ce ne stavamo lì seduti davanti a questo sito, cercando di cavarne fuori qualcosa che non si limitasse a essere divertente, ma apportasse benefici all’azienda. Le riviste hanno la pubblicità – riflettevamo – e perché un sito web non deve averla? Ci sembrava ovvio, per così dire*”. Cfr. INTERACTIVE ADVERTISING BUREAU (IAB), “*La pubblicità su Internet: cos’è, chi la fa, come si fa e quanto serve*”, 2001, p. 6.

<sup>94</sup> Cfr. A. STAZI, *La pubblicità commerciale online*, *op.cit.* p. 13

<sup>95</sup> Secondo AGCOM, *Relazione annuale 2023 sull’attività svolta e sui programmi di lavoro*, p. 72: «*I ricavi da inserzioni pubblicitarie su Internet, che già a partire dal 2019 superano il 40% delle entrate complessive, scardinando il primato storico della televisione, registrano nell’ultimo anno un’ulteriore crescita e raggiungono il 58% delle entrate pubblicitarie totali*».

## 2.1. Le caratteristiche peculiari della pubblicità online

Il *digital advertising*, ossia la comunicazione pubblicitaria sviluppata dalle imprese e dalle istituzioni attraverso la rete<sup>96</sup>, presenta delle peculiarità rilevanti, che lo differenziano in maniera sostanziale dalla pubblicità sui media classici.

Sia la letteratura economica<sup>97</sup> sia le Autorità nazionali e internazionali<sup>98</sup>, infatti, sono concordi nell'individuare la pubblicità online come un mercato distinto rispetto alle forme tradizionali di pubblicità.

L'analisi del fenomeno in questione, pertanto, prende avvio esaminando i principi e le tecniche che ne sono alla base e che permettono di distinguerlo dalla pubblicità offline.

La prima caratteristica essenziale della pubblicità online risulta essere l'interattività, determinando un vero e proprio cambiamento di ottica della comunicazione<sup>99</sup>. La pubblicità nella sua accezione tradizionale è «una relazione in cui il flusso delle informazioni ha carattere prevalentemente unidirezionale [...]»<sup>100</sup>, ovvero dall'impresa al pubblico, inteso come indistinto gruppo di consumatori. È una comunicazione di tipo *broadcasting*<sup>101</sup>, ovvero da uno a molti (*one-to-many*), rivolta ad un'audience passiva e indifferenziata e ispirata alla metodologia *push*, in quanto il messaggio pubblicitario viene spinto verso il consumatore<sup>102</sup>. Si pensi, ad esempio, alla televisione che è stata per lungo tempo il *mass-media* per antonomasia. L'annuncio pubblicitario in TV si sostanzia in uno *spot* trasmesso, ad una determinata ora, verso una platea vasta e indistinta di spettatori: si tratta di una forma di pubblicità per definizione generalizzata e invasiva.

---

<sup>96</sup> Così, A. STAZI, *La pubblicità commerciale online*, op.cit. p. 13

<sup>97</sup> In tal senso, fra i vari, si veda: J.D. RATIFILL e D.L. RUBINFELD, *Online advertising: Defining Relevant Markets*, Journal of Competition laws and Economics, 2010, pp.653-686 e D.S. EVANS, *The Online Advertising Industry: Economics, Evolution, and Privacy*, Journal of Economic Perspectives, Vol. 23, 2009, pp. 42-44.

<sup>98</sup> In tal senso, fra le diverse pronunce, si veda: COMMISSIONE EUROPEA, decisione del 20 marzo 2019, caso AT.40411, *Google Search (AdSense)*; decisione del 11 marzo 2018 CASO COMP/M.4731- *Google/DoubleClick*; AGCM, provvedimento n. 20224/2009, caso A420, *FIEG (Federazione Italiana Editori Giornali)/Google*; AGCM, provvedimento n. 28398/2020, Istruttoria A542 *nei confronti di Google per abuso di posizione dominante nel mercato italiano del display advertising*.

<sup>99</sup> Cfr. A. STAZI, *La pubblicità commerciale online*, op.cit. p. 18-19.

<sup>100</sup> Così, F. CAFAGGI, *Pubblicità commerciale*, in Dig. disc. Priv. (sez. comm.), XI, Torino, 1997, p. 434.

<sup>101</sup> Il *broadcasting* è una modalità di trasmissione di segnali audio/video da un emittente ad una molteplicità di riceventi attraverso sistemi di comunicazione terrestri o satellitari. Nell'ambito del marketing, il termine viene impiegato per indicare le forme di comunicazione a “diffusione larga”, che si rivolgono ad un pubblico di massa. Si veda definizione di *Broadcasting* su Glossario Market.it: <https://www.glossariomarketing.it/significato/broadcasting/>

<sup>102</sup> Cfr. A. STAZI, *La pubblicità commerciale online*, op. cit., p. 18.

Il cd. *diritto della pubblicità*, precedentemente esaminato, prende in considerazione il fenomeno anzitutto come “*una comunicazione al pubblico*”, ovvero messaggi indirizzati ad una determinata collettività al fine di “*sollecitare nei suoi destinatari un certo comportamento economico*”<sup>103</sup>. Un simile approccio, sicuramente corretto con riferimento ai tradizionali *mass-media* in cui il destinatario è il pubblico e non il singolo potenziale acquirente, non risulta allo stesso modo idoneo per la comunicazione pubblicitaria online, rendendo estremamente difficoltosa l’applicazione delle norme esistenti<sup>104</sup>.

Tale carattere unidirezionale delle comunicazioni pubblicitaria è stato, infatti, messo in discussione proprio dalla diffusione a largo raggio di Internet.

La rete, rispetto agli altri *mass-media*, garantisce una forma di comunicazione specifica, che è definibile come *narrowcasting*<sup>105</sup>, legata al singolo consumatore. La nota distintiva risiede nel fatto che il destinatario del messaggio può interagire con il mittente e non limitarsi ad essere spettatore passivo di quanto diffuso da altri<sup>106</sup>. Il consumatore, che si trasforma in un utente, può ricercare e selezionare all’interno del *web* i dati che gli interessano, escludendo le informazioni ricevute che non siano di suo gradimento<sup>107</sup>. In tal modo, lo stesso, interagendo in tempo reale con il mittente del messaggio pubblicitario, si trasforma da soggetto passivo, destinatario di uno *spot*, in soggetto attivo da convincere e persuadere.

In altre parole, l’interattività porta con sé un nuovo modo di comunicare: un sistema basato sul dialogo fra *advertiser* e consumatori, invece che sul tradizionale monologo<sup>108</sup>. Risulta chiaro come l’attenzione si sposta dal prodotto all’utente, che diventa assoluto protagonista del contenuto pubblicitario<sup>109</sup>. La comunicazione pubblicitaria online risulta

---

<sup>103</sup> Cfr. M. FUSI e P. TESTA, *Diritto & Pubblicità*, *op.cit.*, p. 31

<sup>104</sup> Cfr. A. LANZARETTI, *La regolamentazione della pubblicità on-line*, Working Papers edito da Osservatorio della Proprietà Intellettuale, Concorrenza e Telecomunicazioni, Giuffrè, 2002, p. 3.

<sup>105</sup> Il *narrowcasting* è modalità di diffusione dei contenuti mediali. Nel marketing, il termine viene usato per indicare le forme di comunicazione a “diffusione mirata”, che si rivolgono, cioè, a settori particolari di pubblico, e si distinguono da quelle a “diffusione larga” (broadcasting), indirizzate all’opposto un pubblico di massa. Si veda definizione di Narrowcasting su Glossario Market.it: <https://www.glossariomarketing.it/significato/broadcasting/>

<sup>106</sup> Sul punto si veda A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet*, Giappichelli, Torino, 2009 e G. CASSANO e A. COTALDO, *Internet e tutela della libertà di espressione*, Giuffrè, Milano, 2009

<sup>107</sup> Cfr. A. LANZARETTI, *La regolamentazione della pubblicità on-line*, *op.cit.* p. 4

<sup>108</sup> Così, F. CHIRICO, *Internet e la pubblicità*, Rivista giuridica online Jei, al sito web: [https://www.jei.it/informatica\\_giuridica/online/chirico.htm](https://www.jei.it/informatica_giuridica/online/chirico.htm)

<sup>109</sup> Cfr. D. MARCHETTI, *Dal primo spot in tv a Facebook, come è cambiata la pubblicità*, la Stampa Società, 2016, consultabile al link:

<https://www.lastampa.it/cultura/2016/07/01/news/dal-primo-spot-in-tv-a-facebook-come-e-cambiata-la-pubblicita-1.34828895/84321132176543122345676543122356>.

sempre più svincolata dalla qualità e dal prezzo del bene/servizio sponsorizzato e sempre più focalizzata sull'esperienza che ogni singolo utente ha del bene/servizio stesso<sup>110</sup>.

In aggiunta, l'interattività permette alla pubblicità veicolata su Internet di essere un canale di vendita diretta<sup>111</sup>. Un messaggio pubblicitario diffuso in rete non svolge solo una funzione comunicativa, ma offre anche la rivoluzionaria opportunità di essere cliccato (*click-through*). Così l'utente viene indirizzato sul sito *web* dell'impresa dove ha la possibilità di procedere direttamente all'acquisto del prodotto/servizio pubblicizzato.

Di conseguenza, la pubblicità offline e quella online perseguono scopi differenti: mentre la prima è utilizzata principalmente per creare consapevolezza del marchio, la pubblicità online, invece, è impiegata prevalentemente per innescare una risposta diretta del consumatore<sup>112</sup>.

L'altra caratteristica fondamentale che Internet conferisce ai messaggi pubblicitari diffusi online risiede nel fatto che sono personalizzabili, in quanto basati sui dati degli utenti.

Nonostante le informazioni sui consumatori rappresentino da sempre una *asset* essenziale in ogni attività economica, nella nostra epoca assistiamo ad una esplosione di dati generati attraverso le tecnologie e le apparecchiature più disparate. L'attività degli utenti in rete lascia innumerevoli tracce, infinitamente preziose per coloro che hanno la necessità di conoscere e calcolare i comportamenti degli stessi<sup>113</sup>. L'elevato numero di tali informazioni, in combinazione alla loro velocità e varietà, ha permesso di definirle e categorizzarle sotto l'univoca nozione di *Big Data*<sup>114</sup>. Quest'ultimi sono funzionali alla profilazione degli utenti, consentendo un'analisi delle abitudini, degli interessi, dei gusti e preferenze degli stessi<sup>115</sup>.

In questo scenario, si sono affermate un numero significativo di imprese dedite a raccogliere, immagazzinare, elaborare e sfruttare tali informazioni. In particolare, le grandi piattaforme digitali, le cd. *Big-tech* (come Google, Apple, Facebook etc), impiegano tecniche di analisi dei dati che consentono di tracciare e classificare modelli comportamentali degli utenti, al fine di adattare al meglio le offerte dei propri servizi,

---

<sup>110</sup> Cfr. P. MARDEGAN, G. RIVA e S. SCATENA, *Digital Advertising 3.0. Il futuro della pubblicità digitale*, op. cit., pag 46.

<sup>111</sup> Cfr. A. STAZI, *La pubblicità commerciale online*, op. cit., p. 20.

<sup>112</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, decisione del 20 marzo 2019, caso AT.40411, *Google Search (AdSense)*, p. 27.

<sup>113</sup> Così, G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, op. cit., p. 333.

<sup>114</sup> Cfr. S. COLOMBO e A. PIGNATARO, *Raccolta e condivisione di big data: quali effetti sulla collusione?*, Mercato Concorrenza Regole, 2019, p. 316. Sull'ampio tema dei *Big data v. infra* Cap. II §1 e ss.

<sup>115</sup> Cfr. G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, Mercato Concorrenza Regole, Rivista quadrimestrale" 3/2016, p. 427.

nonché di fornire agli inserzionisti spazi pubblicitari più idonei a veicolare messaggi ritagliati sul profilo dell'utente<sup>116</sup>.

In sostanza, come ha osservato l'AGCM nella già menzionata indagine conoscitiva sui *Big Data*, il settore della pubblicità online non potrebbe esserci senza l'utilizzo dei dati degli utenti: quest'ultimi diventano più preziosi che mai, permettendo una personalizzazione dell'offerta, basata sulle caratteristiche del singolo utente<sup>117</sup>.

Il *digital advertising*, dunque, si basa proprio sulla raccolta dei dati personali, sul tracciamento e sulla profilazione degli utenti su larga scala. Il tratto distintivo risiede nella capacità di sfruttare tutte le informazioni raccolte così da permettere agli inserzionisti pubblicitari di raggiungere specifici *target* di utenti, indirizzando loro messaggi mirati con elevati livelli di personalizzazione<sup>118</sup>.

Da qui, viene in rilievo un'ulteriore caratteristica essenziale dell'*online advertising*, strettamente connessa alla precedente: la sua misurabilità in termini di denaro, spazio e tempo.

Le peculiarità di Internet, ossia il fatto che consente una comunicazione bidirezionale e interattiva, in cui l'utente può interagire e non limitarsi ad essere spettatore passivo, hanno permesso agli inserzionisti di ottenere dei *feedback* per stimare l'impatto dei messaggi pubblicitari<sup>119</sup>. Ciò è concretamente possibile da quando, verso la metà degli anni '90, fanno la loro apparizione i *cookie*<sup>120</sup> o i marcatori in generale, che consentono una forma di monitoraggio degli utenti prima inimmaginabile. Attraverso questi gli inserzionisti o le agenzie pubblicitarie riescono a tracciare le fasi di navigazione di ogni utente e, quindi, a conoscere a quali siti accede, in quale momento e per quanto tempo rimane su ogni

---

<sup>116</sup> Cfr. G. D'AGOSTINO, *Le piattaforme digitali come nuove forme di mercato. Alcune considerazioni in merito ai profili economici-giuridici alla luce del processo normativo in UE*, in L. AMMANTI, A. CANEPA, G.L. GRECO, U. MINETTI (a cura di), *Algoritmi, Big Data, Piattaforme digitali*, Giappichelli, Tornino, 2021, p. 85.

<sup>117</sup> Cfr. AGCOM, AGCM, GPDP, IC53 *Indagine conoscitiva sui Big data*, cit., p. 71.

<sup>118</sup> *Ibidem*

<sup>119</sup> Cfr. G. IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata. Real-Time Bidding e behavioural advertising*, op.cit., pp. 150-151.

<sup>120</sup> I *cookie* sono piccoli stringhe di testo che i siti visitati dall'utente inviano al suo terminale (solitamente al *browser*), dove vengono memorizzati, per essere poi ritrasmessi agli stessi siti alla successiva visita del medesimo utente. In aggiunta, nel corso della navigazione su un sito, l'utente può ricevere nel suo browser anche cookie di siti o di web server diversi (cd. cookie di terze parti). Ciò accade perché nel sito web visitato sono presenti elementi (ad. esempio immagini, suoni, specifici link) di pagine web di altri domini che risiedono su server diversi da quello sul quale si trova la pagina richiesta. In sostanza, sono quei cookie che vengono impostati da un sito web diverso da quello che si sta attualmente visitando. Si veda definizione di Cookie policy su Glossario Marketing: <https://www.glossariomarketing.it/cookie-policy/>.

singola pagina. Così facendo possono attuare campagne pubblicitarie mirate e personalizzate per determinate categorie di consumatori aventi profili simili<sup>121</sup>.

In particolare, il *targeting* ha permesso di risolvere un dilemma noto agli inserzionisti pubblicitari, che può essere riassunto con tale citazione: «*Metà dei soldi che spendo per la pubblicità è sprecato, il problema è che non so quale metà*»<sup>122</sup>. La pubblicità tradizionale è, infatti, da sempre caratterizzata da un elevato rischio, in quanto si spendono capitali più o meno ingenti, senza essere certi della sua efficacia. Gli inserzionisti acquistano uno spazio (ad esempio, nei giornali) nella consapevolezza che il messaggio pubblicitario verrà visto da un certo numero di persone, senza sapere però, se il suddetto spazio avrà un reale influenza sul consumatore<sup>123</sup>.

All'opposto, nella pubblicità online l'*advertiser* non si limita a trasmettere un generico annuncio ma, osservando l'interazione che gli utenti hanno su siti e piattaforme e monitorandone il comportamento, può raffinare a tal punto l'annuncio da personalizzarlo sulla base delle preferenze, dei gusti e degli interessi dimostrati dallo stesso<sup>124</sup>. Ciò permette di aumentare l'efficacia del messaggio pubblicitario, che farà più presa sull'utente, e lo persuaderà, verosimilmente, a comprare quel determinato prodotto o servizio.

In conclusione, alle luce del quadro sopra esposto, possiamo affermare che la pubblicità online riunisce in sé una serie di caratteristiche indubbiamente vantaggiose, che nelle modalità pubblicitarie tradizionali non sono riscontrabili.

### **3. La filiera del *digital advertising***

Dalla comparsa del primo banner, la pubblicità online si è arricchita di nuove tipologie e formati: sono cambiate le modalità di vendita degli spazi pubblicitari e ai soggetti economici tradizionali si sono affiancati, alle volte sostituiti, nuovi soggetti e piattaforme digitali automatizzate.

Ad oggi il settore in esame, oltre che in forte espansione<sup>125</sup>, è ampio e variegato. Risulta caratterizzato da un elevato grado di complessità, riconducibile ad una serie di elementi tra cui: la grande varietà di prodotti offerti, l'esistenza di diversi tipi di intermediari, la

---

<sup>121</sup> Cfr. A. STAZI, *La pubblicità commerciale online*, op. cit., p. 84.

<sup>122</sup> La citazione è di John Wanamaker, mercante e politico statunitense, il quale affermò: «*Half the money I spend on advertising is wasted; the trouble is I don't know which half*».

<sup>123</sup> Cfr. P. MARDEGAN, G. RIVA e S. SCATENA, *Digital Advertising 3.0. Il futuro della pubblicità digitale*, op. cit., p.

<sup>124</sup> Cfr. G. IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata. Real-Time Bidding e behavioural advertising*, op.cit., pp. 151-152.

<sup>125</sup> V. supra nota 84.

peculiarità nel processo di formazione del prezzo degli annunci, nonché l'esistenza di molteplici modelli di costo e di ripartizione dei ricavi non sempre così trasparenti<sup>126</sup>.

Si tratta di un settore chiave per l'economia digitale e, in particolare, per il funzionamento dei modelli di *business* su cui si basano le grandi piattaforme digitali<sup>127</sup>. Come sarà approfondito più avanti, le stesse attraverso le inserzioni pubblicitarie remunerano la loro attività, qualunque essa sia. È stato osservato<sup>128</sup> infatti che gli operatori digitali, più che vendere beni o servizi (dall' *e-commerce*, ai servizi *streaming* di video e audio, ai *social network*, alla ricerca dei contenuti etc.) hanno come obiettivo comune catalizzare e catturare il tempo degli utenti. Mirano, dunque, a mantenere questi ultimi sulle loro piattaforme il più a lungo possibile mostrando loro annunci pubblicitari e acquisendo così dati personali, preferenze e gusti degli stessi<sup>129</sup>.

Il meccanismo sottostante rientra nel più ampio schema della cd. "*monetizzazione dei dati personali*"<sup>130</sup>: da un lato gli operatori e le piattaforme digitali offrono agli utenti un servizio "gratuito"; dall'altro lato quest'ultimi restituiscono un flusso costante di dati, che verranno poi ceduti, dietro corrispettivo monetario, ad inserzionisti ed editori al fine di consentire una forma di pubblicità mirata, ritagliata sulle caratteristiche del singolo. Le informazioni cedute dagli utenti diventano, dunque, la nuova moneta di scambio.

Lo sfruttamento dei dati nel settore della pubblicità online porta con sé grandi vantaggi, ma altrettanto rilevanti criticità. I rischi sottesi alla violazione della privacy sono evidenti: la maggior parte degli utenti è spesso non consapevole di quanto sia estesa la raccolta di dati personali e di quanto ciò possa esporli alla cd. pubblicità *targettizzata*<sup>131</sup>.

In aggiunta, la disponibilità dei dati consente ai possessori di tali informazioni di avere una posizione di decisivo vantaggio competitivo nel mercato della pubblicità online, nel

---

<sup>126</sup> Cfr. AGCOM, *Indagine conoscitiva sul settore dei servizi Internet e sulla pubblicità online*, op. cit., p. 157.

<sup>127</sup> V. *supra* nota 3.

<sup>128</sup> Sul punto si veda Y.N. HANARI, *21 lezione per il XXI secolo*, Bombiani, Milano, 2019, pp.116-117, il quale afferma: «La gara per ottenere i dati è già iniziata e vede in testa i giganti dell'high-tech come Google, Facebook, Baidu e Tencent. Finora queste aziende sembrano aver adottato il modello di business dei "mercati dell'attrazione". Catturano la nostra attenzione fornendoci informazioni gratuite, servizi e intrattenimento, e rivendendo poi la nostra attenzione alle aziende inserzioniste. [...] Il loro vero business non è affatto vendere spazi pubblicitari. In realtà catturando la nostra attenzione, sono in grado di accumulare una immensa quantità di dati su di noi [...]. Non siamo i loro clienti- siamo i loro prodotti».

<sup>129</sup> Cfr. G. IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata. Real-Time Bidding e behavioural advertising*, op.cit., pp.138-139.

<sup>130</sup> V. *supra* nota 5.

<sup>131</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Study on the impact of recent developments in digital advertising on privacy, publishers and advertisers: final report*, op. cit., p.10.



quale l'uso degli stessi è di vitale importanza<sup>132</sup>. Dall'altra parte, quindi, si manifestano timori legati alla possibilità che lo sfruttamento di tale bagaglio informativo possa provocare profondi squilibri concorrenziali: i *Big data* realizzerebbero barriere all'ingresso, in grado di conferire un potere di mercato e rafforzare posizioni di dominio, oppure potrebbero agevolare accordi collusivi assicurando una maggiore trasparenza del mercato<sup>133</sup>.

Pertanto, a fronte dell'emergere di grandi piattaforme online il cui modello di *business* ruota attorno alla raccolta e al trattamento dei dati personali, si è soliti suggerire che la tutela della concorrenza e della protezione dei dati siano sinergiche e complementari, richiedendo quindi un approccio integrato<sup>134</sup>. Negli ultimi anni vi è una crescente richiesta di un intervento antitrust diretto a neutralizzare i rischi connessi alla raccolta ed all'utilizzo dei dati personali, di modo che eventuali violazioni della privacy siano sanzionate con gli strumenti dell'antitrust.

Prima di addentrarci nell'esame di tali problematiche giuridiche è necessario analizzare la filiera della pubblicità online, individuando i diversi mercati di cui essa si compone, tra i quali il minimo comune denominatore risiede nell'impiego e nel ruolo cruciale rivestito dai *Big data*<sup>135</sup>.

In via preliminare si evidenzia che i mercati digitali, noti come *multi-sides market* (i.e. mercati a più versati)<sup>136</sup>, sono caratterizzati dalla necessaria compresenza dei seguenti elementi<sup>137</sup>:

- a) La presenza di almeno due gruppi di utenti, che si trovano in una situazione di interdipendenza reciproca. Questo legame può sussistere o perché ci sono due o più

---

<sup>132</sup> Cfr. AGCM, AGCOM, GPDP, *IC53 Indagine conoscitiva sui Big data*, cit., p. 32.

<sup>133</sup> Cfr. G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, op.cit., p. 428.

<sup>134</sup> Cfr. G. COLANGELO, *The Privacy-Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition Law*, op.cit., p. 2.

<sup>135</sup> V. *infra* Cap. 2 § 1 e ss.

<sup>136</sup> Sul punto G. CREA, *Profili antitrust del consenso non libero al trattamento dei dati personali*, in L. BOLOGNANI (a cura di), *Privacy e libero mercato digitale, convergenza tra regolazioni e tutele individuali nell'economia data-driven*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 20 specifica: «Va peraltro osservato come il modello del mercato a più versanti non sia una novità legata all'avvento di Internet, essendo già presente nell'esperienza —passata e presente— delle piattaforme televisive tradizionali nella sua versione più semplice two-sided; in tale contesto, nel versante dell'offerta al pubblico di programmi radiotelevisivi gli stessi telespettatori (audience) rappresentano il parametro che il provider televisivo utilizza sul secondo versante — in cui sono presenti gli inserzionisti pubblicitari — per stabilire il prezzo di offerta degli intervalli di tempo previsti all'interno dei programmi televisivi a fini pubblicitari».

<sup>137</sup> Sul punto si veda F. GHEZZI, G. OLIVERI, *Diritto Antitrust*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 191-192

gruppi di utenti diversi ovvero perché gli stessi possono passare da una parte all'altra della piattaforma, in base alle circostanze.

- b) L'esistenza di effetti di rete indiretti tra i diversi gruppi di utenti, in virtù dei quali il valore del bene/servizio per l'utente appartenente ad un gruppo è strettamente dipendente dalla presenza degli stessi negli altri gruppi.

Gli effetti indiretti di rete possono essere positivi o negativi, a seconda che la presenza di utenti in gruppo abbia un impatto positivo o negativo sull'utilità tratta dall'utente dal bene/servizio.

In aggiunta, un'ulteriore distinzione in merito può essere fatta tra effetti indiretti di rete bilaterali e unilaterali. I primi ricorrono quando l'utente di un gruppo beneficia indirettamente dell'aumento dei partecipanti del proprio gruppo, in quanto ciò comporta un incentivo per l'altro versante ad aumentare il numero dei suoi membri<sup>138</sup>. All'opposto, gli effetti unilaterali si hanno nel caso in cui soltanto un gruppo di utenti beneficia della crescita nell'altro versante.

La presenza di effetti esterni tra un versante e un altro crea, dunque, una relazione diretta tra il valore del bene/servizio offerto su un versante e la numerosità di soggetti che operano sull'altro.

- c) Infine, prodotti/servizi offerti a prezzo zero su alcuni nei versanti del mercato. Le piattaforme digitali operanti su due o più versanti applicano un prezzo agevolato, fino al punto da azzerarlo completamente, ad un dato versante del mercato e, conseguentemente, aumentano il prezzo sostenuto dal diverso versante collegato. In sostanza, il costo di interazione viene ridotto dall'intermediario per il versante più sensibile al prezzo, mentre i costi del prodotto vengono sostenuti principalmente o esclusivamente da un diverso versante.

Tale fenomeno è dovuto sia dalla cd. "*data harvesting*" (i.e. raccolta dei dati) come forma di pagamento sia dal fatto che un versante è sovvenzionato dall'altro<sup>139</sup>.

Lo schema, come sopra già osservato, può essere facilmente rinvenuto nei modelli di *business* delle piattaforme digitali basati sulla pubblicità online (si pensi, ad esempio, *ai social network*): gli utenti (versante A) non supportano alcun costo di adesione alla piattaforma, ma, allo stesso tempo, rendono noti i loro dati. Tali informazioni

---

<sup>138</sup> Si pensi, ad esempio, ad un sito *e-commerce*, nel quale aumentando la presenza di venditori, aumenta il valore assegnato dai potenziali acquirenti al sito: in sostanza, ciascun venditore beneficia indirettamente della presenza di altri, in quanto ciò comporta un incremento del traffico sul sito web. Cfr. F. GHEZZI, G. OLIVERI, *Diritto Antitrust, op. cit.*, p. 192.

<sup>139</sup> Cfr. R. ALIMONTI e F. ARDUINI, *Il mercato rilevante nell'era digitale*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANO (a cura di), *Diritto Antitrust*, Giuffrè, Milano, 2021, pp.108-109.

verranno poi utilizzate dagli inserzionisti (versante B), a fronte del sostenimento degli oneri economici per entrambi i versanti<sup>140</sup>.

Chiarito ciò, secondo consolidati orientamenti europei e nazionali<sup>141</sup>, il settore della pubblicità online può essere, in primis, suddiviso in *search e no-search*, a seconda della modalità con cui viene veicolato il messaggio pubblicitario.

### 3.1 *Search engine advertising* (SEA)

Il *search advertising*, per esteso *search engine advertising* (SEA), è letteralmente la pubblicità legata ai motori di ricerca (quali, ad esempio, Google, Yahoo, Bing). Si identifica con gli annunci pubblicitari, prevalentemente inserzioni testuali, visualizzati sopra, sotto o accanto ai risultati di un motore di ricerca ogni qual volta che un utente inserisce una *query* di ricerca che corrisponde ad una parola/stringa di parole chiave (i.e. *keyword*)<sup>142</sup>. La selezione degli annunci visualizzati è legata quindi principalmente alle *keywords* inserite dall'utente medesimo per effettuare l'indagine in questione, ma può essere influenzata anche da altri dati limitati quali, ad esempio, la sua collocazione geografica<sup>143</sup>. La pubblicità di ricerca è finalizzata a guidare i consumatori ad intraprendere una particolare azione, ossia fare clic sul *link* (il messaggio pubblicitario visualizzato), che contiene un collegamento ipertestuale con la pagina web dell'inserzionista.

A titolo esemplificativo, se un utente digita come *query* di ricerca "scarpe da corsa" su Google Search, visualizzerà nella pagina dei risultati del motore di ricerca (cd. SERP, *Search Engine Results Pages*) diversi annunci di negozi sportivi online o posti nelle vicinanze.

---

<sup>140</sup> Cfr. F. GHEZZI, G. OLIVERI, *Diritto Antitrust, op. cit.*, p 192.

<sup>141</sup> In tal senso si veda: COMMISSIONE EUROPEA, decisione del 20 marzo 2019, caso AT.40411, *Google Search* (AdSense). Si vedano altresì i casi della Commissione M.5727, *Microsoft/Yahoo Search Business*; M.7217, *Facebook/Whatsapp*. AGCM, provvedimento n. 28398/2020, Istruttoria A542 *nei confronti di Google per abuso di posizione dominante nel mercato italiano del display advertising*; AGCM, provvedimento n. 20224/2009, caso A420, *Fieg (Federazione Italiana Editori Giornali)/Google*; AGCM, provvedimento n. 11928/2003, caso C5828, *Rcs Pubblicità Dada/Newco*; AGCM provvedimento n. 10083/2001, caso C4793, *Il Sole 24 Ore/Information Technology Holding*.

<sup>142</sup> Cfr. D. GERADIN e D. KATSIFIS, *An EU competition law analysis of online display advertising in the programmatic age*, *European Competition Journal*, 2019, pp. 59.

<sup>143</sup> Cfr. COMPETITION MARKET AUTHORITY (CMA), *Online platforms and digital advertising Market study*, Final report, 1 July 2020, p. 59.

Le SERP presentano tipicamente due tipi di contenuti: “*i risultati di ricerca a pagamento*” e “*i risultati di ricerca organici*”<sup>144</sup>. Il primo tra i due menzionati, contrassegnato dalla scritta “*annuncio*”, si sostanzia nei link pubblicitari pagati da un inserzionista per essere visualizzati. Le inserzioni pubblicitarie di tipo *search* vengono vendute prevalentemente attraverso meccanismi di aste specializzate, in tempo reale e si basano generalmente su un modello di pricing *cost-per-click* (CPC)<sup>145</sup>. I risultati organici, invece, sono elenchi di pagine web che appaiono come risultato dell’algoritmo del motore di ricerca.<sup>146</sup>

Delineate le caratteristiche generali di tale canale pubblicitario digitale, entriamo nell’analisi dei meccanismi di vendita delle inserzioni pubblicitarie di tipo *search*, prendendo come esempio il principale motore di ricerca, Google, attraverso il programma Ads (precedentemente denominato AdWords).

Sul versante della domanda di questo mercato ci sono gli utenti di Internet e gli inserzionisti mentre dal lato dell’offerta ci sono gli operatori delle piattaforme pubblicitarie di ricerca.

Nel dettaglio, l’inserzionista che aderisce al programma Ads sceglie la parola/stringa di parole chiave a cui desidera che sia associata la sua inserzione<sup>147</sup>. La scelta della *keyword* è un momento cruciale per l’*advertiser*, da condurre con razionalità, tenendo conto delle intenzioni e degli interessi degli utenti in relazione al servizio/ prodotto che si vuole sponsorizzare<sup>148</sup>.

L’inserzionista, inoltre, in questa prima fase, fissa anche il prezzo massimo (maximum CPC) che è disposto a pagare ogni volta che un utente clicca sul suo messaggio pubblicitario.

---

<sup>144</sup> I “*risultati di ricerca organici*” sono noti anche come “*risultati di ricerca generici*” o “*risultati di ricerca naturali*”.

<sup>145</sup> Le inserzioni pubblicitarie online vendute a CPC (cost-per-click) si caratterizzano per il fatto che l’inserzionista paga un corrispettivo quando gli utenti cliccano sull’annuncio e vengono reindirizzati al sito web dell’inserzionista. Cfr. AGCOM, *Indagine conoscitiva sul settore dei servizi Internet sul settore dei servizi internet e sulla pubblicità*, op.cit., p. 160.

<sup>146</sup> Cfr. F. M. SCOTT MORTON e D. C. DINIELLI, *Roadmap for a Digital Advertising Monopolization Case Against Google*, May 2020, p. 3-4.

<sup>147</sup> In tale fase l’inserzionista ha la possibilità di scegliere la tipologia di *match* tra propria parola-chiave e la search query dell’utente. Vi sono diversi tipi di *match*, fra i quali:

(i) *Exact match*: esatta corrispondenza tra keyword dell’inserzionista e dell’utente  
(ii) *Phrase match*: la search query dell’utente, pur contendo la frase scelta dall’inserzionista rispettando l’ordine delle parole, ne può contenere delle anche.  
(iii) *Negative keyword*: l’inserzionista specifica le parole-chiavi che esclude dal match con le query di ricerca. Cfr. AGCOM, *Indagine conoscitiva sul settore dei servizi Internet sul settore dei servizi internet e sulla pubblicità*, op.cit., pp. 172-173.

<sup>148</sup> Cfr. P. MARDEGAN, G. RIVA e S. SCATENA, *Digital Advertising 3.0. Il futuro della pubblicità digitale*, op. cit, p. 58.

Successivamente, nel momento in cui il consumatore-utente effettua una ricerca su Google (o su un sito *partner*), lo stesso identifica tutte le potenziali inserzioni associabili alla *saerch query*. Viene quindi avviata un'asta, che si svolge in pochi millesimi di secondo, all'esito della quale si determinano quali inserzioni verranno mostrate ed in quale ordine appariranno. Google classifica gli annunci di ricerca pertinenti in base al loro "Ad Rank". Il ranking dipende principalmente, oltre dell'entità dell'offerta, anche dal punteggio di qualità di quell'annuncio di ricerca, noto come "Quality Score" dell'inserzionista, che si indentifica con il *click through rate* (CTR)<sup>149</sup> atteso. Pertanto, per determinare la posizione in cui verrà visualizzata l'inserzione, Google calcola l'Ad Rank della stessa, ottenuto come: *Quality score x Maximum CPC*. In sostanza, i risultati che appaiono più in alto nelle SERP di Google sono quelli con i punteggi di Ad Rank maggiori.

Secondo i recenti dati forniti dalla Commissione europea nello studio condotto sugli sviluppi della pubblicità online, il *search advertising* è il più grande canale pubblicitario digitale nello spazio economico europeo (SEE), rappresentando il 39% della spesa totale, sebbene sia il secondo a livello globale<sup>150</sup>. Alcuni autori sostengono che questo canale ha maggior successo in termini di "conversione"<sup>151</sup>, in quanto l'utente che inserisce la *query* di ricerca esprime il suo interesse per un determinato prodotto o servizio ed è quindi più probabile che esegua l'azione desiderata, ossia faccia clic sul link<sup>152</sup>.

Dall'altra parte è stato evidenziato come le aste specializzate appena descritte per la pubblicità *search* potrebbero introdurre una discriminazione di prezzo fra gli inserzionisti. Può verificarsi, infatti, che annunci pubblicitari nella medesima SERP in diverse posizioni

---

<sup>149</sup> Il *click-through rate* (CTR) è il rapporto fra il numero dei click generati da un annuncio e il numero delle volte in cui lo stesso è stato visto. Più precisamente, indica la percentuale di click generati da un annuncio in rapporto alle *impression* servite dall'*ad server* per quello stesso annuncio. Si ottiene, quindi,  $\text{click} \div \text{impressioni} = \text{CTR}$ . A titolo esemplificativo, se un utente ha 5 clic e 100 impressioni, allora il CTR è pari al 5%. Si veda definizione di Click-through rate su Glossario Marketing.it, <https://www.glossariomarketing.it/significato/click-through-rate/>.

<sup>150</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Study on the impact of recent developments in digital advertising on privacy, publishers and advertisers: final report*, op. cit., p.16, che sostiene: "at a global level, the growth of social media advertising has been even faster [...], and it is now the biggest advertising channel globally". Sul canale del social media advertising v. *Infra* § 3.4.

<sup>151</sup> Ossia in termini di acquisti effettuati a seguito dell'annuncio pubblicitario visualizzato.

<sup>152</sup> Cfr. D. GERADIN & D. KATSIFIS, *An EU competition law analysis of online display advertising in the programmatic age*, op. cit., p. 59. Sul punto la COMMISSIONE EUROPEA, caso AT.40411, *Google Search (AdSense)*, pp.30-31 afferma: "Online search ads are distinguishable from non-search ads because of their intrinsically higher capability to answer to an immediate interest of a user in a precisely targeted way. [...] Online search advertising providers serve online search ads in real time in response to the expression of interest for a service or product that a user makes through the keywords in a query. Online search ads therefore reach an already interested audience at the point in time when such an audience is closest to responding to a particular advertising message (for example, by making a purchase)".

abbiano CPC differenti, ovvero che annunci degli inserzionisti in pagine diverse ma nella stessa posizione abbiamo CPC diversi, o infine che annunci che compaiono nella stessa posizione e nelle medesima pagine abbiano CPC differenti<sup>153</sup>.

### **3.2 No-search advertising**

Con il termine no-search advertising si fa riferimento a tutte le altre tipologie di inserzioni pubblicitarie che non conseguono ad una ricerca tramite *keyword* dell'utente. Si tratta di annunci che possono apparire su qualsiasi pagina *web*, selezionati in base all'attinenza con il contenuto della pagina stessa (si parla a proposito di *contextual targeting*) ovvero indipendentemente da questa (i.e. *non-contextual targeting*)<sup>154</sup>.

Data la forte eterogeneità del canale pubblicitario *non-search*, è possibile procedere ad ulteriori segmentazioni dello stesso con l'individuazione di mercati più ristretti, differenziati gli uni dagli altri in termini di formato e di canale attraverso cui il messaggio pubblicitario è veicolato. In particolare, vengono in rilievo: *il display advertising*, *il classified advertising* e *il social network advertising*<sup>155</sup>.

### **3.3 Display advertising**

Con il termine display advertising si fa riferimento agli annunci visivi (ad esempio, testi, immagini o video) che appaiono su siti *web* che l'utente ha scelto di visualizzare, spesso in una finestra laterale o in un altro spazio. Si intende, quindi, la messa a disposizione da parte dei gestori e/o proprietari di siti web (ossia editori o *publisher*) di spazi online per il collocamento e le esposizioni di annunci pubblicitari degli inserzionisti<sup>156</sup>. Il tipico esempio è il banner (letteralmente “bandiera”, “insegna”), il più risalente e noto degli strumenti pubblicitari utilizzati in rete. È costituito da uno spazio grafico di varie forme e dimensioni, contenente un annuncio promozionale in forma grafica, testuale e/o

---

<sup>153</sup> Cfr. AGCOM, *Indagine conoscitiva sul settore dei servizi Internet sul settore dei servizi internet e sulla pubblicità*, op.cit., pp. 172-173.

<sup>154</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, caso AT.40411, *Google Search (AdSense)*, cit., p. 33.

<sup>155</sup> In tal senso si veda AGCM, *Istruttoria A542 nei confronti di Google per abuso di posizione dominante nel mercato italiano del display advertising*, p. 5, che aggiunge nell'elenco anche *l'e-commerce advertising* e *l'e-mail advertising*. Secondo la COMMISSIONE EUROPEA, *Study on the impact of recent developments in digital advertising on privacy, publishers and advertisers: final report*, op. cit., p. 20. p. 16: “*Digital advertising is usually categorised by industry analysts into four types, often referred to as “channels”: search, social media, display and classified*”.

<sup>156</sup> Cfr. F. M. SCOTT MORTON e D. C. DINIELLI, *Roadmap for a Digital Advertising Monopolization Case Against Google*, op.cit, pp. 3-4.

multimediale di un inserzionista, al quale l'utente può accedere cliccando il *link* contenuto nel banner stesso<sup>157</sup>.

Gli annunci display, a differenza della pubblicità *search*, non vengono inseriti in risposta diretta alla ricerca o alle richieste degli utenti, ma vengono posizionati davanti agli stessi che in quel dato momento stanno utilizzando Internet per altri scopi (ad esempio, la lettura di una recensione di un film o di un articolo di cronaca). Pertanto, saranno più efficaci se il prodotto/servizio sponsorizzato è di interesse dell'utente: sapere chi è, quali sono le sue preferenze e i suoi gusti, quale sia il suo reddito cambia l'insieme di inserzionisti che sono disposti a fare un'offerta per collocare il loro annuncio e aumenta la loro disponibilità a pagare. Intuiamo, quindi, come i dati personali degli utenti (quali, ad esempio, dati comportamentali estratti dalla cronologia di navigazione, dati socio- demografici, come età, sesso o posizione) assolvono un ruolo chiave nella pubblicità *display*, più che negli altri canali<sup>158</sup>.

Ipotizziamo un utente che stia leggendo una recensione di scarpe da corsa oppure una rivista per corridori: allo stesso potrebbe apparire un banner che pubblicizza scarpe da corsa, partendo dal ragionevole presupposto che sta pensando di acquistarle. Un secondo motivo per cui potrebbe vedere tale inserzione pubblicitaria, risiede nel fatto che precedentemente ha cercato "*scarpe da corsa*" su Internet e, pertanto, il motore di ricerca che ha utilizzato ha salvato questa informazione. Durante la lettura, inoltre, l'utente potrebbe vedere sul lato dello schermo annunci di altri prodotti, in quanto l'inserzionista sa che lo stesso potrebbe esservi interessato conoscendo i suoi dati personali<sup>159</sup>.

Entriamo, quindi, nell'analisi dei meccanismi di vendita della pubblicità *display*. Si possono configurare tre diverse situazioni, a seconda dei rapporti che si instaurano fra i diversi soggetti che vi operano<sup>160</sup>.

Nel primo caso, quello più semplice, la vendita della pubblicità *display* non risulta più complessa di quella sui mezzi di comunicazione tradizionale. Gli editori di siti *web* si impegnano in trattative dirette e bilaterali con gli inserzionisti per vendere spazi pubblicitari ad un determinato prezzo pattuito<sup>161</sup>. In genere viene acquisita una quantità

---

<sup>157</sup> La definizione di banner è tratta da A. STAZI, *La pubblicità commerciale online*, op.cit., p. 55.

<sup>158</sup> Cfr. D. GERADIN e D. KATSIFIS, *An EU competition law analysis of online display advertising in the programmatic age*, op. cit., p. 61.

<sup>159</sup> L'esempio è tratto da F. M. SCOTT MORTON e D. C. DINIELLI, *Roadmap for a Digital Advertising Monopolization Case Against Google*, op.cit, pp 4-5.

<sup>160</sup> Sul punto si veda G. IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata. Real-Time Bidding e behavioural advertising*, op.cit., pp. 143-145.

<sup>161</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Study on the impact of recent developments in digital advertising on privacy, publishers and advertisers: final report*, op. cit., p. 20.

fissa di *impression*<sup>162</sup> ad un prezzo prestabilito, noto comunemente come CPM, *Cost-per-mille*, ovvero costo per (migliaia) di *impression*<sup>163</sup>. In sostanza, la vendita si basa su un accordo tra *advertiser* e *publisher*. Questo è stato l'unico modo impiegato agli albori della pubblicità *display*, successivamente è stato osservato come questo tipo di *buying* presenti diversi svantaggi: in primo luogo, richiede molto tempo e comporta un alto rischio per gli editori di rimanere con spazi pubblicitari invenduti. In aggiunta, la diffusione sempre più capillare di Internet ha portato alla comparsa di un gran numero di siti web con spazi pubblicitari disponibili, risultando perciò estremamente difficoltoso venderli direttamente agli inserzionisti<sup>164</sup>.

Nel secondo caso, invece, la ricerca e gestione degli annunci pubblicitari viene esternalizzata e affidata ad un'agenzia pubblicitaria, la quale si vincola contrattualmente con l'editore<sup>165</sup>.

Nel terzo caso, infine, gli spazi pubblicitari vengono venduti tramite sistemi automatizzati gestiti da piattaforme tecnologiche che mettono in contatto la domanda (i.e. editori) con offerta (i.e. inserzionisti). Questo è il sistema del cd. *programmatic advertising*, una forma di pubblicità interamente automatizzata che può poi essere ulteriormente ripartita al suo interno in base alle modalità con cui viene assegnato lo spazio disponibile<sup>166</sup>. Per esempio, lo spazio pubblicitario su un sito dell'editore può essere venduto in un mercato di offerte ricorrendo ad "*ad exchange*", ossia una piattaforma tecnologica che facilita l'incontro tra domanda e offerta e nel quale i prezzi sono determinati, in modo interamente automatizzato, mediante aste in tempo reale (il cd. *Real-Time Bidding* o RTB)<sup>167</sup>.

---

<sup>162</sup> L'*impression* o *ad impression* è un'unità di misura dell'esposizione pubblicitaria in rete che esprime il numero totale di visualizzazioni di un annuncio pubblicitario servite da un *ad server* a un utente in un dato intervallo temporale. Così, AGCM, provvedimento n. 28398/2020, *Istruttoria A542 nei confronti di Google per abuso di posizione dominante nel mercato italiano del display advertising*, p. 4, nota 6.

<sup>163</sup> La pubblicità online vendute a CPM (*Cost-per-mille impression*) si caratterizza per il fatto che l'inserzionista paga un corrispettivo per mille impressioni, ossia ogni mille volte che il proprio annuncio è stato pubblicato, ovvero visualizzato dagli utenti, senza necessariamente aver generato un'azione (un click, ad esempio) Cfr. AGCOM, *Indagine conoscitiva sul settore dei servizi Internet sul settore dei servizi internet e sulla pubblicità*, op.cit., pp.159-160.

<sup>164</sup> Cfr. D. GERADIN e D. KATSIFIS, *An EU competition law analysis of online display advertising in the programmatic age*, op. cit., p. 60.

<sup>165</sup> Cfr. G. IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata. Real-Time Bidding e behavioural advertising*, op.cit., pp. 143.

<sup>166</sup> Nello specifico, IAB EUROPE individua 4 tipi di "transazione programmatiche": *Automated Guaranteed*; *Unreserved Fixed Rate*; *Invitation-Only Auction*, *Open Auction*. Nell'ultima categoria menzionata, nota anche come "*open exchange*", rientra il RTB. Cfr. IAB Europe, *European programmatic market sizing 2017*, Report, September 2018, p.2.

<sup>167</sup> V. *infra* § 3.3.1.



Mentre i primi due sistemi non comportano grandi problemi o rilievi particolari, tutt'altro discorso deve essere fatto per il terzo, che, oltre ad essere una sistema in forte espansione, è caratterizzato da modalità tecnologiche molto complesse e del tutto peculiari. Sofferimmo, quindi, l'attenzione sul *programmatic advertising* e in particolare sul *Real-Time Bidding*<sup>168</sup>, al fine di capirne il funzionamento e di esaminare, poi, le grandi ripercussioni giuridiche che comporta sul versante del trattamento dei dati personali degli utenti<sup>169</sup>. In aggiunta, si osserverà che, nonostante l'esistenza di più attori che vi operano potrebbe dare l'impressione di un panorama frammentato con la presenza di molteplici concorrenti, il mercato è caratterizzato da un elevato livello di concentrazione, in cui le grandi piattaforme digitali, e in particolare Google, mantengono una posizione di dominio<sup>170</sup>.

### 3.3.1 (segue) *Programmatic advertising e Real-Time Bidding (RTB)*

Il *programmatic advertising* è un modello di compravendita di spazi pubblicitari online realizzato in tempo reale utilizzando piattaforme *software* in grado di automatizzarne e ottimizzarne il processo, senza la necessità di un intervento umano, rendendo così la fornitura di contenuti pubblicitari più veloce ed efficiente<sup>171</sup>. Tali piattaforme consentono di mostrare un contenuto pubblicitario totalmente personalizzato ad un utente nell'esatto momento in cui questo vuole visualizzarlo. Pertanto, due sono gli elementi chiave *nel programmatic advertising*: da un lato, l'automatizzazione del processo di acquisto/vendita degli spazi pubblicitari tramite l'utilizzo di opportune piattaforme

---

<sup>168</sup> È importante non confondere i due termini: il *programmatic advertising* è una modalità automatizzata per l'acquisto e la vendita di pubblicità online, eliminando quindi l'attività e l'interazione di persone. Semplifica dunque il processo di acquisto e di vendita delle inserzioni pubblicitarie collegando digitalmente l'acquirente e il venditore tramite piattaforme di *trading*. Il *Real-Time Bidding* realizza, invece, uno specifico collegamento nell'ambito del *programmatic advertising* e si caratterizza per il realizzare un sistema di aste in tempo reale. Cfr. IAB Europe, *Programmatic trading white Paper*, Report, 2014, pp. 4ss.

<sup>169</sup> Le ripercussioni di tale modalità tecnologia di veicolare annunci pubblicitari sono tali che l'Information Commissioner's Office (ICO), ossia l'autorità di controllo per la protezione dei dati personali del Regno Unito, ha dedicato al tema un'intera sezione sul proprio sito dove periodicamente inserisce report e aggiornamenti, consultabile al link: <https://ico.org.uk/about-the-ico/what-we-do/tech-and-innovation/our-work-on-adtech/>.

<sup>170</sup> Cfr. D. GERADIN e D. KATSIFIS, *An EU competition law analysis of online display advertising in the programmatic age*, op. cit., p. 63.

<sup>171</sup> Così, IAB ITALIA, *Il Programmatic Advertising in Italia: Scenari Attuali e Trend Futuri*, Research and Innovation for Business, 2018, p. 7. IAB Europea, *Programmatic Trading white paper*, op.cit., p. 3 definisce il "*programmatic advertising*" come un modo automatizzato per gli inserzionisti di acquistare *media* ed un modo automatizzato per i proprietari di tali *media* di vendere spazi pubblicitari.

tecnologiche; dall'altro, la possibilità per gli *advertiser* di sfruttare i dati generati dagli utenti per segmentare e targettizzate in tempo reale le campagne pubblicitarie<sup>172</sup>.

Il *programmatic advertising* è nato per gestire gli spazi pubblicitari online degli editori rimasti invenduti<sup>173</sup>. Come già osservato, fino alla fine degli anni Novanta la vendita della *display advertising* era ancora basata su una logica di accordo tra *advertiser* e *publisher*, che presentava numerose criticità e inefficienze, quali la durata del processo di negoziazione e l'impossibilità di targettizzate in modo efficace i destinatari dell'annuncio. La soluzione a tali criticità riscontrate è stata fornita dai progressi tecnologici, che hanno reso possibile tale processo di acquisto/vendita dell'inventario pubblicitario interamente automatizzato<sup>174</sup>. Nello specifico, intorno al 1997 nascono i primi *Advertising network* (o *Ad Network*), ossia fornitori di reti pubblicitarie, piattaforme che raccolgono le *impression* rimaste invendute da parte dei *publisher* e lo propongono per l'acquisto agli *advertiser*<sup>175</sup>. In breve, gli *ad network* consentono per la prima volta agli inserzionisti di comprare *impression* su diversi siti presso un unico "punto vendita" digitale. Successivamente la vendita su tali piattaforme inizia ad includere la possibilità per gli *advertiser* di selezionare il target specifico di utenti a cui mostrare i messaggi pubblicitari, grazie all'integrazione dei dati comportamentali<sup>176</sup>. Così, il *programmatic advertising* viene sempre più utilizzato, diventando il sistema operativo principale nell'ambito della *display advertising*<sup>177</sup>.

Il *Real-Time Bidding* (di seguito anche solo "RTB") si è imposto come modalità di acquisto più popolare nell'ambito del *programmatic advertising*.

Il RTB è la vendita all'asta dello spazio digitale online nel momento specifico in cui viene visualizzato dall'utente e comporta l'utilizzo dei dati dello stesso<sup>178</sup>. Integra, pertanto,

---

<sup>172</sup> Cfr. IAB ITALIA, *Il Programmatic Advertising in Italia: Scenari Attuali e Trend Futuri*, *op.cit.*, p.8.

<sup>173</sup> Cfr. D. GERADIN e D. KATSIFIS, *An EU competition law analysis of online display advertising in the programmatic age*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>174</sup> *Ibidem*.

<sup>175</sup> Cfr. P. MARDEGAN, G. RIVA e S. SCATENA, *Digital Advertising 3.0. Il futuro della pubblicità digitale*, *op. cit.*, pag. 69-70.

<sup>176</sup> *Ibidem*.

<sup>177</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Study on the impact of recent developments in digital advertising on privacy, publishers and advertisers: final report*, *op. cit.*

<sup>178</sup> Così, IAB EUROPEA, *Programmatic Trading white paper*, *op.cit.*, p. 4. Si riporta la definizione di *Real-time Bidding* fornita da M. VEALE e F. ZUIDERVEEN BORGESIJUS, *Adtech and Real-Time Bidding under European Data Protection Law*, in *German Law Journal*, 2021, p. 3, ovvero: "[...] a form of programmatic advertising, where advertising placements are determined by algorithmic systems, rather than in human-mediated ways, such as through traditional negotiation and contracts. With RTB, advertisers—or their intermediaries—bid on an automated auction for the chance to target an ad to a specific internet user. RTB is also called audience selling or audience buying".

un'innovativa forma di pubblicità *targettizzata*, fondata sull'assegnazione di spazi pubblicitari su siti degli editori tramite un complesso sistema di aste online, in cui l'inserzionista migliore offerente è quello che offre l'annuncio più in linea con il profilo dell'utente<sup>179</sup>.

Semplificando per quanto possibile, il funzionamento del RTB può essere ricostruito nel modo seguente<sup>180</sup>: nel momento in cui un utente vuole accedere ad un sito web, il *browser* che sta utilizzando inoltra una richiesta all'editore (tecnicamente *publisher content server*), il quale a sua volta risponderà con l'invito del contenuto del sito, affinché possa essere visualizzato sullo schermo dell'utente, insieme ad alcuni spazi destinati agli annunci pubblicitari<sup>181</sup>.

L'editore, al fine di colmare tali spazi, utilizza un *Ad server*, ossia un sistema *hardware e software* dedicato alla gestione, erogazione e reportistica dell'*online advertising*<sup>182</sup>. L'*Ad server* dell'editore compie una prima analisi dell'utente e si rivolge ad una *supply-side platform* (SSP), ossia una "piattaforma dal lato dell'offerta"<sup>183</sup>. Quest'ultima consente di valorizzare lo spazio pubblicitario fornendo il maggior numero di dati in merito all'utente che vuole visualizzare il sito (ad esempio, informazioni anagrafiche, interessi personali etc.), permettendo, così, di offrirlo ai soggetti maggiormente interessati<sup>184</sup>.

Sul versante della domanda di spazi pubblicitari gli inserzionisti si avvalgono, invece, delle cc.dd. *demand-side platforms* (DSPs), ossia "piattaforme lato domanda", in cui gli stessi si incontrano per scambiare annunci e fare offerte<sup>185</sup>. La DSP permette di

---

<sup>179</sup> Così, G. IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata. Real-Time Bidding e behavioural advertising, op.cit.*, p. 146.

<sup>180</sup> Per un'analisi completa del funzionamento tecnico del RTB si rinvia a: INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE (ICO), *Update report into AdTech and real-time bidding*, 2019 e IAB Europe, *Programmatic trading white Paper*, Report, 2014.

<sup>181</sup> Cfr. G. IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata. Real-Time Bidding e behavioural advertising, op.cit.*, p. 146.

<sup>182</sup> Gli *Ad server* operano sia come congiunzione tra lato editore/offerta di spazi pubblicitari (*publisher Ad server*), che dal lato inserzionisti/domanda di spazi pubblicitari (*advertiser Ad server*). Questi sono funzionali a far sì che la campagna pubblicitaria venga erogata sul dispositivo dell'utente (*browser web o app*) e permettono altresì di monitorare l'andamento di una campagna pubblicitaria.

<sup>183</sup> Le *supply-side platform* sono piattaforme tecnologiche che permettono agli editori di procedere alla vendita dei loro spazi pubblicitari secondo un meccanismo di allocazione automatica. In alcuni casi, le SSP sono verticalmente integrate, svolgendo sia funzione del *publisher ad server*, sia proprie del *ad exchange*, collegandosi direttamente con le *demand-side platform*. Cfr. OECD, *Competition in digital advertising markets*, Background paper, 2020, p. 19.

<sup>184</sup> Cfr. AGCM, *Istruttoria A542 nei confronti di Google per abuso di posizione dominante nel mercato italiano del display advertising, cit.*, p. 3.

<sup>185</sup> Le *demand-side platform* sono piattaforme tecnologiche che consentono agli inserzionisti di acquistare gli spazi pubblicitari dagli editori in modalità automatizzata, tramite un'unica interfaccia di gestione. Le DSP possono, inoltre, includere funzionalità di elaborazione dei dati per aiutare gli inserzionisti a trovare le *impression* più efficaci per i loro annunci. Cfr. D.

ottimizzare l'acquisito degli spazi pubblicitari, sfruttando i dati generati dall'utente, così da poterli segmentare e raggiungere specifici *target* in tempo reale.

Tali due piattaforme interagiscono tra di loro tramite l'*ad exchange*, ossia un mercato digitale automatizzato che funge da punto di incontro tra domanda e offerta di spazi pubblicitari online.

Pertanto, l'editore tramite la SSP avverte gli inserzionisti che un utente con determinate caratteristiche sta per accedere alla sua pagina *web*. L'*ad exchange* mette all'asta lo spazio pubblicitario a tutti gli inserzionisti interconnessi. La DSP raccoglie tutte le offerte che rispondono ai requisiti definiti dal *publisher* e le inserisce nel meccanismo ad asta, tramite il quale si forma il prezzo. Individuata l'inserzione più adatta, l'*ad exchange* aggiudica l'asta, incassa il pagamento e fa apparire l'annuncio nello spazio dedicato nel sito dell'editore<sup>186</sup>.

Nel RTB, dunque, le relazioni commerciali tra editori (o agenzie pubblicitarie) e inserzionisti sono gestite interamente in modo automatizzato tramite aste in tempo reale. Il primo cerca di vendere gli spazi disponibili al migliore offerente fornendo, a tal fine, il profilo dell'utente dal quale desumere i requisiti in base ai quali aggiudicarsi l'asta. L'inserzionista, invece, cerca di vincere l'asta facendo l'offerta più alta e mostrando un annuncio pubblicitario che più si avvicina al profilo dell'utente<sup>187</sup>. Il tutto, quindi, si basa su un elemento cruciale: la disponibilità del più ampio numero di dati di profilazione degli utenti destinatari del messaggio pubblicitario.

Tale complesso sistema si svolge in una frazione di secondo, ovvero in quel brevissimo lasso di tempo impiegato dal *browser* per caricare completamente la pagine del sito *web* a cui l'utente vuole accedere. I tempi di esecuzione sono così ridotti, tali da apparire istantanei, perché sono governati interamente da algoritmi, sollevando molteplici criticità: con riferimento alle aste in tempo reale si pongono problemi riguardo alla leale concorrenza tra inserzionisti; invece, in riferimento alla profilazione dell'utente, si

---

GERADIN e D. KATSIFIS, *An EU competition law analysis of online display advertising in the programmatic age*, op. cit., p. 64.

<sup>186</sup> Dal punto di vista tecnico, in realtà si è saltato un passaggio, in quanto una volta che è stato individuato l'inserzionista vincitore dell'asta, la *demand-side platform* passa quest'informazione all'*ad exchange*, che riscuote l'offerta e gira alla *supply-side platform* le istruzioni per accedere alla inserzione vincitrice. La SSP gira, a sua volta, quest'informazione all'*ad server* dell'editore. È quindi quest'ultimo che provvederà ad inserire negli spazi pubblicitari del sito *web*, prima liberi, un nuovo link che permette al *browser* di contattare l'inserzionista vincitore dell'asta. In tal modo il *browser* richiede l'annuncio pubblicitario direttamente all'inserzionista, che invierà il contenuto affinché sia visualizzato dall'utente. Cfr. G. IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata. Real-Time Bidding e behavioural advertising*, op.cit., p. 148 nota 36.

<sup>187</sup> Cfr. G. IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata. Real-Time Bidding e behavioural advertising*, op.cit., p. 147.

rilevano rischi che vanno da uno scorretto trattamento dei dati personali fino alla manipolazione delle scelte e dei comportamenti degli stessi per fini commerciali<sup>188</sup>.

### 3.4 Gli altri mercati del *no-search advertising*

Come già osservato, nell'ambito del settore *no-search*, oltre *al display advertising*, vengono in rilievo altri canali pubblicitari. In particolare, soffermiamo l'attenzione sul *classified* e il *social media advertising*<sup>189</sup>.

Con il termine *classified advertising* si fa riferimento alle piccole inserzioni pubblicitarie collocate in bacheche di siti *web* o apposite rubriche dei quotidiani dedicate alla compravendita di prodotti o servizi<sup>190</sup>. Nello specifico, le tipologie di annunci pubblicitari in esami sono raggruppate nella pagine *web* in sezioni intitolate in modo da catalogare i prodotti o servizi offerti<sup>191</sup>.

Il *classified advertising* rappresenta una parte molto piccola della spesa pubblicitaria digitale nello spazio economico europeo (SEE), circa il 6-7%<sup>192</sup>. All'opposto, invece, il *social media advertising* è un mercato in fortissima espansione ed è attualmente il più grande canale pubblicitario a livello globale<sup>193</sup>.

La sua rapida crescita si spiega sia in ragione dell'ampia platea di *audience* che è in grado di raggiungere, sia per l'elevate opportunità di *targeting* che offre<sup>194</sup>.

Il *social media advertising* è la visualizzazione di messaggi pubblicitari nelle pagine personali e nelle pagine di discussione delle piattaforme sociali. Comprende, dunque, gli annunci *in-feed* (che si integrano con i contenuti della piattaforma), banner pubblicitari o annunci video inseriti nei siti *web* o nelle app dei *social media*<sup>195</sup>.

---

<sup>188</sup> *Ibidem*.

<sup>189</sup> Sul punto si evidenzia che la Commissione Europea pone il *classified advertising* come una categoria di pari ordine al *search e no-search advertising*, e non come una sub-categoria di quest'ultimo. Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, decisione del 18 febbraio 2010, caso M.5727-*Microsoft/Yahoo Search Buisiness*.

<sup>190</sup> Cfr. CMA, *Online platforms and digital advertising Market study*, cit., p. 60-61.

<sup>191</sup> Cfr. AGCOM, *Indagine conoscitiva sul settore dei servizi Internet e sulla pubblicità online*, op. cit., p.159

<sup>192</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Study on the impact of recent developments in digital advertising on privacy, publishers and advertisers: final report*, op. cit, p. 17.

<sup>193</sup> V. nota 143.

<sup>194</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, decisione 3 ottobre 2014, caso M.7217, *Facebook/Whatsapp*.

<sup>195</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Study on the impact of recent developments in digital advertising on privacy, publishers and advertisers: final report*, op. cit, p. 20.

Delineato, dunque, il funzionamento e le caratteristiche della filiera della pubblicità online, passiamo ad esaminare l'elemento chiave che accumuna i diversi canali pubblicitari: i cd. *Big data*.

Nel proseguo si avrà quindi modo di effettuare un *excursus* sulle modalità di raccolta dei dati, i tipi di dati (compresi quelli personali) raccolti e il valore economico che ne deriva. Lo scopo di tale descrizione è quello di evidenziare l'impatto che lo sfruttamento di tale bagaglio informativo produce trasversalmente sulla privacy e sulle dinamiche concorrenziali e se le due discipline, nel nuovo e peculiare contesto del digitale, siano da considerare sinergiche e complementari.

## CAPITOLO II

### I BIG DATA NEL DIGITAL ADVERTISING: TRA PRIVACY E CONCORRENZA

SOMMARIO: 1. La rilevanza dei *Big Data* nel *digital advertising* – 1.1 Le modalità di raccolta dei dati– 1.2. La fase di elaborazione dei *Big data* – 1.3 L’interpretazione e l’utilizzo dei *Big data*– 2. I *Big data* e la concorrenza: quale relazione? – 2.1 I dati come barriere all’entrata –2.2 La definizione del mercato rilevante nell’era dei *Big data* – 2.3 Il nuovo potere di mercato – 3. I possibili scenari di intervento antitrust – 3.1 Abusi di posizione dominante e pratiche collusive 3.2 – Le operazioni di concentrazione e le “*killer acquisition*” – 4. La pubblicità *targettizzata* nel rispetto della privacy

#### 1. La rilevanza dei *Big Data* nel *digital advertising*

I dati rappresentano da sempre una risorsa essenziale in tutte le attività economiche: la legge della domanda e dell’offerta ci spiega in modo intuitivo come sia cruciale, per chi vende, conoscere le preferenze e gli interessi dei potenziali acquirenti<sup>196</sup>. La storia dell’*advertising*, precedentemente esaminata, racconta la quotidiana lotta per prevedere ed influenzare le preferenze del pubblico da parte di coloro che producono e commercializzano. Se per lungo tempo questo sforzo si è tradotto in una scommessa con un margine di errore che l’alea del mercato avrebbe determinato solo all’indomani oggi, invece, le innovazioni tecnologiche offrono la rivoluzionaria possibilità di conoscere il consumatore prima ancora che lo diventi<sup>197</sup>.

Gli utenti, navigando in rete, lasciano un numero elevatissimo di informazioni che vengono accuratamente raccolte, elaborate e analizzate tramite processori e sofisticati algoritmi. Il consumatore diventa quindi un’inestimabile fonte di dati, alcuni dei quali riguardanti direttamente lo stesso (quali nome, cognome, sesso, etc.), altri relativi alle attività svolte online (come pagamenti, visualizzazioni etc.) e altri, invece, legati ad uno specifico soggetto attraverso il loro processamento<sup>198</sup>.

Il bottino di informazioni acquisito è funzionale alla profilazione degli utenti, consentendo di segmentare e catalogare gli stessi al fine di prevederne i comportamenti,

---

<sup>196</sup> Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Diritto della pubblicità*, op. cit., p. 323.

<sup>197</sup> *Ibidem*

<sup>198</sup> Cfr. S. COLOMBO e A. STEFANO COLOMBO e ALDO PIGNATARO, *Raccolta e condivisione di big data: quali effetti sulla collusione?*, op.cit., p. 316.

le abitudini e le tendenze e rappresenta, dunque, per i *providers* delle piattaforme digitali un input della produzione essenziale per un duplice scopo: quello di raffinare le funzionalità e migliorare la qualità dei servizi offerti; quello di ottenere ricavi nel settore della pubblicità online fornendo agli inserzionisti spazi più idonei a veicolare messaggi ritagliati sul profilo dell'utente bersaglio<sup>199</sup>.

In particolare, tale secondo punto rappresenta la principale fonte di guadagno delle grandi piattaforme digitali che offrono servizi cd. a prezzo zero: l'adesione degli utenti alla piattaforma apparentemente gratuita cela una contropartita consistente nella cessione di un flusso di dati, necessari per creare quei “*superprofili, particolarmente appetibili per gli advertiser*”<sup>200</sup>.

Infatti, il *business model* principale delle *Big tech*, come già detto in precedenza<sup>201</sup>, consiste nel catturare l'attenzione degli utenti al fine di mostrargli più pubblicità possibile. Maggiore è l'interesse e l'attenzione catturata degli utenti, maggiori sono le quantità di informazioni che le piattaforme ottengono sugli stessi. Ciò consente di realizzare quella forma di *advertising*, definita come pubblicità personalizzata o *targettizzata*, che sulla base di accurata profilazione degli utenti realizza un messaggio mirato<sup>202</sup>.

La pubblicità personalizzata può determinare notevoli vantaggi: dal punto di vista degli utenti comporta, ad esempio, una riduzione dei costi di ricerca e di transizione. In aggiunta, considerando che nei mercati cd. *zero price* l'utente paga con i propri dati e con l'attenzione che rivolge ai messaggi pubblicitari veicolati dalla piattaforma, un annuncio personalizzato permette di evitare l'esposizione a quelli privi di interesse per l'utente stesso<sup>203</sup>.

Inoltre, i benefici della personalizzazione vanno a favore non solo degli utenti profilati, ma anche e soprattutto degli operatori pubblicitari online (i.e. editori ed inserzionisti) che possono così indirizzare i loro messaggi ad uno specifico *target* e aumentare, di conseguenza l'impatto e l'efficacia delle loro campagne pubblicitarie<sup>204</sup>.

---

<sup>199</sup> Cfr. G. COLANGELO, *Accesso ai data e condizioni di licenza F/RAND*, in V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza, quaderni romani di diritto commerciale*, Giuffrè Editore, 2018, p. 135-136.

<sup>200</sup> Così, S. PELLETRI, *La tutela dell'utente ai tempi di Facebook: i diversi approcci delle autorità antitrust tra diritto della concorrenza e protezione dei dati del consumatore*, in L. AMMANTI, A. CANEPA, G.L. GRECO, U. MINETTI (a cura di), *Algoritmi, Big Data, Piattaforme digitali, op.cit.*, p. 57

<sup>201</sup> V. *supra* I.I § 3.

<sup>202</sup> Cfr. G. IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata. Real-Time Bidding e behavioural advertising, op.cit.*, p. 17 e Y.N. HANARI, *21 lezione per il XXI secolo, op.cit.*, pp. 116 ss.

<sup>203</sup> Cfr. AGCM, AGCOM, GPDP, IC53 *Indagine conoscitiva sui Big data*, pp. 103-104

<sup>204</sup> *Ibidem*



D'altro canto, emergono potenziali fattori di rischio sia sotto il profilo della privacy e protezione dei dati personali che in quello concorrenziale.

In primo luogo, l'asimmetria informativa tipica delle piattaforme digitali comporta una scarsa consapevolezza da parte degli utenti circa l'effettiva portata e pervasività della raccolta e dell'utilizzo dei propri dati<sup>205</sup>. Tale scarsa consapevolezza rende il consumatore particolarmente vulnerabile e privo di una reale autodeterminazione nel momento in cui è di fronte alla scelta di avvalersi dei servizi online, soprattutto laddove questi servizi sono pubblicizzati come gratuiti e i dati dell'utente costituiscono la moneta di scambio. Pertanto, i mercati delle piattaforme digitali si caratterizzano per una scarsa trasparenza: gli utenti non sono posti nelle condizioni di avere piena cognizione di come i loro dati sono raccolti e sfruttati dalle piattaforme, e quindi di quanto possano essere esposti al cd. *behavioural advertising*.

Risulta allora chiaro il motivo per cui il tema della tutela dei dati personali abbia assunto un ruolo centrale nella regolamentazione dei mercati digitali. Il primo e finora più rilevante intervento di tutela in materia di trattamento dei dati personali è il Regolamento UE 2016/679 (GDPR)<sup>206</sup>. In aggiunta, con riferimento alla pubblicità online e all'uso dei *cookie* per profilare gli utenti, trova applicazione la Direttiva 2002/58/CE (Direttiva *e-privacy*)<sup>207</sup>, recepita nel nostro ordinamento con il D.lgs. del 30 giugno 2003 n. 196, recante il "*Codice in materia di protezione dei dati personali*" (di seguito solo *Codice Privacy*)<sup>208</sup>. Quest'ultimo è stato ampiamente rivisitato e modificato dal D.lgs. del 10 agosto 2018 n. 101, ai fini di una piena armonizzazione con le regole predisposte nel GDPR<sup>209</sup>.

---

<sup>205</sup> *Ibidem*

<sup>206</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, *relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE*, conosciuto con l'acronimo GDPR, corrispondente alla nomenclatura inglese "*General Data Protection Regulation*".

<sup>207</sup> Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, *relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche* (direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche), conosciuta come "*Direttiva e-Privacy*".

<sup>208</sup> Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n.196 recante il "*Codice in materia di protezione dei dati personali*" (in S.O n. 123 alla G.U. 29 luglio 2003, n. 174)

<sup>209</sup> Decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, recante "*Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)*" (in G.U. 4 settembre 2018 n.205)

Oltre che in un'ottica della privacy, lo sfruttamento dei dati da parte delle piattaforme digitali è divenuto oggetto di scrutinio da parte delle autorità Antitrust al fine di individuare potenziali effetti anticoncorrenziali: i dati possono, infatti, essere «*funzionali alla costituzione o al mantenimento di una posizione di forza sul mercato che condizioni gli altri operatori sia dal punto di vista delle possibilità di azioni che della capacità di continuare ad operare sul mercato*<sup>210</sup>». Si ritiene infatti che circoscrivere il tema ad una mera questione di privacy, comporterebbe non attribuire il giusto peso al valore economico, ormai pacificamente riconosciuto<sup>211</sup>, dei dati<sup>212</sup>. In altre parole, l'impiego di dati assume rilievo anche nella prospettiva del diritto della concorrenza nella misura in cui gli stessi si configurano come “beni economici”, idonei a generare un profitto per le imprese<sup>213</sup>.

Nello specifico, il settore del *digital advertising* risulta attualmente dominato dalle grandi piattaforme digitali attive su scala globale che hanno il maggior controllo e la maggiore conoscenza del comportamento delle persone online, con un conseguente e crescente indebolimento della posizione degli altri, in particolare degli inserzionisti e degli editori. In sostanza, il risultato finale è questi ultimi faticano a competere: mentre i ricavi combinati dei maggiori editori e inserzionisti europei sono rimasti stagnanti negli ultimi dieci anni, all'opposto i ricavi di grandi piattaforme come Google e Meta sono aumentati di oltre il 500% nello stesso periodo<sup>214</sup>.

Emergono dunque timori legati alla possibilità che lo sfruttamento dei dati possa provocare profondi squilibri anticoncorrenziali. In tale ottica, i *Big Data* realizzerebbero barriere all'ingresso che danno origine a mercati caratterizzati da elevati livelli di concentrazione e dalla presenza di operatori che occupano posizioni di dominio.

Su queste basi, visti i possibili risvolti anticoncorrenziali legati allo sfruttamento dei dati (specie quelli personali), negli ultimi anni l'interfaccia tra privacy e antitrust ha

---

<sup>210</sup> Così, A. CANEPA, *I mercati dell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Giappichelli, Torino, 2020, p.5. Nello stesso senso si veda l'AGCM, IC53 *Indagine conoscitiva sui Big data*, p.83, che afferma: “*L'attività di profilazione, resa possibile dall'acquisizione massiva dei dati, portata ai suoi estremi, può agevolare comportamenti abusivi idonei a ridurre la contendibilità degli ecosistemi delle principali piattaforme, rendendo persiste il loro potere di mercato*”.

<sup>211</sup> Sul punto si veda COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/ce relativa alle pratiche commerciali sleali*, Bruxelles, 25 maggio 2016, p. 28, afferma: “*I dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico de facto*”.

<sup>212</sup> Cfr. S. PELLETRI, *La tutela dell'utente ai tempi di Facebook: i diversi approcci delle autorità antitrust tra diritto della concorrenza e protezione dei dati del consumatore*, op.cit., p. 57.

<sup>213</sup> Cfr. AGCM, AGCOM, GPDP, *IC53 Indagine conoscitiva sui Big data*, p. 84

<sup>214</sup> I dati sono riportati dalla Commissione Europea, *Study on the impact of recent developments in digital advertising on privacy, publishers and advertisers: final report*, op. cit, pp. 21 ss

conquistato una parte consistente della letteratura generale sul ruolo dei dati nei mercati digitali. In particolare, ci si è chiesti se e in quale misura il diritto della concorrenza possa giocare un ruolo nel momento in cui le grandi piattaforme digitali compiano una violazione delle regole in materia di protezione dei dati<sup>215</sup>. In questa prospettiva, le decisioni dell'antitrust da un lato e il Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR) dall'altro sono considerati i punti di riferimento di questa nuova posizione volta a coniugare il potere di mercato e il potere dei dati<sup>216</sup>.

Al fine di analizzare tale questione e le diverse soluzioni che sono state prospettate è necessario, preliminarmente, cogliere la natura e l'essenza di questa nuova risorsa economica: i dati.

In considerazione della grande massa di informazioni raccolte, prodotte ad alta velocità e gestite da sempre nuovi e più sofisticati algoritmi non si parla più di semplici dati, ma si ricorre al concetto più ampio e complesso di *Big data*<sup>217</sup>. Difatti, sin dalle origini questa nozione è collegata ai meccanismi di analisi, elaborazione e aggregazione dei dati<sup>218</sup>.

Sebbene i *Big data* siano diventati una componente essenziale, tali da essere definiti come “*the new oil*”<sup>219</sup>, si tratta di una nozione non facilmente identificabile. In altre parole, non esiste una definizione normativamente vincolante di *Big data*: la difficoltà deriva principalmente dal fatto che ogni azione, processo ed evento è suscettibile di diventare dato. Quindi i dati sono, diversamente dalle altre risorse, infiniti e la produzione degli stessi può continuare fino a quando ci saranno mezzi per raccogliarli e digitalizzarli<sup>220</sup>.

---

<sup>215</sup> Cfr. W. KERBER, *Digital markets, data, and privacy: Competition law, consumer law, and data protection*, MAGKS Joint Discussion Paper Series in Economics, No. 14-2016, p. 8.

<sup>216</sup> Cfr. G. COLANGELO, *The Privacy-Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition*, *op.cit.*, p. 2.

<sup>217</sup> Il termine *Big data* viene coniato intorno alla metà degli anni '90 da John Mashey, il *chief scientist* della Silicon Graphic, per poi essere introdotto nel linguaggio economico dall'economista Francis X. Diebold. Cfr. M. MAGGIOLI, *I Big Data e il diritto Antitrust*, Egea, Milano, 2018, p. 23.

<sup>218</sup> Cfr. N. D'ACQUISTO, *Big data e Privacy by design. Anonimizzazione, Pseudonimizzazione, Sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2017, Cap. 1.

<sup>219</sup> Così, tra i vari, si veda THE ECONOMIST, “*The world's most valuable resource is no longer oil, but data*”, 2017: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>.; EUROPEAN PARLIAMENT THINK TANK, “*Is Data Protection the new oil? Competition Issues in the digital economy*”, 2020: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS\\_BRI\(2020\)646117](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2020)646117).

<sup>220</sup> Cfr. L. AMMANNATI, *La circolazione dei dati: dal consumo alla produzione*, in L. AMMANNATI, A. CANEPA, G.L. GRECO, U. MINETTI (a cura di), *Algoritmi, Big Data, Piattaforme digitali*, *op.cit.*, p. 141

Dunque, in prima approssimazione, in assenza di una definizione univoca, con tale locuzione si fa riferimento alla “raccolta, analisi e accumulo di ingenti quantità di dati, di natura personale e non”<sup>221</sup>.

Un modo ormai consolidato di descrivere il fenomeno dei *Big Data* è costituito dal c.d. paradigma delle quattro V, dalle iniziali delle caratteristiche fondamentali che li contraddistinguono: Volume, Velocità, Varietà e Valore. A queste più recentemente sono state aggiunte altre V, quali ad esempio, Veridicità, Valenza e Visualizzazione. Si è così passati in poco tempo dalle 4V, alle 7V, fino alle 42V<sup>222</sup>: tale sorta di processo inflattivo dimostra che si tratta di un fenomeno complesso, dinamico e in grande espansione, che pone sempre nuove sfide per le imprese, i regolatori e la società nel suo insieme.

Limitando l’analisi alle prime delle quattro V menzionate, con il termine Volume si rimarca come, grazie alla significativa e progressiva riduzione dei costi necessari all’ottenimento dei dati digitali, è possibile creare grandi *database* contenenti enormi quantità di dati<sup>223</sup> (quantità precedentemente misurate in terabytes e petabytes, che oggi si quantificano in zettabyte). Pertanto, i *Big data* innanzitutto si presentano come giganteschi insiemi di dati e tra i depositari degli stessi si annoverano, primi fra tutti, le grandi piattaforme digitali<sup>224</sup>.

In secondo luogo, si è soliti associare i *Big Data* alla qualità della Velocità. La seconda V si riferisce quindi al fatto che i dati vengono ormai prodotti non più in maniera statica,

---

<sup>221</sup> Così, AGCOM, AGCM, IL GARANTE, IC53 *Indagine conoscitiva sui Big data*, p. 7. I dati personali sono quelli nell’accezione fornita dall’art. 4 del GDPR, ovvero: “qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all’ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale”. Con riferimento ai dati non personali, invece, si tenga conto che sono esclusi dall’ambito di applicazione del GDPR e sono oggetto di una specifica normativa (ossia il Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018, relativo ad un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali dell’Unione europea). Inoltre, con riguardo alla pubblicità online e all’uso dei *cookie* per profilare gli utenti, trova applicazione l’art 5 della Direttiva 2002/58/CE, il cui ambito di applicazione prescinde dalla distinzione fra dato personale e non, applicandosi indistintamente alle informazioni archiviate nei terminali degli utenti. Su tal punto si veda: GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *Parere 2/2010 sulla pubblicità comportamentale online*, 22 giugno 2010, WP 171, pp. 9 ss.

<sup>222</sup> Così, AGCOM, *Big data. Interim report nell’ambito dell’indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*, 8 giugno 2018, p. 12.

<sup>223</sup> Secondo AGCM, AGCOM, GPDP, IC53 *Indagine conoscitiva sui Big data*, pp. 5-6: “La creazione di dati sta seguendo un processo esponenziale: nell’anno 2018 il volume totale di dati creati nel mondo è stato di 28 zettabyte (ZB), registrando un aumento di più di dieci volte rispetto al 2011 e si prevede che entro il 2025 il volume complessivo dei dati arriverà fino a 163 ZB”.

<sup>224</sup> Cfr. M. MAGGIOLI, *Big data e diritto Antitrust*, op.cit., p. 24.

ma dinamica e con continuità<sup>225</sup>. Si evidenzia quindi la rapidità con cui i dati sono resi disponibili, ottenuti e processati. Per offrire qualche dato, basti pensare che in un minuto sono inviati 44 milioni di messaggi, su Google sono effettuate 2,3 milioni di ricerche e nel *social network* Facebook sono generati 3 milioni di “mi piace” e 3 milioni di condivisioni<sup>226</sup>.

Inoltre, si sottolinea la Varietà dei *Big Data* (la terza V) per evidenziare come in essi confluiscono dati provenienti da differenti fonti e in diversi formati. Con riferimento alle numerose tipologie dei dati disponibili vengono in rilievo non solo i dati strutturati tradizionali, ma anche quelli non strutturati o semi-strutturati.

Con il termine dati strutturati si intende quelli che possono essere organizzati in tabelle, ossia che possono essere individuati secondo alcune specifiche proprietà preordinate (ad esempio i dati anagrafici o i recapiti dei clienti di un’impresa). Quest’ultimi, potendo essere facilmente ordinati e processati, rendono sicuramente più agevole estrarre valore anche grazie all’utilizzo di tecniche oramai consolidate<sup>227</sup>.

Diversamente, si definiscono non strutturati quei dati che aprioristicamente non possono essere ricondotti ad alcuna categoria precisa di contenuto e, di conseguenza, richiedono tecniche molto sofisticate per convertire il dato stesso in informazione<sup>228</sup>. Ad esempio, non sono strutturati le tracce audio, i *like* o i commenti espressi in un *social network* e le fotografie pubblicate su una pagina web.

Inoltre, una notevole quantità di dati viene definita semi-strutturata, dal momento che, sebbene esistano delle possibilità di separare alcuni elementi, la gran parte delle informazioni contenute nel dato stesso resta non strutturata. Il caso emblematico è quello delle *e-mail*: infatti da un lato qualsiasi servizio di posta elettronica è composto da una serie di dati strutturati connessi ad informazioni facilmente identificabili (data e orario di invio, mittente e destinatario, etc.) dall’altro lato il corpo dell’*e-mail* invece presenta generalmente un testo non strutturato, che può contenere, specie negli allegati, dati con formati assai diversi: immagini, video, audio, etc<sup>229</sup>.

Infine, con la quarta V si mette in luce il Valore che i dati assumono nel momento in cui vengono elaborati ed analizzati, così da consentire l’estrazione di informazioni. Il valore dei dati non è quindi intrinseco, ma deriva dall’abilità delle imprese di organizzarli,

---

<sup>225</sup> Cfr. N. D’ACQUISTO, *Big data e Privacy by design*, op.cit., pp. 6-7.

<sup>226</sup> Sul punto si veda AGCM, AGCOM, GPDP, *IC53 Indagine conoscitiva sui Big data*, op.cit., p. 6.

<sup>227</sup> Cfr. AGCOM, *Big Data. Interim report*, op.cit., p. 9

<sup>228</sup> Cfr. M. MAGGIOLI, *Big data e diritto Antitrust*, op.cit., p. 25 nota 23.

<sup>229</sup> L’esempio è tratto da AGCOM, *Big Data. Interim report*, op.cit., p. 10.

analizzarli, ricavarne dei fattori e assumere decisioni. In tal senso, dunque, i *Big data* possono essere definiti come “[...] l’insieme di dati digitali capaci di creare valore tramite la produzione di conoscenza”<sup>230</sup>.

A tal fine è determinante il processo di estrazione di conoscenza dai *Big Data*, che verte su tre ordini principali di attività: a) la raccolta, b) l’elaborazione, c) l’interpretazione e l’utilizzo<sup>231</sup>. Nei prossimi paragrafi si avrà modo di esaminare ciascuna di queste attività, che costituiscono la catena di valore dei *Big data*. L’esame di quest’ultima consente di fare chiarezza riguardo ai passaggi che seguono i dati affinché possa estrarsi valore dagli stessi. In altre parole, dal momento della raccolta a quello dell’utilizzo i dati attraversano varie fasi interdipendenti che ne accrescono gradualmente il valore: tali fasi possono essere paragonate ad un ciclo di vita del dato<sup>232</sup>.

### 1.1 Le modalità di raccolta dei dati

In primo luogo, l’attività che dà origine all’intero processo produttivo dei *Big Data* è la raccolta, che a sua volta si articola in generazione, acquisizione e memorizzazione.

Secondo l’indagine conoscitiva sui *Big data* condotta dalle tre autorità, la generazione degli stessi avviene nell’ambito di attività svolte dagli utenti in un contesto digitalizzato ovvero nell’ambito della cd. *Internet of Things*<sup>233</sup>. Nello scenario odierno, in cui praticamente tutti i contenuti multimediali sono resi disponibili in formato digitale e la maggior parte delle attività economiche e sociali sono trasferite su Internet, le azioni degli utenti, sia di tipo online che offline, possono produrre vaste quantità di dati.

Innanzitutto, i servizi online sono una preziosa fonte di *Big Data*: si pensi, ad esempio, ai *social network*, nei quale gli utenti condividono pubblicamente i loro contenuti sulle piattaforme digitali, sulle *app* e sui siti *Internet*<sup>234</sup>.

Inoltre, anche le attività degli utenti cd. offline, ovvero svolte in assenza di un’interazione diretta con un dispositivo elettronico, generano dati rilevanti sui loro comportamenti e abitudini. A titolo esemplificativo, basti pensare ai dati di geolocalizzazione forniti dagli *smartphone*, che consentono di ottenere tali informazioni sebbene non vi sia alcun

---

<sup>230</sup> Così, M. MAGGIOLI, *Big data e diritto Antitrust*, op.cit., p. 29.

<sup>231</sup> Sul punto si veda AGCM, AGCOM, GPDP, *IC53 Indagine conoscitiva sui Big data*, op.cit., p. 8.

<sup>232</sup> Cfr. FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC), *Big data: A tool for inclusion or exclusion? Understanding the issues*, 2016, pp.3 ss e AGCOM, *Big Data. Interim report*, op.cit., p. 16.

<sup>233</sup> Cfr. AGCM, AGCOM, GPDP, *IC53 Indagine conoscitiva sui Big data*, op.cit., p. 10.

<sup>234</sup> A questi dati sono soliti poi aggiungersi quelli generati dalle funzionalità dei dispositivi personali dei consumatori (quali, ad esempio, *smartphone*, *tablet* e *personal computer*). Cfr. AGCM, AGCOM, GPDP, *IC53 Indagine conoscitiva sui Big data*, op.cit., p. 10.

contatto diretto tra utente e dispositivo. Allo stesso modo, si pensi agli strumenti di pagamento elettronici che permettono di acquisire informazioni circa i comportamenti di acquisto degli utenti che li utilizzano. Su tal ultimo esempio vale la pena menzionare l'intesa tra Google e Mastercard: la multinazionale ha sottoscritto accordi commerciali con il gestore dei servizi di pagamento, con lo scopo di acquisire più informazioni possibili sugli acquisti effettuati *offline* dai consumatori. Tali dati consentono, in primis, di verificare l'efficacia delle campagne pubblicitarie promosse dagli inserzionisti nel motore di ricerca, nonché di profilare ulteriormente gli utenti<sup>235</sup>.

In aggiunta, come ulteriore fonte per la generazione dei dati viene in rilievo l'Internet delle cose (*Internet of Things* o IoT). Non esiste una definizione universale di IoT<sup>236</sup>, ma con questo termine si allude ad un sistema in grado di connettere vari oggetti del mondo reale (come, ad esempio, sensori, lettori di codici a barre, smartphone etc.) e di farli cooperare tra loro, con lo scopo di portare a termine un compito comune<sup>237</sup>. Un esempio può chiarire il funzionamento di base dell'*Internet of Things*: si pensi alle *smart city*, in cui i cittadini con l'utilizzo di un app hanno accesso in tempo reale ad un serie di informazioni, quali i dati sul traffico, sui tempi di attesa dei mezzi pubblici o sul numero di pazienti presenti nel pronto soccorso ecc. Tali dati sono ottenuti per mezzo di sensori interconnessi (collocati nei dispositivi mobili, nei mezzi di trasporto o nelle infrastrutture), che trasmettono le rilevazioni ad un *server* centrale che elabora e trasmette le informazioni ai propri utenti<sup>238</sup>. In altre parole, l'IoT permette di codificare, memorizzare e trasmettere vari tipi di dati (ambientali, logistici e geografici), riguardanti il funzionamento dei dispositivi fra loro connessi, sia in ambiente lavorativo che in riferimento alle attività dei singoli individui.

---

<sup>235</sup> Cfr. IL POST, *L'accordo segreto tra Google e Mastercard*, 31 agosto 2018: <https://www.ilpost.it/2018/08/31/accordo-google-mastercard/> e D. C. SCHMIDT, "Google Data Collection", Digital Content Next, August 2018.

<sup>236</sup> Sul punto IT MEDIA CONSULTING, *L'economia dei dati. Tendenze di mercato e prospettive di policy*, gennaio 2018, pp. 45, riporta diverse definizioni di IoT fornite da alcuni enti internazionali di standardizzazione: l'*Institute of Electrical and Electronics Engineers* (IEEE) definisce l'*Internet of Things* come "una rete di elementi (ciascuno con sensori integrati) connessi a Internet". Invece l'*Internet Engineering Task Force* (IETF) come una "rete mondiale di oggetti interconnessi indirizzabili in modo univoco, basata su protocolli di comunicazione standard". L'*International Telecommunication Union* (ITU) come un' "infrastruttura globale (*ubiquitous network* disponibile ovunque, in qualsiasi momento, da qualsiasi cosa e da chiunque) per la società dell'informazione, che abilita servizi avanzate grazie all'interconnessione degli «oggetti» fisici e virtuali sulla base di soluzioni ICT (esistenti ed evolutive)".

<sup>237</sup> Cfr. M. CHEN, S. MAO, Y. ZHANG, V. C. LEUNG, "Big data: related technologies, challenges and future prospects" Springer, New York, 2014.

<sup>238</sup> L'esempio è tratto da AGCM, AGCOM, GPDP, *IC53 Indagine conoscitiva sui Big data*, op.cit., pp. 11-12.

I dati prodotti dagli utenti o generati dagli oggetti nell'ambito dell'IoT vengono successivamente acquisiti attraverso gli stessi dispositivi elettronici coinvolti nell'atto di generazione. La fase dell'acquisizione consente che le informazioni entrino nella disponibilità di quei soggetti che gestiscono e rendono operativi i sistemi di tali dispositivi elettronici<sup>239</sup> i quali, tuttavia, devono necessariamente richiedere il preventivo consenso dell'interessato che li ha generati<sup>240</sup>. Con riferimento al consenso al trattamento dei propri dati personali, il GDPR impone regole piuttosto stringenti per la sua validità: richiede che il consenso sia dato liberamente<sup>241</sup> e che sia informato, inequivocabile e revocabile<sup>242</sup>. In aggiunta, il consenso deve essere reso attraverso una dichiarazione o un'azione positiva<sup>243</sup>, escludendo quindi che possa essere dato tramite meccanismi di "opt-out"<sup>244</sup>. In senso tecnico, l'attività di acquisizione dei dati presuppone l'utilizzo di un serie di tecnologie dedicate al loro tracciamento. Con specifico riferimento al settore della pubblicità online, i cc.dd. *cookies*<sup>245</sup>, in assenza di autenticazione sul sito, rappresentano finora la più importante modalità di acquisizione dei dati relativi all'utente<sup>246</sup>, sebbene stiano lentamente cedendo il passo ad altri marcatori o sistemi di profilazione<sup>247</sup>. I *cookies* sono stringhe di testo che raccolgono informazioni dell'utente attivo in un determinato sito *web* (quali, ad esempio, pagine che ha visitato, testi trasmessi etc.). Tali marcatori possono essere di vario tipo, ma le funzioni principali possono essere raggruppate in due macro-categorie: quelli tecnici, che salvano informazioni al mero fine

---

<sup>239</sup> Ad esempio, *nel caso degli smartphone*, tali soggetti sono i fornitori del sistema operativo.

<sup>240</sup> Cfr. AGCM, AGCOM, GPDP, *IC53 Indagine conoscitiva sui Big data*, *op. cit.*, p. 13

<sup>241</sup> Sul punto si veda la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 16 luglio 2020, caso C-311/18, *Schrems*, in cui è sancito il principio secondo cui il consenso deve essere reso liberamente, ovvero senza che sia condizionato dal timore di non poter altrimenti utilizzare il servizio, secondo la tecnica del "take it or leave it".

<sup>242</sup> V. artt. 4.11, 6.1 e 7.3 del Regolamento GDPR.

<sup>243</sup> V. art. 4.11 del Regolamento GDPR.

<sup>244</sup> Inoltre, ai sensi dell'art 6.1 del Regolamento GDPR, oltre al consenso dell'interessato, il trattamento dei dati personali è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: "i) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso; ii) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; iii) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; iv) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; v) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore".

<sup>245</sup> V. *supra* p. 20 nota 112.

<sup>246</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Study on the impact of recent developments in digital advertising on privacy, publishers and advertisers: final report*, *op. cit.*, pp. 39 ss.

<sup>247</sup> Sul punto si veda IAB Europe, *Guide to the Post Third-Party Cookie era*, May, 2020.



di consentire all'utente l'utilizzo di un servizio web e di facilitarne la navigazione<sup>248</sup>; quelli di profilazione, che permettono di tracciare e monitorare le abitudini degli utenti con lo scopo principale di realizzare una pubblicità mirata<sup>249</sup>.

I *cookie* possono includere l'acquisizione di dati personali, fondando così l'applicazione del Reg. UE 2016/679 (GDPR), quale normativa generale<sup>250</sup>, e della Direttiva 2002/58/CE (*e-privacy*), come normativa speciale in quanto espressamente richiamati.

Il considerando 25 della citata direttiva afferma che i *cookie* “[...] possono essere uno strumento legittimo e utile, ad esempio per analizzare l'efficacia della progettazione e della pubblicità di un sito web e per verificare l'identità degli utenti che effettuano transazioni online”<sup>251</sup>.

Oltre ai *cookie*, vi sono altri strumenti di tracciamento dell'attività dell'utente online, quali, a titolo esemplificativo: i *pixel tracker*, *browser fingerprinting*, *web bacon* e, recentemente sempre più diffusi, gli identificatori (*advertising ID*, chiamati diversamente a seconda degli utilizzatori).

La rilevanza di tali strumenti, nell'esame del settore del *digital advertising*, risiede nel fatto che è prevalentemente grazie a questi che è possibile trasmettere all'utente messaggi pubblicitari mirati, dando il via al fenomeno della pubblicità *targettizzata* e comportamentale online<sup>252</sup>.

Inoltre, nell'ambito del processo di acquisizione dei dati possono intervenire i cc.dd. *data broker*, soggetti incaricati di raccogliere informazioni da diverse fonti e di organizzarle per metterle a disposizione di terzi<sup>253</sup>. Questi intermediari agiscono simultaneamente su diverse piattaforme, realizzando notevoli economie di scala e di scopo, contribuendo così a migliorare la portata e l'intensità della raccolta di dati. Tuttavia, i *data brokers*

---

<sup>248</sup> Ad esempio, ricordando le password di accesso o memorizzando i beni da acquistare precedentemente inseriti nel *cd. “carrello”*.

<sup>249</sup> Cfr. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (GDPD), *Linee guida cookie e altri strumenti di tracciamento*, 10 giugno 2021, doc.web n. 9677876, pp. 5-6.

<sup>250</sup> Sul punto si veda il Considerando 30 del Regolamento GDPR, che afferma: «Le persone fisiche possono essere associate a identificativi online prodotti dai dispositivi, dalle applicazioni, dagli strumenti e dai protocolli utilizzati, quali gli indirizzi IP, marcatori temporanei (cookies) o identificativi di altro tipo, quali i tag di identificazione a radiofrequenza. Tali identificativi possono lasciare tracce che, in particolare se combinate con identificativi univoci e altre informazioni ricevute dai server, possono essere utilizzate per creare profili delle persone fisiche e identificarle».

<sup>251</sup> Considerando 25 della Direttiva *e-Privacy*.

<sup>252</sup> Cfr. G. IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata. Real-Time Bidding e behavioural advertising*, *op.cit.*, p. 126. Sul tema della pubblicità comportamentale (*online behavioural advertising*) v. *infra* § 4.

<sup>253</sup> Cfr. AGCM, AGCOM, GPDP, *IC53 Indagine conoscitiva sui Big data*, *op.cit.*, p.14.

contribuiscono a creare un mercato poco trasparente per gli utenti finali, che spesso sono all'oscuro delle informazioni acquisite dai siti web e dalle piattaforme a cui si iscrivono<sup>254</sup>. Per concludere, nel quadro devono essere menzionati *gli open data*, per definizione liberamente accessibili a tutti. Si tratta di dati generalmente prodotti da organismi pubblici che possono essere acquisiti senza la necessità di interagire con i soggetti che li hanno generati<sup>255</sup>.

A chiusura dell'attività di raccolta dei dati, c'è la loro memorizzazione, ovvero “*il processo di trasferimento del dato dal dispositivo di acquisizione alla memoria primaria o secondaria*<sup>256</sup> di un sistema di elaborazione in modo tale da poterlo trattare”<sup>257</sup>. Considerando l'ampio volume di dati soggetti ad acquisizione, diventa essenziale, ai fini dell'attività di memorizzazione, l'utilizzo di sistemi di elaborazione dotati di memorie capienti, di rapido accesso e con tempi di trasferimento efficienti. L'accessibilità a questa risorsa non sembra attualmente rappresentare un impedimento per lo sviluppo di attività legate ai *Big Data*, poiché finora l'evoluzione tecnologica ha portato a una progressiva e costante diminuzione dei costi delle memorie<sup>258</sup>.

## 1.2 La fase dell'elaborazione dei *Big data*

I dati singolarmente considerati hanno un valore scarso se non nullo, mentre lo acquistano nel momento in cui vengono organizzati<sup>259</sup>. Il loro valore dipende da ciò che si può desumere analizzandoli: «*let the data speak*» (letteralmente “lascia parlare i dati”), traendo quante più informazioni possibili dagli stessi<sup>260</sup>. Per tale motivo assume un ruolo determinante la fase dell'elaborazione dei *Big Data*, consentendo l'organizzazione dei dati grezzi in informazioni suscettibili di essere utilizzate per finalità economiche<sup>261</sup>.

L'attività di elaborazione si articola nel seguente modo<sup>262</sup>: innanzitutto vi è un fase di estrazione, nella quale le informazioni vengono selezionate e caricate nella memoria dei

---

<sup>254</sup> *Ibidem*

<sup>255</sup> *Ibidem*

<sup>256</sup> La memoria primaria (o volatile) presuppone una elaborazione del dato a brevissima distanza dall'acquisizione; all'opposto la memoria secondaria permette una memorizzazione permanente dei dati.

<sup>257</sup> Così, AGCM, AGCOM, GPDP, *IC53 Indagine conoscitiva sui Big data*, *op.cit.*, p.14.

<sup>258</sup> *Ibidem*

<sup>259</sup> Cfr. AGCOM, *Big Data. Interim report*, *op.cit.*, p. 16.

<sup>260</sup> Così, V. M. SCHÖNBERGER e Y. PADOVA, *Regime Change? Enabling Big Data through Europe's New Data Protection Regulation*, *The Columbia Science and Technology Law Review*, 2016, p. 319.

<sup>261</sup> Cfr. AGCM, AGCOM, GPDP, *IC53 Indagine conoscitiva sui Big data*, *op.cit.*, p. 15.

<sup>262</sup> *Ibidem*

sistemi di elaborazione. Segue a quest'ultima, un'attività di integrazione di tutti quei dati che interessano gli stessi elementi o domini applicativi. Infine, interviene la vera e propria analisi dei dati, in grado di trasformare i dati grezzi (soprattutto non strutturati) in informazioni, attraverso una serie di tecniche e strumenti, consistenti prevalentemente in algoritmi.

Alla luce dell'Indagine conoscitiva sui *Big Data*, emerge che l'analisi può avvenire tramite due tipologie di algoritmi<sup>263</sup>: a) gli algoritmi *analytics*, anche conosciuti come quelli di interrogazione, in quanto mirano a rispondere a delle specifiche richieste degli utenti, poste appunto in forma interrogativa. Quest'ultimi organizzano le informazioni al fine di anticipare le scelte degli utenti, determinandone e influenzandone almeno in parte i comportamenti; b) gli algoritmi *di machine learning* (o di apprendimento), finalizzati ad estrarre nuova conoscenza, avvalendosi di tecniche avanzate di Intelligenza Artificiale<sup>264</sup>. La nota distintiva di tali algoritmi, il cui funzionamento evolve e migliora sulla base dell'esperienza accumulata, risiede nel fatto di essere variabili nel tempo. In aggiunta, la propensione a perfezionare i modelli in base all'analisi dei dati li rende sempre più precisi ed affidabili. Per tali ragioni è stato osservato che gli algoritmi di *machine learning* hanno una certa "autonomia di comportamento"<sup>265</sup>.

È quindi proprio l'intelligenza delle tecniche di analisi, congiuntamente al volume e alla varietà dei dati, che hanno fatto emergere importanti innovazioni nel processo di estrazione di conoscenza delle informazioni: si parla di un nuovo paradigma analitico, cd. *data driven*, nel quale i dati concorrono a scoprire nuova conoscenza, attraverso gli algoritmi di intelligenza artificiale. In altre parole, si afferma un nuovo metodo di acquisizione di informazioni, in grado di generare conoscenza mettendo al centro i dati e riconoscendo agli algoritmi il compito di reperire nuovi modelli. La portata innovativa è tanto rilevante che si parla di una vera e propria rivoluzione scientifica rispetto al metodo classico "*ipotesi-modello-esperimento*"<sup>266</sup>.

---

<sup>263</sup> *Ibidem*

<sup>264</sup> Il tema dell'intelligenza artificiale è sempre più attuale ed è oggetto di riflessione anche sui tavoli istituzionali. Da ultimo, si veda la proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio *che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione*, com/2021/206 final.

<sup>265</sup> Così, AGCM, AGCOM, GPDP, *IC53 Indagine conoscitiva sui Big data*, op.cit., p. 16.

<sup>266</sup> Sul punto S. CERI, *On the role of statistics in the era of big Data: A computer science perspective*, *Statistics & Probability Letters*, May 2018, p. 69 sostiene: "*With the advent of Big Data, however, the classic approach to science hypothesize, model, test has been put in question, and a data-driven approach is emerging, which consists of being driven by data rather than by a-priori assumptions*".

In riferimento a questo nuovo paradigma analitico, si innesca un meccanismo circolare nel quale i dati sono contemporaneamente la causa e l'effetto: gli algoritmi permettono di estrapolare informazioni e conoscenza dai dati, ma sono i dati stessi l'origine dell'evoluzione degli algoritmi e, di conseguenza, la disponibilità di nuove fonti di dati consente il perfezionamento degli algoritmi impiegati e/o lo sviluppo di nuovi<sup>267</sup>.

Se da un lato l'evoluzione tecnologica connessa all'analisi dei *Big data* tramite sofisticati algoritmi, anche di Intelligenza Artificiale, ha portato a notevoli vantaggi, dall'altro lato emerge sempre di più la necessità di una normativa rigorosa e il rispetto della stessa da parte dei vari operatori. Infatti, in assenza di regolamentazione o in caso di mancato rispetto, l'utilizzo di tali tecnologie comporta numerose criticità che vanno da uno scorretto trattamento dei dati personali, all'alterazione della concorrenza, fino alla discriminazione in diversi ambiti della società nonché limitazione all'accesso di beni o servizi<sup>268</sup>.

Inoltre, si assisterebbe inermi ad un'eccessiva e crescente concentrazione di potere nelle mani di pochi, le *Big Tech*: con riferimento alla fase di elaborazione dei dati, tali grandi piattaforme digitali godono infatti di un vantaggio in quanto, oltre a disporre di elevata quantità di dati, si distinguono per essere state le prime a sviluppare tecniche avanzate di analisi e tuttora *“innovano e migliorano costantemente la loro capacità di data analytics cercando e acquistando soluzioni computazionali efficienti, risorse umane di eccellenza nonché intere start up innovative”*<sup>269</sup>.

In conclusione, occorre evidenziare che gli algoritmi di analisi dei *Big data* concretamente utilizzati rimangono di norma strettamente riservati in quanto considerati cruciali per il successo. Nonostante, infatti, quest'ultimi siano pubblicamente disponibili, quelli effettivamente impiegati dai singoli operatori restano individualizzati e sconosciuti ai terzi, nascondendo i dettagli del loro funzionamento.

---

<sup>267</sup> Nell'audizione dei rappresentanti di KDD lab condotta dalle tre autorità nell'ambito dell'indagine conoscitiva sui *Big data* è emerso: *“i programmi di intelligenza artificiale [...] apprendono grazie alla disponibilità di un elevatissimo numero di esempi”*. Cfr. AGCM, AGCOM, GPDP, IC53 *Indagine conoscitiva sui Big data, op.cit., p. 17*.

<sup>268</sup>Cfr. G. IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata. Real-Time Bidding e behavioural advertising, op.cit., p. 16*

<sup>269</sup> Così, Prof. De Streel nell'audizione del 19 febbraio 2018 nell'ambito dell'indagine conoscitiva sui *Big Data*. Cfr. AGCM, AGCOM, GPDP, IC53 *Indagine conoscitiva sui Big data, op.cit., p. 18*.

### 1.3 L'interpretazione e l'utilizzo dei *Big data*

L'attività conclusiva nell'estrazione di conoscenza dai *Big data* è costituita dall'interpretazione e dal conseguente utilizzo degli stessi.

La disponibilità di informazioni, estratte mediante l'analisi dei *Big data*, ha dato vita ad un processo decisionale delle imprese guidato dai dati (*data driven decision making*)<sup>270</sup>. Ciò significa che le decisioni possono essere prese direttamente basandosi sui dati e sulle correlazioni tra di essi, senza la necessità di una completa comprensione preliminare del fenomeno oggetto dell'intervento. In altre parole, in un contesto di utilizzo commerciale dei dati, prima avviene l'analisi dei fatti, successivamente l'azione, e solo eventualmente la comprensione del fenomeno<sup>271</sup>.

Alla luce di questo nuovo approccio, risulta chiaro come la disponibilità dei dati acquisti un'importanza fondamentale, visto che, tramite una grande e variegata mole di essi, gli algoritmi di intelligenza artificiale sono in grado di individuare complessi schemi (o *pattern*) di relazioni, che possono invece sfuggire ai ricercatori umani.

In aggiunta, si realizza un processo dinamico che utilizza i dati non solo per assumere le decisioni, ma anche per monitorarle e analizzarle, al fine di ottenere sia *feedback* per il miglioramento delle scelte successive, sia *input* per adottarne nuove in ambiti diversi.

In tal modo, le tecniche di *machine learning* possono arrivare a svolgere una serie di compiti che prima richiedevano esclusivamente l'intervento umano.

In generale, nonostante gli innumerevoli utilizzi dei *Big data* nei diversi settori economici, è possibile rintracciare alcuni aspetti comuni<sup>272</sup>.

In primo luogo, i *Big data* possono consentire un perfezionamento dei processi direzionali, gestionali e operativi delle organizzazioni. Pertanto, attraverso la raccolta, l'elaborazione e il monitoraggio di dati concernenti i processi interni è possibile individuare i punti di scarsa produttività e quindi intervenire per migliorarli.

In secondo luogo, i *Big data* possono essere impiegati per l'offerta di prodotti o servizi innovativi, che non potrebbero essere realizzati altrimenti<sup>273</sup>.

---

<sup>270</sup> Cfr. AGCM, AGCOM, GPDP, *IC53 Indagine conoscitiva sui Big Data*, op.cit., p. 19.

<sup>271</sup> A titolo esemplificativo, un gestore di un grande magazzino potrebbe modificare la disposizione dei prodotti nei propri negozi basandosi semplicemente sulle correlazioni tra i dati, senza la necessità di comprendere le ragioni per cui una diversa disposizione ha un impatto positivo sui ricavi di vendita. Cfr. OECD, *Data-Driven Innovation Big Data for Growth and Well-Being*, 2015, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264229358-en>.

<sup>272</sup> Sul punto si veda AGCM, AGCOM, GPDP, *IC53 Indagine conoscitiva sui Big Data*, op.cit., p. 19.

<sup>273</sup> Si pensi, ad esempio, a quei servizi in grado di fornire informazioni sulle condizioni del traffico, grazie alla raccolta e all'analisi di dati di posizione e spostamento di tantissimi utenti.

Infine, i *Big data* consentono di ottenere una conoscenza molto dettagliata dei singoli utenti, che può essere impiegata per realizzare un'elevata personalizzazione dei prodotti/servizi offerti.

Tale aspetto assume particolare rilevanza nel settore del *digital advertising*. Come emerge dall'indagine conoscitiva sui *Big data* condotta di concerto dalle tre Autorità già menzionate: “la comunicazione pubblicitaria online si fonda, infatti, sulla capacità delle imprese di offrire agli inserzionisti la possibilità di raggiungere specifici individui, utilizzando nuove modalità negoziali e di allocazione degli spazi che consentono transazioni automatizzate e in tempo reale” 274 .

Si è già precedentemente osservato che ciò che contraddistingue la pubblicità online è proprio la capacità di realizzare una sempre più accurata profilazione degli utenti, permettendo di raggiungere target specifici di consumatori e di indirizzare loro messaggi pubblicitari mirati, con crescenti livelli di personalizzazione. Il *targeting* è dunque il fulcro del *digital advertising*, attorno al quale si incardina l'attività svolta da alcune grandi piattaforme digitali, che permettono di vendere gli spazi pubblicitari in tempo reale (attraverso, ad esempio, meccanismi quali il *Real-Time Bidding*) e di mostrare gli annunci a quei soggetti maggiormente interessati ai beni/servizi reclamizzati<sup>275</sup>. In questa prospettiva, assume rilevanza strategica la raccolta e l'utilizzo di dati sugli utenti, che si configurano come un *asset* di grande importanza economica, suscettibile di essere valorizzato nell'ambito della raccolta pubblicitaria<sup>276</sup>. In altre parole, come già più volte ribadito, nell'ecosistema del *digital advertising* i *Big data* rivestono un ruolo fondamentale, permettendo una personalizzazione dell'offerta, fondata sulle caratteristiche dei singoli utenti.

Come anticipato precedentemente, a fronte degli innegabili benefici derivanti dall'uso dei *Big data*, il rovescio della medaglia sono i timori e le criticità che si manifestano sia in materia di privacy e protezione dei dati dei consumatori, nonché sul fronte della concorrenza. Pertanto, una volta chiarito il ruolo cruciale rivestito dallo sfruttamento dei dati nel settore della pubblicità online, occorre approfondire tali questioni giuridiche.

---

<sup>274</sup> Così AGCM, AGCOM, GPDP, *IC53 Indagine conoscitiva sui Big Data*, op.cit., p. 20.

<sup>275</sup> Cfr. AGCOM, *Indagine conoscitiva sul settore dei servizi Internet e sulla pubblicità online*, pp. 186-187.

<sup>276</sup> *Ibidem*

## 2. I *Big Data* e la concorrenza: qual è la relazione?

Dopo aver esaminato i processi che portano alla formazione dei *Big data*, è possibile fare un passo oltre e analizzare come la disponibilità di queste risorse e la possibilità di ricavarne informazioni commercialmente significative possa interessare il gioco concorrenziale e la disciplina che lo preserva. Infatti, i *Big data* se da un lato sono considerati uno dei più prorompenti driver di sviluppo economico, dall'altro rappresentano fonte di preoccupazione per il potere accumulato da chi raccoglie ingenti quantità di dati e possiede le capacità di elaborarli<sup>277</sup>.

L'economia digitale è ampiamente caratterizzata dalla presenza di mercati a due o più versanti (*two o multi-sides markets*), nei quali operano piattaforme che agiscono come intermediari tra due o più gruppi di agenti economici, garantendo loro un luogo virtuale per agevolare l'incontro e favorirne le interazioni e gli scambi commerciali (c.d. *matchmakers*)<sup>278</sup>. In tal modo esse risolvono un problema di costi di transazione che renderebbe difficile l'incontro tra i differenti utenti appartenenti ai diversi lati del mercato.

Tali piattaforme sono distinte in letteratura fra *matching platforms*, vere e proprie piazze di scambi virtuali in cui si incontrano classi di acquirenti e di venditori, e *attention platforms*, come i motori di ricerca e i *social network*<sup>279</sup>. Le prime sono definite nella quasi totalità come *transaction platforms*, mentre le seconde nella maggioranza dei casi come *no-transaction platforms*, a seconda che si verifichino o meno transazioni tra i soggetti presenti sui diversi versanti. Ad esempio, diversamente da e-Bay o Amazon che sono riconosciute come *transaction platforms*, Google o Facebook si comportano come dei media tradizionali, ossia offrono agli utenti una serie di servizi (come quello di ricerca

---

<sup>277</sup> Così M. GAMBARO, *Big Data, mercato e mercati rilevanti*, in V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, quaderni romani di diritto commerciale, Giuffrè Editore, Milano, 2018, p. 193.

<sup>278</sup> Sul tema si veda D.S. EVANS e R. SCHMALENSEE, *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*, Harvard Business School, 2016; D.S. EVANS, *Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms*, University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics, research paper n. 753, 2016; A. HAGIU e J. WRIGHT, *Multi-Sided Platforms*, International Journal of Industrial Organization, 2015, p. 162; M. RYSMAN, *The Economics of Two-Sided Markets*, Journal of Economic Perspectives, 2009, p. 125.

<sup>279</sup> Cfr. OECD, *Big Data: bringing competition policy to the digital era. Background notes by the Secretariat*, Report, 2016, p. 13.

o di *social networking*) per consentire ad un altro gruppo, ossia gli inserzionisti pubblicitari, di attirare l'attenzione dei primi<sup>280</sup>.

Tali nuovi modelli di *business* rappresentano il fulcro del sistema dei *Big data*: le piattaforme digitali organizzano ed elaborano sotto forma di informazioni, a beneficio dei propri utenti, i dati-input che gli stessi generano e/o forniscono tramite gli interscambi effettuati nell'ambiente virtuale, con lo scopo di utilizzare tale conoscenza da un lato per realizzare o personalizzare il servizio offerto gratuitamente agli utenti o fortemente sussidiato, dall'altro lato per rendere più efficace e quindi più redditizia la raccolta pubblicitaria<sup>281</sup>. Il loro *business* è quindi prevalentemente costituito dall'attenzione degli utenti per la pubblicità e i dati sono un input necessario per rendere più efficace la pubblicità stessa<sup>282</sup>.

La letteratura economica<sup>283</sup> sottolinea come la gestione dei dati da parte delle piattaforme generi significative economie di scala e di scopo e dia origine ai *data driven network effects*: maggiore è la quantità di dati acquisiti dalla piattaforma, tanto più elevata sarà la qualità dei servizi resi e un numero sempre crescente di consumatori ne saranno attrattati, conferendo alla piattaforma una mole di dati crescente<sup>284</sup>. Ciò determina effetti di rete diretti, che si traducono in barriere sia all'uscita per gli utenti che all'entrata per i nuovi operatori<sup>285</sup>. La disponibilità di un gran numero di dati garantisce alle piattaforme, inoltre, un aumento nella capacità di generare valore nei confronti degli inserzionisti pubblicitari,

---

<sup>280</sup> Cfr. M. MAGGIOLINO, *Big Data e Antitrust*, op.cit., p. 61 e D. EVANS, *Some Empirical aspect of multi-sided platform industries*, Review of Network Economics, 2002, vol. 2, p. 193 e ss.

<sup>281</sup> Cfr. M. GAMBARO, *Big Data, mercato e mercati rilevanti*, op. cit., p. 198.

<sup>282</sup> Cfr. M. GAMBARO, *Concorrenza e pluralismo nel mercato di Internet: la prospettiva economica*, in BASSANI M., POLLICINO O., FROSINI T. (a cura di), *Le libertà fondamentali nell'era di Internet*, Milano, Mondadori, 2017. Sul punto B. MARTENS, *An Economic Policy Perspective on Online Platforms* Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper, 2016, p. 23, osserva come tutti i modelli di *business* delle piattaforme digitali si basano prevalentemente su tre fonti di ricavi, che possono anche coesistere: a) margini di vendita, nell'ipotesi di offerta diretta di beni e/o servizi da parte del gestore della piattaforma; b) commissioni sulle vendite, nel caso in cui la piattaforma opera come intermediario di vendita di beni e/o servizi tra utenti-commerciali e utenti-consumatori; c) introiti pubblicitari per la cessione ad inserzionisti di informazioni mirate su singoli o gruppi di utenti. Tra le tre menzionate, la pubblicità costituisce indubbiamente la primaria fonte di reddito.

<sup>283</sup> A tal riguardo si veda I. GRAEF, *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, World Competition: Law and Economics Review, 2015, Vol. 38, p. 473-505; D.S EVANS, *The Antitrust Economics of Free*, Competition Policy International, 2011, Vol. 7; P. J. HARBOUR e T. I. KOSLOV, *Section 2 in a Web 2.0 World: an expanded vision of relevant product markets*, Antitrust law Journal, 2010, pp. 769ss.

<sup>284</sup> Cfr. G. MUSCOLO, *Big Data e concorrenza. Quale rapporto?*, in V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, op.cit., p. 175.

<sup>285</sup> Cfr. AGCM, AGCOM, GPDP, *IC53 Indagine conoscitiva sui Big Data*, op.cit., p. 72.



incrementando così i profitti che a loro volta potranno essere reinvestiti nella qualità del servizio, generando effetti di rete indiretti<sup>286</sup>.

Dunque, la presenza di esternalità di rete tra un lato e l'altro della piattaforma instaura una relazione tra il valore del servizio offerto su un versante e la numerosità dei soggetti che operano sull'altro.

In considerazione delle interrelazioni e dell'interdipendenza tra i versanti, le piattaforme sono in grado di influenzare la consistenza delle transazioni applicando prezzi asimmetrici ai gruppi presenti sui due versanti (*skewed pricing*)<sup>287</sup>: si pensi alle piattaforme di *social network* o che erogano servizi di ricerca, le quali nell'agevolare l'incontro tra utenti ed inserzionisti pubblicitari, secondo il tradizionale modello dell'*advertising-supported media*, forniscono ai primi i loro servizi gratuitamente, ai secondi invece applicano una tariffa per gli spazi pubblicitari messi a disposizione per il *behavioural targeting*<sup>288</sup>.

In questo scenario, con l'obiettivo di incrementare il successo dell'attività di intermediazione, le piattaforme raccolgono in tempo reale tutte le informazioni disponibili sulle preferenze e gusti degli utenti dei vari gruppi coinvolti (*volunteered, observed e inferred data*), che vengono successivamente utilizzate per alimentare gli algoritmi, consentendo un abbinamento efficiente delle esigenze delle parti interessate. Maggiori sono le informazioni raccolte sulle caratteristiche della domanda e dell'offerta, più efficiente saranno i servizi erogati dal *matchmaker*, attirando così un maggior numero di utenti sulla piattaforma e aumentando il volume complessivo di dati che gli utenti condivideranno. Di conseguenza, ciò contribuirà a perfezionare la qualità dei servizi offerti dai *providers (feedback loop)*. Questo processo avviene a prezzi nulli, in quanto il miglioramento dei servizi deriva dal crescente flusso di informazioni fornite dagli utenti stessi alla piattaforma. A questo circolo, peraltro, se ne aggiunge un secondo: l'acquisizione e la gestione dei dati, alimentata come si è detto dal miglioramento della qualità dei servizi offerti, permettono alle piattaforme digitali di fornire agli operatori commerciali (i.e. inserzionisti pubblicitari), dietro corrispettivo monetario, statistiche accurate e previsioni di consumi, gusti e interessi di specifici consumatori o gruppi di

---

<sup>286</sup> Cfr. OECD, *Big Data: bringing competition policy to the digital era -Background note by the Secretariat*, 2016.

<sup>287</sup> Cfr. G. COLANGELO, *Big Data, piattaforme digitali e antitrust*, op.cit., p. 435.

<sup>288</sup> Sul punto G. COLANGELO, op.cit., specifica che tale meccanismo è “[...] di particolare rilevanza per l'analisi antitrust delle condotte di prezzo sui mercati multi-versante: la presenza di effetti di rete indiretti rende spesso per la piattaforma necessario praticare prezzi asimmetrici e che non riflettono il costo effettivo del servizio offerto ad un particolare gruppo di utenti”.

utenti<sup>289</sup>. In altre parole, la raccolta di ingenti quantità di dati consente alle piattaforme “di attrarre un numero crescente di inserzionisti cui offrire spazi pubblicitari sempre più in linea con le preferenze e abitudini di acquisto degli utenti, e dunque, più funzionali al behavioural targeting”<sup>290</sup>.

Da ultimo i ricavi derivanti da questo versante vengono utilizzati dai *providers* per sostenere gli investimenti necessari per il sostentamento della piattaforma, preservando, in tal modo, il proprio portafoglio clienti e attraendone dei nuovi.

Da quanto fin qui esposto emerge chiaramente la rilevanza dei *Big data* in un mercato digitale competitivo. Si riscontrano comunque diverse opinioni sugli effetti pro e anticoncorrenziali del fenomeno<sup>291</sup>. Lo sfruttamento dei *Big data* da un lato può tradursi in benefici sia per i consumatori digitali che per le imprese che li detengono, e i mercati *data-driven* possono essere altamente contendibili; per altro verso, i *Big data* possono favorire la concentrazione e la dominanza, innalzando significative barriere all’entrata e causando il cd. *winner takes all outcome*<sup>292</sup>.

Nel proseguo verranno quindi esaminati gli aspetti più rilevanti e critici dell’applicazione del diritto antitrust ai *Big data* con lo scopo di comprendere, in primis, se i *Big data* possano rappresentare una minaccia per la concorrenza, con particolare attenzione alle piattaforme *multi-sided*, che, come si è osservato, svolgono un ruolo centrale nel settore del *digital advertising*. Successivamente si cercherà di capire se la cassetta degli attrezzi di cui si serve tradizionalmente l’antitrust sia idonea a gestire le peculiarità di tale

---

<sup>289</sup> Cfr. G. D’AGOSTINO, *Le piattaforme digitali come nuove forme di mercato: alcuni considerazioni in merito ai profili economico-giuridici alla luce del processo normativo UE*, *op.cit.*, pp.90-91.

<sup>290</sup> Così, G. COLANGELO, *Big Data, piattaforme digitali e antitrust*, *op.cit.*, p. 436.

<sup>291</sup> Sul tema in dottrina vi è un contrasto di opinioni. Fra i vari che ne mettono in luce gli effetti pro-competitivi si vedano, in particolare, V.N. SCHEEP e A. WAMBACH, *On Big Data and its relevance for market power assessment*, *Journal of European Competition Law and Practice*, 2016, p. 121, secondo i quali, la raccolta dei dati può garantire a chi li detiene significativi miglioramenti dei servizi offerti, consentendo inoltre alle imprese di acquisire maggiori informazioni sugli utenti, che potranno poi essere impiegate per perfezionare i servizi offerti. Altri invece evidenziano la rilevanza anti-concorrenziali dei *Big Data*. In tal senso, tra i vari, si veda, I. GRAEF, *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, *World Competition*, *op.cit.*, p. 473 e ss.

<sup>292</sup> Cfr. G. MUSCOLO, *Big data e concorrenza. Quale rapporto?*, in V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, *op.cit.*, p. 175. Sul punto si vedano A. EZRACHI E M. E. STUCKE, *Virtual Competition*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7, 2016, p. 585, che affermano: “*Big Data and the development of sophisticated computer algorithms and artificial intelligence are neither good, bad, nor neutral. Their nature depends on how firms employ them, whether their incentives are aligned with our interests, and certain market characteristics. At times, Big Data and Big Analytics can enhance information flows, access to markets, and promote a competitive online environment where we benefit*”.

fenomeno o necessiti di una revisione. Si evidenzierà che alle specificità dei mercati a due o più versanti consegue l'esigenza di riconsiderare le categorie proprie dell'indagine antitrust, specialmente in merito alla definizione del mercato rilevante e l'accertamento del potere di mercato<sup>293</sup>.

## 2.1 I dati come barriere all'entrata

Al fine di valutare se i *Big data* rappresentino una barriera all'entrata, attribuendo di conseguenza a coloro che ne hanno il controllo un vantaggio competitivo ed un potere di mercato, è necessario in primis esaminare le caratteristiche economiche degli stessi. Tale analisi è un passaggio preliminare necessario per un'indagine antitrust relativa alle condotte concernenti la raccolta e l'utilizzo dei suddetti dati<sup>294</sup>. A tal riguardo si evidenzia che al tema è dedicata una ponderosa letteratura, nella quale emergono due posizioni divergenti che, mettendo in luce caratteristiche economiche differenti delle risorse in questione, assumono un diverso approccio riguardo all'opportunità di intervento antitrust. Il primo filone sottolinea come le peculiarità di tali dati rendano l'accumulo di essi privo di intrinseche barriere all'entrata e non conferisca alle imprese che ne hanno il controllo alcuna possibilità di *foreclosure*<sup>295</sup>. Nello specifico, si evidenziano i seguenti aspetti che portano a ritenere che i *Big data* non siano una risorsa scarsa, insostituibile e di per sé essenziale per conseguire un vantaggio competitivo sul mercato.

In primo luogo, i *Big data* non sono una risorsa né appropriabile e né rivale<sup>296</sup>: nessuna impresa può controllare l'intera raccolta e diffusione dei dati, né tantomeno il loro utilizzo ne decresce la disponibilità per gli altri. Il fatto di fornire a qualcuno un'informazione non impedisce di darla successivamente ad altri e non riduce le successive possibilità di utilizzo. I *Big data* possono essere raccolti da tantissime fonti o acquistati sul mercato e hanno costi marginali di produzione e di diffusione bassi o nulli. In sintesi, il primo

---

<sup>293</sup> Cfr. L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E.V. DAMME, P. AFFELDT, *Market definition in two-sided markets: theory and practice*, Journal of Competition Law & Economics, 2014, Vol. 10, p. 293-339.

<sup>294</sup> Cfr. G. COLANGELO, *Big Data, piattaforme digitali e antitrust*, op.cit., pp. 429 e ss.

<sup>295</sup> In tal senso, fra i vari, si veda: D.D. SOKOL e R. COMERFORD, *Antitrust and Regulating Big Data*, George Mason Law Review, 2016; A. LAMBRECHT e C. TUCKER, *Can Big Data Protect a Firm from Competition?*, Working Paper, 2015; A.V. LERNER, *The Role of «Big Data» in Online Platform Competition*, Working Paper, 2014; D.S. TUCKER E H.B. WELLFORD, *Big Mistakes Regarding Big Data*, in «Antitrust Source», 2014.

<sup>296</sup> Cfr. M. GAMBARO, *Big Data, mercato e mercati rilevanti*, op.cit., p. 195.

aspetto economico messo in luce è che i dati sono praticamente ovunque, e per tale ragione non assicurano alcun vantaggio competitivo<sup>297</sup>.

Su tal ultimo punto viene in rilievo l'opinione precedentemente espressa dalla Commissione europea in seno alla valutazione dell'operazione di concentrazione *Facebook/WhatsApp*. La stessa ha osservato come, anche a valle dell'operazione, vi sarebbe stata una significativa quantità di dati rilevanti ai fini pubblicitari disponibile sul mercato<sup>298</sup>. Dunque, indipendentemente dalla circostanza che la società nascente dalla fusione utilizzasse gli *user data* di Whatsapp per migliorare il *targeted advertising* su Facebook, la Commissione europea ha espressamente rinvenuto la presenza di molti altri operatori che raccolgono *user data*<sup>299</sup>.

In secondo luogo, a conferma di tale lettura, si evidenzia che la raccolta dei dati degli utenti da parte degli operatori online è una parte importante del processo competitivo e genera notevoli benefici per i consumatori<sup>300</sup>. Infatti, i fornitori online raccolgono e utilizzano grandi quantità di dati per perfezionare i servizi offerti e per monetizzare gli stessi attraverso pubblicità mirata, garantendo agli utenti nuovi e preziosi servizi a prezzi agevolati o addirittura gratuiti. Di conseguenza, per tali vantaggi competitivi, praticamente tutti i *providers* raccolgono dati: si tratta di una prassi comune non solo per le imprese online, ma anche per le tradizionali attività offline ("*brick-and-mortar*")<sup>301</sup>. Pertanto, nessuna singola impresa, benché di grandissime dimensioni, è in grado di

---

<sup>297</sup> Basti pensare ai numerosissimi dati rilascianti quotidianamente dagli utenti durante l'utilizzo dei diversi servizi digitali offerti dai vari providers, c.d. *multi-homing*. Cfr. G. COLANGELO, *Big data, piattaforme digitali e antitrust, op.cit.*, p. 430.

<sup>298</sup> Si veda COMMISSIONE EUROPEA, decisione del 3 ottobre 2014, caso COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*.

<sup>299</sup> Sul punto la Commissione europea, caso COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*, par. 188-189, ha affermato: «[...] *Post-Transaction, there will remain a sufficient number of alternative providers of online advertising services. In addition, the Commission notes that there are currently a significant number of market participants that collect user data alongside Facebook. These include, first of all Google, which accounts for a significant portion of the Internet user data and, in addition, companies such as Apple, Amazon, eBay, Microsoft, AOL, Yahoo!, Twitter, IAC, LinkedIn, Adobe and Yelp, among others. [...] Therefore, the Commission notes that, regardless of whether the merged entity will start using WhatsApp user data to improve targeted advertising on Facebook's social network, there will continue to be a large amount of Internet user data that are valuable for advertising purposes and that are not within Facebook's exclusive control*». In modo analogo si è espressa la stessa Commissione nel valutare la concentrazione di *Google/DoubleClick*: «*the combination of data about searches with data about users' web surfing behaviour is already available to a number of Google's competitors today. [...] Competitors may also purchase data or targeting services from third parties. [...] Data is also available from internet service providers, which can track all of the online behaviour of their users, following them to every website they visit*». Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, decisione dell'11 marzo 2008, caso COMP/M.4731, *Google/ DoubleClick*, par. 365.

<sup>300</sup> Cfr. A.V. LERNER, *The Role of 'Big Data' in Online Platform Competition, op. cit.*, pp.5-6.

<sup>301</sup> *Ibidem*

controllare tutti, la maggior parte o anche una quantità significativa dei dati generati dagli utenti. In contrasto con le teorie economiche sugli effetti di *foreclosure* del mercato attraverso il controllo di *input* della produzione essenziale, gli *incumbents* non hanno un'esclusività esplicita o di fatto sui dati: non ci sono né contratti in esclusiva con gli utenti, né strutture di prezzo che vincolano gli stessi ad una specifica piattaforma. All'opposto gli utenti, come spesso accade, utilizzano vari servizi online, anche per la stessa attività (il cd. *multi-homing*), dando così a più fornitori la possibilità di acquisire dati. Dunque, il cd. *multi-homing* degli utenti da un lato e la natura non rivale dei dati dall'altro finiscono per annullare di fatto la possibilità di un controllo esclusivo sui dati stessi<sup>302</sup>.

In terzo luogo, tale letteratura sottolinea che i dati sono risorse contingenti e, in quanto tali, influenzati dalla tempestività e dall'accuratezza: il loro valore tende a diminuire con il trascorrere del tempo ed è condizionato dall'abilità dell'impresa di dotarsi di tecnologie idonee ad estrarre dai dati stessi le informazioni di cui necessita<sup>303</sup>. In altri termini, non è rilevante la dimensione del *database* di dati posseduta, bensì la sua qualità, ovvero il fatto che si disponga di dati non obsoleti e di strumenti tecnologici adeguati a filtrare da varie fonti l'elevata mole di dati raccolti, spesso non strutturati.

Infine, viene messo in risalto il fatto che la raccolta di *Big Data*, superata una certa soglia, determini diseconomie di scala e, di conseguenza, qualunque vantaggio concorrenziale che un'impresa può vantare sui rivali si riduce gradualmente all'aumentare del volume dei dati raccolti<sup>304</sup>.

In conclusione, secondo tale primo filone, l'accumulo di *Big Data* non è di per sé in grado di erigere barriere all'ingresso, in quanto i dati stessi non hanno un valore intrinseco e ad essere determinante non è l'ammontare degli stessi, bensì l'idea di *business* e la tecnologia impiegata. Di conseguenza, nell'ottica antitrust, i potenziali nuovi entranti non devono fronteggiare alcuna barriera all'ingresso, ma possono competere sul mercato, accedendo ad una mole significativa di dati da numerose fonti e senza dover replicare necessariamente il medesimo *dataset*.

A conferma di tale scenario vi è la recente storia dell'economia digitale, la quale fornisce diversi esempi di imprese (si pensi, ad esempio, ad Uber, Tinder o Airbnb) che sono state

---

<sup>302</sup> *Ibidem*

<sup>303</sup> Cfr. G. COLANGELO, *Big Data, piattaforme digitali e antitrust*, op.cit., p. 430.

<sup>304</sup> *Ibidem*

in grado di sfidare gli *incumbents* presenti sul mercato, semplicemente offrendo soluzioni commerciali più efficienti e maggiormente in linea con le esigenze degli utenti<sup>305</sup>.

Sul versante diametralmente opposto, invece, si collocano quanti sottolineano la rilevanza dei *Big Data* in riferimento ai *modelli di business* all'interno dei mercati multi-versanti<sup>306</sup>.

In primo luogo, si evidenzia che la raccolta e l'elaborazione di ingenti quantità di dati consente alle piattaforme *muti-sided* di possedere un decisivo vantaggio informativo rispetto alle altre. In tali contesti, la presenza di barriere all'ingresso ascrivibili ai *Big Data* sono frutto delle economie di scala e di gamma generate dai *feedback loops* che intensificano gli effetti di rete sia diretti che indiretti<sup>307</sup>: i primi si riferiscono al fatto che un aumento del numero di utenti permette alla piattaforma di acquisire un maggior numero di informazioni; i secondi fanno riferimento agli effetti di *spill-over* (positivi) che si verificano tra i diversi versanti della piattaforma, per cui l'accumulo di dati su un dato versante contribuisce ad aumentare la qualità del servizio sugli altri versanti della piattaforma. Tale dinamiche renderebbero i mercati digitali come meno competitivi e caratterizzati da elevati livelli di concentrazione, agevolando così l'affermarsi di piattaforme in posizione dominante (*tipping*)<sup>308</sup>.

Tale secondo filone si mostra, inoltre, scettico rispetto al carattere non rivale dei dati e riguardo ai presunti costi contenuti necessari per le attività di raccolta e analisi. In primis, la natura non rivale dei dati non implica necessariamente che tutte le imprese siano ugualmente in grado di raccogliere gli stessi. Del resto, se i dati non fossero un *asset* strategico e fossero accessibili facilmente e ad un prezzo contenuto, «*mal si comprenderebbe la corsa delle imprese ad accumularne il più possibile attraverso un numero crescente sia di acquisizioni Big data related sia di servizi offerti agli utenti a prezzi nulli*»<sup>309</sup>. L'offerta di servizi a prezzi bassi o nulli rende più gravoso per gli utenti cambiare il fornitore, optando per un concorrente che offre un servizio di qualità superiore

---

<sup>305</sup> Cfr. A. LAMBRECHT e C. TUCKER, *Can Big Data Protect a Firm from Competition?*, *op. cit.*, pp. 11-15.

<sup>306</sup> In tal senso, fra i vari, si veda: Autorité de la concurrence e Bundeskartellamt, *Competition law and data*, May, 2016; I. GRAEF, *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, *op.cit.*, p. 473; N. NEWMAN, *Search, Antitrust, and the Economics of the Control of User Data*, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 30, 2014, pp. 401 ss. Nello stesso senso anche Eu Commission Staff Working Document, *Online Platforms*, di accompagnamento alla Comunicazione su *Online Platforms and the Digital Single Market*, 2016, p. 2, laddove tra le caratteristiche comuni alla maggior parte delle piattaforme digitali si individua: «*[the] ability to collect, use and process a large amount of personal and non-personal data in order to optimize, inter alia, the service and experience of each user*».

<sup>307</sup> Sul punto si veda D.L. RUBINFELD e M.S.GAL, *Access barriers to Big Data*, *Arizona law review*, vol. 59, 2017, pp. 346 ss.

<sup>308</sup> Cfr. G. COLANGELO, *Accesso ai data e condizioni di licenza F/RAND*, *op.cit.*, p. 138.

<sup>309</sup> Così, G. COLANGELO, *Big Data, piattaforme digitali e antitrust*, *op.cit.*, p. 432.

a pagamento. In questo contesto, si manifesta la strategia di *lock-in* degli utenti, i quali, di fronte a un prodotto/servizio (apparentemente) gratuito, sono inclini a concedere, in modo più o consapevole, i propri dati come forma di transazione<sup>310</sup>.

In aggiunta, si rileva come le piattaforme, grazie ai dati raccolti e nella loro disponibilità, producono una profilazione sempre più accurata degli utenti, che può, a sua volta, influire significativamente sugli stessi. Il potere degli operatori digitali dipende prevalentemente dalla loro capacità di sfruttare i *Big Data*: quanto più sono in grado di raccogliere i dati relativi agli utenti attraverso tecniche di profilazione, tanto più si accresce il loro potere di mercato grazie alla costante crescita dimensionale e alla condizione di inerzia dei consumatori, destinatari di offerte di beni/servizi sempre più personalizzate<sup>311</sup>. Dunque, l'offerta personalizzata a prezzi ridotti o nulli si riverbera negativamente sulla concorrenza, in quanto produce inerzia degli utenti, scoraggiandoli dall'utilizzare piattaforme alternative in presenza di pesanti *switching cost*<sup>312</sup>.

Infine, tale letteratura ribatte, rispetto all'argomentazione “*i Big Data sono praticamente ovunque*”, evidenziando come il tema dell'accessibilità dei dati va tenuto distinto e non va confuso con quello della sostituibilità degli stessi: la rilevanza dei *data* cambia notevolmente in relazione ai vari modelli di *business* e, in considerazione delle diverse tipologie di dati esistenti, alle volte le informazioni raccolte o utili per alcune piattaforme non possono essere sostituiti con dati acquisiti mediante altre fonti<sup>313</sup>.

---

<sup>310</sup> Cfr. A. P. GRUNES e M. E. STUCKE, *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, in *Antitrust Source*, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 269, 2015, p. 8

<sup>311</sup> Cfr. L. AMMANNATI, *La circolazione dei dati: dal consumo alla produzione*, op. cit., p. 146.

<sup>312</sup> Nella letteratura economica si ricorre all'espressione “*aftermarket*”, per descrivere lo spazio nel quale l'utente, una volta compiuta una scelta o un acquisto in una determinata piattaforma, finisce per restarvi vincolato e per essere oggetto di una sorta di “cattura informativa”. Ciò rende difficile e onerosa l'uscita dalla stessa piattaforma che dispone di tecniche avanzate di profilazione. Cfr. M. DELMASTO e A. NICITA, *Big Data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Il Mulino, Bologna, 2019, pp. 83-84.

<sup>313</sup> Sul punto I. GRAEF, *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, op. cit., p. 483, sostiene: «*While some types of data such as basic contact and demographic information may indeed be purchased from data brokers and other companies, the information that search engines, social networks or e-commerce platforms need to operate their services is specific and does not seem to be readily available on the market*». Nello stesso senso si veda anche l'Autorité de la concurrence e Bundeskartellamt, *Competition law and data*, op.cit., pp. 46-47: «*one should however keep in mind that Big Data is still in its infancy and that developments in the exploitation of data are probably still to come. Data which could appear as substitutes today may no longer be so in the future and vice versa. Possible distinctions between offline and online data, between data generated through mobile applications and those collected through fixed devices, between data retrieved from social networks and those retrieved from search queries could become more prominent as the means of exploiting these different sorts of data are further developed. By contrast, some data, such as navigational information, which are costly to collect today because they cannot be uploaded automatically through online or*

In sintesi, tale secondo filone invita, al fine di capire se l'accumulo di *Big Data* rappresenti una barriera all'ingresso, ad un'analisi delle caratteristiche specifiche dei mercati coinvolti, dei diversi modelli di business interessati, delle diverse tipologie di *data* e, dunque, del ruolo che questi possono svolgere nel medesimo contesto<sup>314</sup>.

In termini analoghi si è espressa l'AGCM nell'indagine conoscitiva sui *Big Data*: l'autorità antitrust ha affermato che, al fine di capire se e in quale misura i *Big Data* rappresentino concretamente una barriera all'entrata, occorre affrontare la questione con riguardo ad uno specifico mercato e considerare almeno tre caratteristiche<sup>315</sup>:

- a) *La rilevanza dei dati per la fornitura del bene e/o servizio alla luce delle caratteristiche del mercato interessato.* In primo luogo, è quindi necessario comprendere le modalità concrete con le quali i dati sono utilizzati per l'offerta del servizio considerato, tenendo presente considerazione le caratteristiche del mercato coinvolto (quali, ad esempio, la presenza o la natura delle esternalità di rete). In linea teorica, ai fini competitivi non viene tanto in rilievo l'attività di acquisizione dei dati in quanto tale, quanto piuttosto le informazioni e la conoscenza generata attraverso i dati stessi. In alcune situazioni, in presenza di algoritmi di *machine learning* consolidati, può essere la disponibilità di grandi quantità di dati (variegati per tipologia e provenienza) ad essere fonte di un vantaggio competitivo, permettendo lo sviluppo della qualità degli algoritmi e la generazione di nuova conoscenza. In altre circostanze, per converso, accade che i dati grezzi siano ampiamente disponibili e facilmente accessibili a tutti, ma a determinare un significativo vantaggio competitivo è il miglioramento di particolari algoritmi proprietari, attraverso innovazioni ed investimenti<sup>316</sup>.
- b) *La natura, la qualità e la quantità di dati necessari per poter competere in maniera efficace.* In secondo luogo, è importante valutare se e in che misura vi siano rendimenti di scala decrescenti (o crescenti) in relazione alla quantità di dati disponibili, alla varietà e alla velocità di raccolta dei dati. Ad esempio, nel caso

---

*connected processes may, may partially or may not (e.g. for data quality reasons) be substituted by data actively and voluntarily collected by a high number of individuals – or in the future by their cars».*

<sup>314</sup> Cfr. N.P. SCHEPP e A. WAMBACH, *On Big Data and its Relevance for Market Power Assessment*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016 pp. 120-121; e G. COLANGELO, *Big Data, piattaforme digitali e antitrust*, *op.cit.*, p. 433.

<sup>315</sup> Sul punto si veda AGCM, AGCOM, GPDP, *IC53 Indagine conoscitiva sui Big data*, *op.cit.*, p.73.

<sup>316</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Competition Policy for the Digital Era*, Publications Office, 2019; J. FURMAN et al., *Unlocking digital competition*, Report of the Digital Competition Expert Panel, 2019.



dei motori di ricerca online che utilizzano dati per perfezionare i risultati forniti agli utenti, un aumento delle richieste consente di cogliere più rapidamente i cambiamenti nei comportamenti degli utenti e di aggiornare la pertinenza e la qualità delle risposte fornite. Tuttavia, i rendimenti di scala potrebbero diminuire una volta che il volume delle richieste superi un certo livello<sup>317</sup>.

Diversamente, quando i dati sono principalmente utilizzati per scopi pubblicitari, sembrerebbe che la tempestività dei dati sia più rilevante rispetto al loro volume e alla loro quantità. In questa prospettiva, le barriere per i nuovi entranti potrebbero risultare meno elevate, poiché i dati dell'attuale operatore, e quindi il suo vantaggio competitivo, sarebbero più rapidamente soggetti a decadimento<sup>318</sup>.

- c) *La varietà di fonti utilizzabili per generare la conoscenza rilevante per offrire i servizi in questione in maniera competitiva.* In terzo luogo, dunque, l'impatto dei *Big data* sulle dinamiche concorrenziali dipende dalle numerosità di fonti (sia online che offline) che possono essere impiegate al fine di generare la conoscenza rilevante per l'offerta di uno specifico prodotto/servizio. Nonostante non si possa escludere a priori che alcuni *dataset* abbiano il carattere dell'unicità, si riscontra che spesso le fonti utilizzabili per l'acquisizione di informazioni rilevanti sono molteplici: la gran parte dei *dataset* può essere replicata poiché sui mercati sono reperibili un gran numero di dati, molti dei quali utilizzabili in diversi modi. In tal senso, nell'ambito della valutazione dell'operazione di concentrazione *Apple/Shazam*<sup>319</sup>, la Commissione europea ha osservato che l'integrazione dei *database* delle parti non avrebbe conferito alla nuova entità un vantaggio non replicabile, in quanto contenenti dati non unici e non qualificabili come input essenziali per la fornitura del prodotto a valle.

Dunque, solo in ipotesi eccezionali, i *Big data* raccolti da un'impresa possono rappresentare una risorsa necessaria per operare in uno specifico mercato, dal

---

<sup>317</sup> Sul punto si veda COMMISSIONE EUROPEA, decisione del 2017, caso AT.39740 *Google Search (Shopping)*, par. 287.

<sup>318</sup> Cfr. AGCM, AGCOM, GPDP, *IC53 Indagine conoscitiva sui Big Data*, op.cit., p.74.

<sup>319</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, decisione del 6 settembre 2018, Caso M.8788 *Apple/Shazam*. In termini analoghi si è espressa la stessa Commissione in altre decisioni, rilevando più volte la presenza di numerosi operatori che raccolgono *user data*, la facilità di accesso a diverse fonti in grado di fornire informazioni rilevanti e dunque, la non essenzialità e unicità del *dataset* di una determinata piattaforma al fine della capacità degli altri di competere sul mercato. Sul punto si veda, COMMISSIONE EUROPEA, decisione 6 dicembre 2016, caso M.8124 *Microsoft/Linkedin*; decisione del 3 ottobre 2014, caso COMP/M.7217 *Facebook/Whatsapp*; decisione del 4 settembre 2012, caso COMP/M.6314 *Telefonia UK/Vodafone UK/Everything Everywhere*; decisione dell'11 marzo 2008, caso COMP/M. 4731 *Google/DoubleClick*.

momento che le informazioni necessarie per offrire un servizio possono essere ottenute con l'impiego di *dataset* diversi<sup>320</sup>.

In ogni caso, la disponibilità dei dati è solo uno dei fattori che contribuiscono all'elevato grado di concentrazione e all'esistenza di barriere all'ingresso nei mercati digitali. A tal proposito, occorre considerare anche altri aspetti che svolgono un ruolo determinante nello spiegare il potere di mercato: quelli nuovi, come gli investimenti per sviluppare gli strumenti di analisi e gestione dei dati; quelli più tradizionali, come le economie di scala e di scopo, e le esternalità di rete che, in ragione del loro effetto cumulato sulle dinamiche concorrenziali, acquisiscono un particolare rilievo nei mercati digitali<sup>321</sup>.

## 2.2 La definizione del mercato rilevante nell'era dei *Big data*

I mercati digitali presentano alcune caratteristiche, dalle economie di scala, agli effetti di rete, agli *switching cost*, all'importanza crescente dei dati, per cui tendono ad essere concentrati con elevate barriere all'ingresso, causando anche esiti di “*winners take all*”<sup>322</sup>. La questione è quella di capire se il diritto antitrust sia adeguatamente attrezzato a gestire le peculiarità del fenomeno. Tale analisi risulta funzionale ai fini del presente elaborato, il cui scopo, come anticipato nell'introduzione, è quello di esaminare la fattibilità concreta dell'approccio che descrive il rapporto tra privacy e antitrust in termini di sinergia e complementarità e gli effetti che lo stesso ha generato nel settore del *digital advertising*. Si osserverà infatti che emergono diverse criticità sull'effettiva capacità del diritto antitrust di contrastare lo strapotere delle *Big tech* e le loro strategie di accumulo dei dati. Su queste basi, ha preso piede l'idea che le caratteristiche dei mercati digitali e l'affermarsi di grandi piattaforme, i cui modelli di *business* si basano sulla monetizzazione dell'attenzione degli utenti tramite la vendita di pubblicità mirata, richiedano un approccio integrato tra la disciplina a tutela della concorrenza e quella a tutela dei dati personali.

Procedendo con ordine, soffermiamoci in primis sui criteri di definizione del mercato rilevante: infatti, l'applicazione delle fattispecie di illecito antitrust implica l'apprezzamento del potere di mercato detenuto in capo alle imprese coinvolte, nonché l'identificazione degli effetti che i comportamenti tenuti dalle imprese stesse possono determinare sull'efficienza dei mercati e sul benessere dei consumatori<sup>323</sup>. Con il fine di

---

<sup>320</sup> Cfr. AGCM, AGCOM, GPDP, *IC53 Indagine conoscitiva sui Big Data*, op.cit., p.75.

<sup>321</sup> *Ivi*, pp. 71-72.

<sup>322</sup> Cfr. AGCM, AGCOM, GPDP, *IC53 Indagine conoscitiva sui Big Data*, op.cit., p. 76.

<sup>323</sup> Cfr. F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, op.cit., p. 54-55,

svolgere questa duplice analisi, il diritto della concorrenza utilizza un complesso procedimento di raccolta di informazioni utili per capire come si svolgono le dinamiche competitive, che prende il nome di definizione del mercato rilevante<sup>324</sup>.

In estrema sintesi e prendendo a prestito le parole del Consiglio di Stato, per mercato rilevante si intende “*quella zona geografica circoscritta, dove dato un prodotto o una gamma di prodotti considerati tra loro sostituibili, le imprese che forniscono quel prodotto si pongono fra di loro in rapporto di concorrenza*”<sup>325</sup>. Identificare il mercato rilevante significa pertanto determinare “*il perimetro della concorrenza*”<sup>326</sup>, ossia l’area entro cui soggetti economici, interagendo fra loro dal lato della domanda e dell’offerta, sono in grado di esercitare varie pressioni competitive sul prezzo e le quantità di mercato. Ecco perché la definizione dell’ampiezza del mercato rilevante può influenzare in maniera significativa le condizioni di concorrenzialità che in esso vengono riscontrate e quindi l’individuazione o meno di una condotta anti-competitiva all’interno dello stesso<sup>327</sup>.

Chiarito ciò, rispetto agli scenari di mercato tradizionali, quelli digitali rendono particolarmente complesso l’accertamento del mercato rilevante ai fini *antitrust*. Le maggiori difficoltà sono relative all’individuazione dei criteri che consentono di definire i confini di mercato in presenza di piattaforme multi-versante e di esternalità di rete, nonché nelle ipotesi di beni o servizi offerti a c.d. prezzo zero, ossia nella situazione in cui le piattaforme erogano agli utenti servizi gratuiti in cambio di dati, utilizzati poi nel settore pubblicitario.

Con riguardo alle esternalità di rete e ai molteplici versanti della piattaforma, le principali questioni oggetto di discussione ruotano attorno a due punti<sup>328</sup>. In primo luogo, se è preferibile definire il mercato rilevante per ciascun versante della piattaforma, tenendo conto dell’effetto *feedback* generato su quest’ultimo dagli altri versanti (approccio a mercati separati), o se piuttosto debba essere condotta considerando la piattaforma nel

---

<sup>324</sup> *Ibidem*

<sup>325</sup> Così, CONSIGLIO DI STATO, sentenza 1° marzo 2012 n. 1192, *Mercato dello zolfo grezzo*; 13 settembre 2012, n. 4873, *Mercato del calcestruzzo cellulare autoclavato* e 24 settembre 2012, n. 5067, *Acea - Suez Environment/Publiacqua*; nonché sentenze del TAR Lazio, 3 luglio 2012 n. 6044, *Gare assicurative ASL e Aziende ospedaliere campane* e 18 dicembre 2012, n. 8614, *Alitalia*.

<sup>326</sup> Così, M. CARPAGNANO, *Il mercato rilevante*, in A. CATRICALÀ, C.E. CAZZATO, F. FIMMANÒ (a cura di), *Diritto Antitrust*, op.cit., p. 80.

<sup>327</sup> Cfr. L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E.V. DAMME, P. AFFELDT, *Market definition in two-sided markets: theory and practice*, op.cit., pp. 293ss.

<sup>328</sup> Sul punto si veda R. ALIMONTI e F. ARDUINI, *Il mercato rilevante nell’era digitale*, op.cit., pp. 118 e ss.

suo insieme (approccio a mercato unico). La seconda questione è come deve essere applicato alle piattaforme, da un punto di vista operativo, il test del monopolista ipotetico, noto anche come SSNIP test (*small but significant and non-transitory increase in price*). Sulla prima questione si è acceso un intenso dibattito in dottrina e sono emerse diverse opinioni contrastanti da parte delle autorità antitrust e dei tribunali di diverse giurisdizioni. A titolo esemplificativo, mentre la Corte suprema degli Stati Uniti d’America, nel caso di Ohio contro American Express Co., ha applicato un approccio a mercato unico<sup>329</sup>, il Tribunale dell’Unione Europea, nel caso Mastercard, ha considerato i diversi versanti come mercati separati<sup>330</sup>.

In dottrina è stata avanzata l’idea di differenziare il criterio di individuazione del mercato rilevante tra piattaforme *multi-sided*<sup>331</sup>. Nello specifico, nel caso di *no-transaction platform* è possibile definire un mercato separato per ogni versante della piattaforma, in ragione del diverso grado di sostituibilità dell’offerta per i diversi attori; invece, nell’ipotesi di *transaction platform* si individua un unico mercato rilevante in presenza di transazioni simultanee sui diversi versanti della piattaforma.

Tale approccio, nonostante abbia guadagnato un certo consenso<sup>332</sup>, è stato criticato apertamente da diversi autori<sup>333</sup>, i quali sostengono che si basa su una distinzione non molto chiara e, soprattutto, irrilevante ai fini della metodologia di definizione del mercato rilevante. Inoltre, complica il lavoro delle autorità, le quali dovranno stabilire in prima battuta la tipologia di piattaforma in questione, prima ancora di poter proseguire con la delimitazione del mercato di riferimento. In altre parole, tale dottrina non ritiene utile classificare le piattaforme e raccomandare un approccio caso per caso a seconda della categoria di appartenenza.

Secondo l’opinione dominante negli ultimi anni la definizione del mercato rilevante, con riferimento alle piattaforme a più versanti, deve essere condotta preferibilmente secondo

---

<sup>329</sup> Cfr. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, June 25, 2018, No. 16–1454, *Ohio et al. vs American Express co. et al.*

<sup>330</sup> Cfr. TRIBUNALE UE, sentenza del 24 maggio 2012, T-111/08, *MasterCard, Inc e a./Commissione*.

<sup>331</sup> A tal riguardo, tra i vari, si vedano, L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E.V. DAMME, P. AFFELDT, *Market definition in two-sided markets: theory and practice*, *op.cit.*, pp. 293 ss.

<sup>332</sup> Per esempio, è stato citato nel sopra menzionato caso Ohio contro American Express Co. dalla *majority opinion* e dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d’America.

<sup>333</sup> Sul punto si veda G. NIELS, *Transaction versus no-transaction platforms: A false dichotomy in two-sided market definition*, *Journal of Competition Law and Economics*, 2019, Vol. 15, pp. 327-357.

un approccio a mercati separati per ciascun versante, che consente un'analisi economica più rigorosa<sup>334</sup>.

Invero, le principali motivazioni alla base dell'approccio a mercato unico risiedono nel fatto che non è possibile per un'impresa offrire servizi solo ad un versante di una piattaforma, e pertanto non avrebbe senso considerare disgiuntamente i diversi versanti, in quanto questi non separabili<sup>335</sup>. Tale ragionamento sicuramente intuitivo, non è però rilevante ai fini della sostituibilità di prodotti/ servizi dal punto di vista dei consumatori, i quali rivestono un ruolo chiave nella definizione del mercato rilevante. Infatti, riprendendo le linee guida della Commissione Europea sulla definizione del mercato rilevante, emerge: «*il mercato del prodotto rilevante comprende tutti i prodotti e/o servizi che sono considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati*»<sup>336</sup>.

Inoltre, i due o più versanti di una piattaforma possono essere soggetti a diverse pressioni competitive: un approccio a mercati separati è in grado di tener conto in modo accurato dei vincoli competitivi asimmetrici presenti sui diversi versanti, rispetto ad un'unica analisi che tenga conto della piattaforma nel suo insieme<sup>337</sup>. In aggiunta, se i versanti della piattaforma fossero soggetti alle medesime pressioni concorrenziali, l'approccio a mercati separati porterebbe alla conclusione che ciascun mercato rilevante individuato comprenderebbe le stesse imprese su entrambi i versanti, e quindi alla stessa valutazione dell'approccio al mercato unico<sup>338</sup>.

Dunque, in conclusione, sebbene l'approccio a mercato unico rappresenti un tentativo di considerare le interconnessioni tra i versanti della piattaforma, si ritiene che l'approccio a mercati separati sia più flessibile e pertanto preferibile.

Sempre in riferimento alle piattaforme multi-versante, la seconda problematica, già menzionata, concerne la possibilità di far ricorso allo strumento usualmente utilizzato per la delimitazione del mercato rilevante, ossia il test del monopolista ipotetico (o SSNIP test). In sostanza, la questione è come quest'ultimo vada applicato esattamente su ciascun versante della piattaforma.

---

<sup>334</sup> Sul tema, fra i tanti, si vedano M.L. KATZ, *Platform economics and antitrust enforcement: A little knowledge is a dangerous thing*, Journal of Economics and Management Strategy, 2019, pp. 138-152; J. FRANK e M. PEITZ, *Market definition and market power in the Platform Economy*, Centre of Regulation in Europe, 2019, pp 10 e ss.

<sup>335</sup> Cfr. R. ALIMONTI e F. ARDUINI, *Il mercato rilevante nell'era digitale*, op.cit., p. 123.

<sup>336</sup> Così, COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in Gazzetta Uff. CE, 1997, §7.

<sup>337</sup> Cfr. R. ALIMONTI e F. ARDUINI, *Il mercato rilevante nell'era digitale*, op.cit., p. 124.

<sup>338</sup> *Ibidem*

In via preliminare, si evidenzia che il suddetto test effettua una valutazione del *gap* che separa il mercato rilevante in esame da quelli adiacenti<sup>339</sup>. Esso individua nella profittabilità di uno *small but significant non-transitory increase in price*<sup>340</sup> l'indice per stimare la sostituibilità tra i prodotti, di modo che gli stessi possano essere ricondotti all'interno dello stesso mercato rilevante<sup>341</sup>.

Tuttavia, lo SSNIP test, nella sua formulazione standard, è progettato per i mercati monoversanti, sicché la sua applicazione agli scenari a due o a più versanti necessiterebbe di un adeguamento che consideri i cambiamenti nei profitti su entrambi i versanti e degli effetti di rete indiretti<sup>342</sup>. Non valutando gli effetti di rete indiretti si incorrerebbe nel rischio che il mercato venga definito in maniera eccessivamente ristretta, dal momento che questi riducono notevolmente la profittabilità di un incremento di prezzo<sup>343</sup>. Ciò richiede un esame più articolato rispetto ai casi tradizionali, e in particolare, una stima di parametri aggiuntivi da valutare quantitativamente.

Una seconda problematica sollevata da alcuni autori, sempre con riguardo all'applicazione dello SSNIP test, concerne il fatto che il monopolista ipotetico su un versante della piattaforma possiede, per definizione, anche gli altri versanti<sup>344</sup>. Ciò influisce sugli incentivi alla massimizzazione del profitto da parte del gestore della piattaforma. Dunque, tali autori, evidenziando che la determinazione ottimale dei prezzi della piattaforma comporta tipicamente un adeguamento simultaneo dei prezzi su più versanti, raccomandano che quando si effettua lo SSNIP test su un versante si dovrebbe consentire un incremento anche degli altri prezzi. Tale approccio non è però in linea con il metodo tradizionale dello SSNIP test, che prende in considerazione solo un incremento dei prezzi dei beni all'interno di un mercato, piuttosto che di altri beni<sup>345</sup>. Pertanto, ai fini

---

<sup>339</sup> Cfr. F. GHEZZI, G. OLVIERI, *Diritto Antitrust*, op.cit., p.69-70.

<sup>340</sup> In genere si considera un aumento di prezzo generalmente compreso tra il 5 e il 10% in un arco temporale di un anno; Cfr. Commissione Europea, *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, op.cit., n. 17.

<sup>341</sup> Cfr. G. COLANGELO, *Big Data, Piattaforme digitali e antitrust*, op.cit., p. 441.

<sup>342</sup> Sul tema si vedano D.S. EVANS E M.D. NOEL, *The Analysis of Mergers that Involve Multisided Platform Businesses*, *Journal Competition Law & Economics* 2008, p. 663; L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E.V. DAMME, P. AFFELDT, *Market definition in two-sided markets: theory and practice*, op.cit., pp. 330-333.

<sup>343</sup> Cfr. G. COLANGELO, *Big Data, Piattaforme digitali e antitrust*, op.cit., p. 441.

<sup>344</sup> Sul punto si vedano R. ALIMONTI e F. ARDUINI, *Il mercato rilevante nell'era digitale*, op.cit., p. 130.

<sup>345</sup> In tema P. BELLEFLAMME e M. PEITZ, *Industrial Organization: Markets and Strategies*, Cambridge University Press, 2015, p. 676 sintetizzano la problematica su come svolgere lo SSNIP test su un versante di una piattaforma prospettando quattro diverse possibilità: il monopolista ipotetico aumenta del 5% a) la somma delle tariffe su tutti i versanti, ottimizzando la ripartizione dell'aumento tra le tariffe sui diversi versanti; b) le tariffe su ciascun versante separatamente; c)

dell'applicazione del test del monopolista ipotetico sul versante della piattaforma, si ritiene preferibile non prendere in esame né cambiamenti dei prezzi, né variazione dei profitti sugli altri versanti. Infatti, si può osservare che tale problematica è per certi versi analoga a quella derivante dall'applicazione dello SSNIP test ad un'impresa multi-prodotto, ossia che produce beni complementari o non perfetti sostituti insieme al bene oggetto di indagine<sup>346</sup>. In tali imprese, aumentando il prezzo del bene, si influenza la domanda sia di quest'ultimo che di altri, ad esempio diminuendo quella di prodotti complementari. Nello stesso modo, il gestore di una piattaforma terrà conto degli effetti sull'altro versante nel prendere decisioni sul primo versante in virtù degli effetti di rete. Tuttavia, l'esercizio di definizione del mercato rilevante non tiene conto di tali interrelazioni tra bene in esame e beni complementari posseduti da un'impresa. I secondi saranno considerati in un secondo momento, ovvero quando si testano le teorie del danno e si valutano i profili concorrenziali. Lo stesso principio vale per la definizione del mercato rilevante nelle piattaforme e di conseguenza, l'ottimizzazione dei prezzi sugli altri versanti non deve essere valutata in tale fase<sup>347</sup>.

Infine, ulteriore problematica nella definizione del mercato rilevante concerne la situazione di beni e servizi offerti gratuitamente agli utenti. Come precedentemente evidenziato, le piattaforme di *social network* o che erogano servizi di ricerca forniscono agli utenti i loro servizi gratuitamente in cambio di un flusso di dati: *“in tal senso la diffusione di prodotti e servizi a prezzi nulli è stimolata dallo scarso peso sovente attribuito dai consumatori alla privacy”*<sup>348</sup>.

In simili circostanze l'applicazione dello SSNIP test mostra dei limiti evidenti<sup>349</sup>: infatti, come si può dedurre dallo stesso acronimo, il test funziona in scenari in cui il fattore principale su cui si basa la concorrenza è il prezzo.

---

la tariffa sul versante oggetto di valutazione, ottimizzando le altre tariffe; d) la tariffa sul versante oggetto di valutazione, senza modificare le altre tariffe. Vi sono opinioni contrastanti su quale sia l'opzione migliore: si evidenzia che l'ultima opzione è stata impiegata dall'*Autorité de la concurrence* francese del caso *Booking.com*.

<sup>346</sup> Sul punto R. ALIMONTI e F. ARDUINI, *Il mercato rilevante nell'era digitale*, op.cit., p. 131 specifica: *“L'elemento di analogia tra le complessità che sorgono nelle piattaforme e i contesti multi-prodotto è costituito dalla centralità delle elasticità incrociate della domanda ai prezzi: nel primo caso, queste sono dovute alle esternalità di rete, nel secondo agli effetti incrociati dei prezzi di prodotti complementari o non perfetti sostituti”*.

<sup>347</sup> Cfr. R. ALIMONTI e F. ARDUINI, *Il mercato rilevante nell'era digitale*, op.cit., pp. 132-133.

<sup>348</sup> Cfr. G. COLANGELO, *Big Data, Piattaforme digitali e antitrust*, op.cit., p. 442.

<sup>349</sup> Sul punto si vedano M.S. GAL e D.L. RUBINFELD, *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*, *Antitrust Law Journal*, 2016; F. THEPOT, *Market Power in Online Search and Social-Networking: A Matter of Two-Sided Markets*, *World Competition*, 2013, p. 195.

Una possibile soluzione è quella di focalizzarsi su un'altra dimensione concorrenziale, ovvero la qualità. La variante che misura la qualità si basa su una piccola ma significativa e non transitoria riduzione della qualità del prodotto offerto, ossia il cd. SSNDQ test (*small but significant and non-transitory decrease in quality*). Il meccanismo è lo stesso dello SSNIP test, ma ipotizza una diminuzione della qualità, piuttosto che un aumento del prezzo. In effetti, la qualità è ormai pacificamente riconosciuta come uno dei fattori principali attorno al quale le imprese competono tra loro nei contesti dei mercati digitali, specialmente alla luce delle strategie di prezzo zero<sup>350</sup>.

Tuttavia, una preoccupazione legittima su tal punto è che la qualità, e quindi l'ipotetica diminuzione della stessa nell'ambito dello svolgimento del test, risulta nella maggior parte dei casi più complessa da quantificare ed inoltre più soggettiva rispetto al prezzo<sup>351</sup>. Basti pensare che nelle piattaforme online la qualità può abbracciare diversi aspetti: dalla privacy, alla sicurezza, fino alla facilità d'uso. Per tale ragione, si ritiene che gli indici rilevanti della qualità dovranno essere definiti con un approccio caso per caso, in considerazione del modello di *business* adottato dall'ipotetico monopolista<sup>352</sup>.

Sebbene vi siano quindi difficoltà applicative nell'utilizzo dello SSNDQ test, queste non appaiono insormontabili, essendo già stato utilizzato nella pratica. Un riferimento è rinvenibile nella decisione della Commissione Europea sull'operazione di concentrazione *Microsoft/Skype* nella quale, partendo dalla constatazione che i servizi in questione sono prevalentemente offerti in via gratuita, l'attenzione dei consumatori è rivolta verso altri aspetti, e dunque la qualità costituisce un parametro rilevante della concorrenza<sup>353</sup>.

### 2.3 Il nuovo potere di mercato

Alla luce delle caratteristiche sopra evidenziate, anche l'accertamento del potere di mercato nei contesti delle piattaforme multi-versante presenta alcune problematiche ai fini dell'indagine antitrust.

---

<sup>350</sup> Cfr. R. ALIMONTI e F. ARDUINI, *Il mercato rilevante nell'era digitale*, op.cit., pp. 134.

<sup>351</sup> A tal riguardo si veda OECD, *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis*, Report, 2013, consultabile al link: <https://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>.

<sup>352</sup> Cfr. R. ALIMONTI e F. ARDUINI, *Il mercato rilevante nell'era digitale*, op.cit., pp. 134-135.

<sup>353</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, decisione del 7 ottobre 2011, Caso COMP/M.6281, *Microsoft/Skype*, par. 81: “*Since consumer communications services are mainly provided for free, consumers pay more attention to other features. Quality is therefore a significant parameter of competition*”.



In effetti, da una lato, il potere di mercato può manifestarsi su un versante della piattaforma diverso da quello su cui avviene l'offerta gratuita; dall'altro lato, in linea con una definizione di mercato rilevante non più fondata sullo SSNIP test ma sullo SSNDQ test, può essere esercitato su una dimensione della concorrenza differente dal prezzo, ma relativa alla qualità dell'offerta e/o alle politiche di raccolta e utilizzo dei dati<sup>354</sup>.

Inoltre, come già rilevato, il potere di mercato non dipende solo dalla disponibilità dei dati, ma soprattutto dalle capacità *di data mining*, ovvero dalla capacità di elaborarne grandi quantità e di trarne informazioni rilevanti. Tali fattori assumono un ruolo sempre più importante per l'accertamento del potere di mercato, fino a poter rappresentare barriere insuperabili per i potenziali concorrenti.

In aggiunta, i mercati digitali sono contesti fortemente dinamici, nei quali la rapida evoluzione delle innovazioni tecnologiche porta a repentini cambiamenti di assetti. I dati stessi sono fortemente condizionati dalla tempestività e soggetti a rapide modifiche nel tempo, con conseguenti variazioni del loro valore<sup>355</sup>.

In tale scenario, dalla semplice analisi delle quote di mercato emerge ben poco circa il reale potere di mercato consolidato dei principali operatori, in quanto la concorrenza ha una forte componente dinamica e vi è la tendenza delle imprese digitali a competere non “*sul*” mercato, ma “*per*” il mercato<sup>356</sup>. Di conseguenza, il tradizionale criterio impiegato delle quote di mercato risulta inadeguato, preferendosi piuttosto parlare di “quote di controllo dei dati”<sup>357</sup> e della loro contendibilità<sup>358</sup>.

In aggiunta, nei mercati senza transazioni, sebbene il prezzo (per definizione uguale a zero) non possa essere un fattore utile ai fini dell'accertamento del potere di mercato, va comunque rilevato che l'utente, in cambio del servizio offerto gratuitamente, paga comunque un “prezzo” alla piattaforma cedendo i suoi dati<sup>359</sup>. Di conseguenza, almeno in linea di principio, la riduzione della privacy può essere considerata un indicatore

---

<sup>354</sup> Cfr. G. MUSCOLO, *Big Data e concorrenza. Quale rapporto?*, op.cit., pp. 177-178

<sup>355</sup> *Ibidem*

<sup>356</sup> Cfr. AGCM, AGCOM, GPDP, IC53 *Indagine conoscitiva sui Big Data*, p.78.

<sup>357</sup> Cfr. OECD, *Big Data: bringing competition policy to the digital era. Background notes by the Secretariat*, op.cit., p. 17.

<sup>358</sup> Si vedano AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE & BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and Data*, Report, 10 Maggio 2016, p. 13 dove si evidenzia: “*the marginalization of smaller competitors due to differentiated data access might be self-reinforcing: access to a larger amount of data may support better services, which in turn attract more customers – and more data (“snowball effects”). By contrast, smaller companies might attract fewer consumers and as a result have less data. As the gap in market share increases, so might the gap in data collection, which could further increase the gap in the quality of services proposed to customers*”.

<sup>359</sup> Cfr. A. PEZZOLI, *Big Data e Antitrust: un'occasione per tornare ad occuparci di struttura?*, in V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, op.cit., pp. 248-249.

dell'accresciuto potere di mercato: la piattaforma sarà in grado di ridurre il livello di privacy (ossia di aumentare tale “prezzo” che il consumatore paga), diventando così sempre più intrusiva, senza incorrere nel rischio di perdere utenti.

In tale prospettiva, alcuni autori evidenziano che ciò che apparirebbe, *prima facie*, solo una questione di privacy, assume invece un ruolo significativo all'interno dell'analisi antitrust<sup>360</sup>. Nello specifico, le piattaforme sono potenzialmente in grado di condizionare la concorrenza riducendo la privacy dei consumatori, in alcune circostanze acquisendo dati sensibili degli stessi o utilizzandoli senza il previo consenso del titolare. Tuttavia, va rilevato che un simile approccio rischia di sovrastimare il peso attribuito dai consumatori alla propria privacy: “*di fronte all'alternativa di continuare ad avere servizi gratuitamente, cedendo i propri dati, ovvero di pagarlo e mantenere inaccessibile e inutilizzabile il proprio profilo, la stragrande maggioranza degli intervistati sembrerebbe privilegiare la prima ipotesi, ancora prima di conoscere il prezzo del servizio*”<sup>361</sup>. Dunque, la dimensione qualitativa della privacy è difficile da quantificare e gli utenti nella maggior parte dei casi attribuiscono ai loro dati, anche personali, un valore decisamente modesto.

### 3. I possibili scenari di intervento antitrust

Dato che le capacità di elaborare ingenti quantità di dati e di trarne informazioni rilevanti possono rappresentare barriere all'entrata insuperabili per i concorrenti (effettivi e potenziali), allora è possibile ipotizzare una serie di condotte idonee a restringere la concorrenza e a ledere il buon funzionamento dei mercati: condotte discriminatorie nei confronti dei consumatori e imprese oppure condotte volte ad aumentare strategicamente i costi dei concorrenti o gli *switching cost* per gli utenti<sup>362</sup>. Accanto alle criticità riscontrate con riferimento alla definizione del mercato rilevante e all'accertamento del potere di mercato, anche l'individuazione di possibili condotte anticompetitive non è priva di insidie<sup>363</sup>.

---

<sup>360</sup> Sul punto si vedano M.E STUCKE e A.P. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press, 2016.

<sup>361</sup> Così, A. PEZZOLI, *Big Data e Antitrust: un'occasione per tornare ad occuparci di struttura?*, *op.cit.*, p. 248.

<sup>362</sup> *Ibidem*

<sup>363</sup> Sul tema, fra i tanti, si vedano G. COLANGELO, *Big Data, Piattaforme digitali, antitrust*, *op.cit.*, pp. 443 ss.; G. PITRUZZELLA, *Big data, competition and privacy: a look from the antitrust perspective*, in F. DI PORTO (a cura di), *Big Data e concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, pp. 15-27; M. MAGGIOLI, *Big Data e Antitrust*, *op.cit.*; M. OREFICE, *I "Big Data". Regole e concorrenza*, *Politica del diritto*, 2016, fasc. 4, pp. 697-744;

Il legame tra *Big Data* ed *enforcement* della disciplina a tutela della concorrenza può interessare tutti gli strumenti di intervento dell'autorità antitrust: abusi, concentrazioni ed intese. Nei paragrafi successivi si esaminerà, in linea generale, quando e in che misura le condotte delle piattaforme digitali integrino un comportamento anti-competitivo sia che si tratti di condotte unilaterali, che possono integrare un abuso di posizione dominante, sia in caso di condotte bi/multilaterali, con l'eventuale applicazione della disciplina sulle concentrazioni o sulle intese.

Si cercherà quindi di indagare sulla necessità di apportare alcuni adattamenti all'applicazione degli art 101 e 102 TFUE e in particolare, sul se e come la centralità dei dati possa sollevare nuove questioni in relazione alla speciale responsabilità posti in capo ai soggetti in posizione dominante, sia nell'analisi delle condotte unilaterali che in quelle collusive. In aggiunta, si osserverà la rilevanza delle operazioni di concentrazioni, che permettono ai grandi operatori digitali di avere accesso ad un mole crescente di dati e di cristallizzare le loro posizioni dominanti. In tal senso, appaiono di particolare interesse le cd. *killer acquisition*, ossia acquisizioni da parte delle grandi piattaforme digitali di piccole imprese innovative, che hanno fatturati piuttosto contenuti, ma sono “*gonfie di dati e di potenzialità*”<sup>364</sup>.

Come già chiarito, tali questioni saranno messe in luce al fine di evidenziare come il tradizionale impianto normativo antitrust possa risultare alle volte inadeguato a contrastare il potere delle *Big tech* e le loro strategie di accumulo dati, monetizzati attraverso la vendita di pubblicità personalizzata. Ciò ha spinto a mostrare un maggior interesse nel grado in cui la capacità di raccogliere ed elaborare ingenti quantità di dati possa minare la privacy degli utenti e consolidare il potere di mercato delle piattaforme. Di conseguenza, è stata avanzata l'idea che le caratteristiche peculiari dei mercati digitali richiedono un approccio volto ad integrare la nell'applicazione nelle norme antitrust e a garantire una stretta collaborazione tra le rispettive autorità competenti<sup>365</sup>.

### **3.1 Abusi di posizione dominante e pratiche collusive**

Partendo dalla fattispecie di cui all'art. 102 TFUE (o art. 3 della l. n. 287/1990), giova ricordare che la normativa non colpisce la posizione dominante in quanto tale<sup>366</sup>, ma il suo

---

<sup>364</sup> Così, A. PEZZOLI, *Big Data e Antitrust: un'occasione per tornare ad occuparci di struttura?*, *op.cit.*, p. 257.

<sup>365</sup> Cfr. G. COLANGELO, *The Privacy-Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition*, *op.cit.*, p. 2.

<sup>366</sup> Secondo una formula ormai consolidata elaborata dalla CGUE, la posizione dominante è “*una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di*

abuso, che si concretizza quando l'impresa sfrutta il proprio potere a danno dei consumatori ovvero impedisce ai concorrenti di operare sul mercato.

In capo all'impresa dominante è posta una "speciale responsabilità" che, da un lato, le impedisce di tenere comportamenti che in regime di libero mercato sarebbero consentiti; dall'altro lato le impone di adottare scelte che favoriscano lo sviluppo della concorrenza<sup>367</sup>. In altre parole, il forte potere di mercato detenuto dall'impresa, di per sé legittimo, viene compensato con un onere di salvaguardare il grado di concorrenza residua presente sul mercato<sup>368</sup>.

Alla luce di ciò, in presenza di un nuovo potere di mercato basato non più sulle quote bensì sul controllo dei dati, ben possono configurarsi abusi sia escludenti che di sfruttamento<sup>369</sup>.

Quanto ai primi, la tipica fattispecie ipotizzabile è rappresentata dal rifiuto di concedere accesso ai *data*. La possibilità di prevedere un obbligo di condivisione dei *Big Data* e di sanzionare come anti-competitivo il relativo rifiuto rappresenta il frutto dell'estensione ai *data* della controversa dottrina dell'*essential facility* (d'ora in poi anche solo EFD)<sup>370</sup>. Secondo tale dottrina, l'impresa in posizione dominante che detiene un'infrastruttura indispensabile (i.e. essenziale) per competere nei mercati a valle, deve consentirne l'accesso ad imprese terze a condizioni eque e non discriminatore<sup>371</sup>. La EFD si poggia quindi sull'idea secondo la quale un'impresa *incumbent*, per il semplice fatto di essere tale, ha il dovere di contrarre e concedere accesso alla sua risorsa essenziale a chiunque ne faccia richiesta. La portata e l'ambito applicativo dell'EFD sono da sempre oggetto di grandi discussioni in quanto da un lato, essa rappresenta uno strumento efficace per abbattere le barriere all'entrata e consentire ai concorrenti di competere nei mercati a

---

*ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei suoi clienti e, in ultima analisi, dei consumatori".* Cfr. CGUE, sentenza del 14 febbraio 1978, Causa C-27/76, *United Brands*; sent del 13 febbraio 1979, Causa C-85/76, *Hoffmann-La Roche/Commissione*. Tale posizione è di per sé pienamente legittima: in proposito, fra le tante, si veda CGUE, sentenza del 6 settembre 2017, Causa C-413/14, *Intel Corp. Inc./Commissione*, nella quale ai par. 133-134 è chiaramente espresso: "[...] l'art 102 TFUE non ha assolutamente lo scopo di impedire ad un'impresa di conquistare, grazie ai suoi meriti, una posizione dominante su un dato mercato. Tale disposizione non è diretta neppure a garantire che rimangano sul mercato concorrenti meno efficienti dell'impresa che detiene una posizione dominante" e che "[...] non tutti gli effetti di esclusione del mercato pregiudicano necessariamente la concorrenza".

<sup>367</sup> Cfr. F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, op.cit., pp. 182.183.

<sup>368</sup> *Ibidem*

<sup>369</sup> Cfr. G. MUSCOLO, *Big Data e concorrenza. Quale rapporto?*, op.cit., pp. 177-178

<sup>370</sup> Cfr. G. COLANGELO, *Accesso ai data e condizioni di licenza F/RAND*, op.cit., pp. 139 e ss.

<sup>371</sup> Cfr. F. GHEZZI, G. OLIVIERI, *Diritto Antitrust*, op.cit., pp. 216 ss.

valle, accedendo alla infrastruttura essenziale; dall'altro lato, la stessa si configura come un meccanismo che incide sull'autonomia privata e sulla libertà d'impresa, stabilendo al riguardo un *compulsory access* che limita una delle più rilevanti prerogative riconosciute al proprietario di un bene, ossia il c.d. *ius excludendi alios* (ossia la sua facoltà di escludere gli altri dal suo godimento)<sup>372</sup>.

È proprio in riferimento a questo delicato equilibrio che sottende alla dottrina in questione, che si comprende il differente approccio adottato dalle autorità statunitensi ed europee. Mentre le prime, dopo una prima fase di generale apprezzamento dell'EFD culminato verso la fine degli '80, hanno colpito e travolta la stessa a partire dal caso *Trinko*<sup>373</sup>, all'opposto le autorità europee si sono dimostrate sempre più inclini all'utilizzo della dottrina, al punto da estenderla persino alla proprietà intellettuale. Pertanto, nel contesto europeo si innestano le basi per estendere anche ai *Big Data* l'etichetta di risorsa essenziale, con la conseguente applicazione dell'EFD. A tal fine è però necessario che ricorrano le circostanze eccezionali delineate nei *leading case* in materia, *Magill* e *Bronnet*<sup>374</sup>. In merito a ciò si evidenzia che persino quanti in letteratura si mostrano favorevoli all'estensione della dottrina in esame al fenomeno dei *Big Data*, rilevano come la concreta implementazione di tali circostanze nel caso in esame risulta problematica<sup>375</sup>. In primo luogo, ai fini dell'applicazione dell'EFD, occorre valutare il carattere dell'essenzialità delle risorse, con ciò da intendersi che l'accesso al *dataset*, posseduto da una piattaforma, è obiettivamente necessario per l'esercizio di una determinata attività e per competere in maniera effettiva. Sul punto, come già detto precedentemente, emergono diversi fattori contro la natura essenziale dei dati: il carattere non esclusivo e rivale degli

---

<sup>372</sup> Cfr. G. COLANGELO, *Accesso ai data e condizioni di licenza F/RAND*, *op.cit.*, pp. 139 e ss.

<sup>373</sup> Cfr. SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 U.S. 398, 2004. In tale occasione, la Corte Suprema ha evidenziato di non aver mai avallato la EFD e anzi il fatto di imporre ad un'impresa che ha un potere monopolista l'obbligo di condividere la sua infrastruttura essenziale è in contrasto con gli obiettivi primari del diritto della concorrenza, in quanto capace di diminuire l'incentivo ad investire sia per il monopolista che per i rivali. In considerazione di tale principio e applicando gli stessi ai *Big Data*, è stato successivamente riconosciuto nel caso *Facebook v. Power Ventures* il diritto della piattaforma online di impedire ad un suo rivale di accedere al proprio sito web, così violando i termini e le condizioni di utilizzo della stessa, allo scopo di entrare in possesso dei dati degli utenti. Cfr. 2010 U.S. Dist. LEXIS 93517.

<sup>374</sup> Cfr. CGUE, decisione del 6 aprile 1995, Cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P; decisione del 26 novembre 1998, caso C-7/97.

<sup>375</sup> Sul punto, fra i vari, si vedano I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Wolters Kluwer, 2016, pp. 249 ss. J. DREXI *et al.*, *Ownership and Access to Data*, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 pp. 9-11; G. COLANGELO e M. MAGGIOLINO, *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy Through Competition?*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017.

stessi; la facilità ed economicità della loro acquisizione in ambito digitale; la natura di beni contingenti fortemente condizionati dalla tempestività e dall'accuratezza e infine il cd. *multi-homing* degli utenti, ossia la propensione degli stessi ad utilizzare diverse piattaforme<sup>376</sup>.

Inoltre, ulteriori criticità derivano da un'altra circostanza che deve sussistere per l'applicazione dell'EFD, ossia che il rifiuto a contrarre precluda ogni forma di concorrenza anche solo potenziale sul mercato a valle. Tale condizione è stata fino ad ora interpretata nel senso di impedire al titolare della risorsa *essential* di eliminare la concorrenza riservando per sé un mercato secondario<sup>377</sup>. Appare chiaro che ciò implica la presenza dello stesso titolare nel mercato a valle, non sussistendo quindi alcun rischio di eliminare la concorrenza e di invocare la EFD, nella situazione in cui non sia presente sul mercato *downstream* o non vi operi trattandosi di un mercato nuovo. Alla luce di ciò, anche nell'ambito del complesso ecosistema digitale, appare dunque legittimo il rifiuto di condivisione dei *data* se opposto da una piattaforma digitale in posizione dominante nei confronti di quanti intendano entrare in un mercato nuovo o comunque sul quale essa ancora non opera<sup>378</sup>.

Infine, altre problematiche potrebbero provenire per l'implementazione di un'altra condizione: il rifiuto di concedere *data* impedisce la realizzazione di un prodotto nuovo per il quale esiste una domanda potenziale. La richiesta di accesso ai dati, di conseguenza, non può essere diretta ad una massa indistinta di risorse, ma deve essere indirizzata ad un *set* di input ben definito e considerato necessario per uno scopo specifico (i.e. la realizzazione di un prodotto/servizio innovativo)<sup>379</sup>. Ebbene, nel caso dei *Big Data*, i soggetti richiedenti non sono in grado di individuare *ex ante* i prodotti/servizi che andranno a realizzare attraverso un determinato *dataset*, ma solo *ex post* dopo aver avuto accesso ad esso. In altre parole, non possono individuare il preciso *set* di data di cui hanno bisogno per il fine di cui sopra, prima di aver conosciuto l'intero *database* del titolare. Dunque, alla luce di quanto sopra detto, più autori sostengono che bisogna prestare cautela nell'attribuire "quasi-automaticamente" ai *Big Data* la qualifica di risorsa essenziale: ciò potrebbe risultare più fuorviante, che utile<sup>380</sup>.

---

<sup>376</sup> Cfr. G. COLANGELO, *Accesso ai data e condizioni di licenza F/RAND*, *op.cit.*, pp.141-142.

<sup>377</sup> *Ibidem*

<sup>378</sup> Cfr. I. GRAEF, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms*, *op.cit.*, pp. 273-274

<sup>379</sup> Cfr. G. COLANGELO, *Accesso ai data e condizioni di licenza F/RAND*, *op.cit.*, pp.142-143.

<sup>380</sup> Cfr. A. PEZZOLI, *Big Data e Antitrust: un'occasione per tornare ad occuparci di struttura?*, *op.cit.*, pp. 252-253.

Sempre in riferimento al novero delle condotte escludenti, una seconda fattispecie configurabile è rappresentata dalla stipulazione di contratti di esclusiva con alcuni *providers*, impedendo così ad altri concorrenti di accedere alle informazioni in loro possesso<sup>381</sup>. Tale pratica è stata oggetto di indagine in uno dei procedimenti condotti dalla Commissione Europea verso Google: il caso *Google Search (AdSense)*<sup>382</sup>. In breve, la strategia abusiva della multinazionale nel caso in esame, a parere della Commissione, è stata realizzata tramite l’inserimento di alcune clausole nei contratti con i proprietari di siti terzi. Nello specifico, sono state censurate: *a)* alcune clausole di esclusività che imponevano il divieto ai proprietari di siti terzi di procacciarsi dai concorrenti pubblicità collegate alle ricerche; *b)* le clausole cc.dd. di “*posizionamento premium*”, che vincolano i terzi a mostrare un numero minimo di inserzioni fornite da Google negli spazi pubblicitari più redditizi, escludendo così i suoi concorrenti dagli spazi più visibili delle pagine *web*; *c)* alcune clausole che imponevano ai proprietari dei siti terzi di ottenere l’approvazione di Google per modificare la visualizzazione delle pubblicità concorrenti collegate alle ricerche, consentendo in tal modo alla multinazionale stessa di monitorare l’attrattività dei concorrenti.

Passando invece all’esame degli abusi di sfruttamento, oggetto di discussione sono le pratiche di discriminazione dei prezzi, con specifico riferimento ai loro effetti sul benessere dei consumatori<sup>383</sup>.

In aggiunta, nella fattispecie di abuso di posizione dominante un’ulteriore questione, che verrà esaminata in seguito, è se e in che modo l’uso di *privacy policy* possa costituire un mezzo di acquisizione di un indebito vantaggio concorrenziale. Tale punto viene in rilievo nel discorso sulla possibile complementarità tra la disciplina a tutela della dei dati personali e quella a tutela della concorrenza nella regolamentazione dei mercati digitali<sup>384</sup>.

Infine, è importante rilevare come la raccolta massiva di dati e la diffusione dei servizi di *data analytics* possano incidere sulla creazione di intese collusive della concorrenza<sup>385</sup>.

Invero, la letteratura sul tema del rapporto tra *Big Data* e accordi anticoncorrenziali è

---

<sup>381</sup> Cfr. A.P. GRUNES e M.E STUCKE, *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, *op.cit.*, pp.3e ss. Tale fattispecie può essere indagata non solo come condotta unilaterale posta in essere da un’impresa in posizione dominante ma anche in relazione alla disciplina delle intese verticali: Cfr. Orientamenti sulle restrizioni verticali della Commissione europea, 2010, paragrafo 129,

<sup>382</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, decisione del 20 marzo 2019, caso AT. 40411, *Google Search (AdSense)*.

<sup>383</sup> Cfr. G. MUSCOLO, *Big Data e concorrenza: quale rapporto?*, *op.cit.*, p.179.

<sup>384</sup> V. *Infra* Cap III.

<sup>385</sup> Per un approfondimento sul tema si vedano A. EZRACHI e M.E. STUCKE, *Virtual competition*, Harvard University Press, 2016, ch. III.

meno consistente, forse in conseguenza del minor numero di casi affrontati dalle indagini antitrust<sup>386</sup>. Nonostante ciò, appare abbastanza evidente che la raccolta e l'impiego dei dati tendano a favorire una maggiore trasparenza nel mercato, suscitando preoccupazioni tradizionalmente legate alla condivisione di informazioni<sup>387</sup>. Infatti, se da un lato la trasparenza rappresenta un valore per i consumatori e per l'intero mercato, in quanto riduce le asimmetrie informative presenti, dall'altro lato costituisce comunque una minaccia al buon funzionamento dei mercati, poiché consente alle imprese, di solito concorrenti, di coordinarsi tra loro. Uno scenario competitivo più prevedibile e governabile potrà favorire la diffusione di condotte collusive e di veri e propri cartelli. Inoltre, nei mercati digitali, la situazione si complica ulteriormente a causa delle potenzialità legate ai servizi di *data analytics*: l'impiego di algoritmi, che consentono di monitorare l'andamento dei prezzi sul mercato, di prevedere gli sviluppi futuri e di adattarsi automaticamente ad ogni cambiamento identificato, potrebbero determinare la collusione tacita e il parallelismo consapevole<sup>388</sup>. In tali situazioni risulterà per le Autorità antitrust sempre più difficile rintracciare la “componente umana” e, quindi, quei contatti tra le imprese (ossia gli elementi esogeni) che, insieme al parallelismo di comportamenti, permettono di integrare i requisiti richiesti da una pratica concordata<sup>389</sup>.

### 3.2 Le operazioni di concentrazione e le “killer acquisition”

Nei mercati *data-driven* la creazione o il rafforzamento di un potere di mercato possono derivare anche da fenomeni di crescita esterna<sup>390</sup>.

Occorre rilevare che nel corso dell'ultimo decennio in Europa e negli Stati Uniti si sono realizzate, ad un tasso peraltro crescente<sup>391</sup>, diverse operazioni di fusioni o acquisizione del controllo nelle quali imprese che avevano raccolto importanti *dataset* sono state incorporate da altre già in possesso di *Big Data*<sup>392</sup>. Trova dunque conferma l'idea che le operazioni di concentrazione possano annoverarsi tra gli strumenti utilizzabili dagli

---

<sup>386</sup> Cfr. G. MUSCOLO, *Big Data e concorrenza: quale rapporto?*, *op.cit.*, p. 180.

<sup>387</sup> Cfr. COLANGELO, *Big Data, piattaforme digitali e antitrust*, *op.cit.*, pp. 449-450.

<sup>388</sup> Cfr. COLANGELO, *Big Data, piattaforme digitali e antitrust*, *op.cit.*, pp. 449-450.

<sup>389</sup> Cfr. A. PEZZOLI, *Big Data e Antitrust*, *op.cit.*, p. 254.

<sup>390</sup> Cfr. AGCM, AGCOM, GPDP, IC53 *Indagine conoscitiva sui Big data*, *op.cit.*, p. 81.

<sup>391</sup> Sul punto si veda OECD, *Data-Driven Innovation Big Data for Growth and Well-Being*, *op.cit.*, p. 96, che ha rilevato: “*The number of mergers and acquisitions (M&A) has increased rapidly from 55 deals in 2008 to almost 164 deals in 2012, with almost USD 5 billion being invested over that period*”.

<sup>392</sup> Cfr. IT MEDIA CONSULTING, *L'economia dei dati. Tendenze di mercato e prospettive di policy*, *op.cit.*, p. 218



operatori digitali per avere accesso ad un mole crescente di dati<sup>393</sup>. Dunque, al progressivo aumento statistico delle operazioni di concentrazioni ne ha fatto seguito l'attenzione per le criticità concorrenziale da queste sollevate.

In via preliminare, si evidenzia che nell'ambito del diritto antitrust con il termine "concentrazioni" si indica il risultato, meglio dire una conseguenza, di una serie eterogena di operazioni (quali, ad esempio, fusioni, acquisizioni del controllo o *Joint-ventures*) all'esito delle quali un'impresa si rafforza sul mercato non per una crescita interna, bensì per vie esterne attingendo ad economie di terzi<sup>394</sup>. Dunque, ciò che viene in rilievo non è il *come* si realizza l'operazione, ma piuttosto gli *effetti* che la stessa produce sulla struttura e sulle quote di mercato delle imprese coinvolte. La valutazione di un'operazione di concentrazione tra imprese è preceduta da una notifica preventiva all'autorità competente. È evidente che non sono assoggettabili a controllo preventivo tutte le operazioni di concentrazione, per due ordini di motivi: (a) si avrebbero effetti eccessivamente restrittivi della libertà di iniziativa economica delle imprese; (b) il sistema rischierebbe di non poter essere gestito dalle autorità pubbliche per mancanza delle risorse necessarie<sup>395</sup>. Quindi, sia la disciplina europea che quella italiana hanno scelto un regime basato sulle soglie di fatturato annuo delle parti coinvolte nell'operazione: se esse superano le soglie previste, allora scatta l'obbligo di previa notifica all'autorità; nel caso contrario di operazioni cc.dd. sottosoglia, non è dovuta alcuna comunicazione formale<sup>396</sup>.

La prima questione sollevata nell'ambito dei mercati digitali attiene proprio alla congruità e all'efficacia del meccanismo delle soglie<sup>397</sup>. Tale parametro può infatti risultare inidoneo a intercettare specifiche operazioni che, nonostante l'impresa *target* abbia un fatturato esiguo, possono sollevare non poche preoccupazioni concorrenziali.

Basti pensare ad alcune operazioni miliardarie, come la già menzionata acquisizione di *Whatsapp* da parte di *Facebook* che è stata sottoposta alla valutazione della Commissione

---

<sup>393</sup> In tal senso depono, ad esempio, la decisione della Commissione Europea in senso all'operazione *Microsoft/Yahoo*, nella quale la stessa ha osservato come l'autorizzata concentrazione consentisse alle due imprese di disporre di una scala di *input* sufficienti a contrastare la concorrenza di *Google Search*. Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, decisione del 18 febbraio 2010, caso M.5727, *Microsoft/Yahoo!*.

<sup>394</sup> Cfr. F. GHEZZI e G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, *op.cit.*, pp. 245 e ss.

<sup>395</sup> Cfr. E. MARASÀ, *Il controllo delle concentrazioni*, in A. CATRICALÀ, C. E. CAZZATO, F. FIMMANÒ, *Diritto Antitrust*, *op.cit.*, p. 1048-1049.

<sup>396</sup> Nello specifico, in virtù del principio dello "sportello unico" (o "*one-stop-shop*"), quando le imprese coinvolte nell'operazione superano le soglie di fatturato indicate nel Reg. Ce 139/2004, la concentrazione ha dimensione eurounitaria e sarà soggetta al solo controllo della Commissione Europea ai sensi dello stesso Regolamento; in caso contrario, la concentrazione potrebbe avere dimensione nazionale e sarà sottoposta alla valutazione delle autorità degli Stati membri secondo le rispettive legislazioni.

<sup>397</sup> Cfr. G. MUSCOLO, *Big Data e concorrenza. Quale rapporto?*, *op.cit.*, p. 181.

solo grazie all'espressa richiesta pervenuta dalle parti della concentrazione tramite il meccanismo previsto all'art. 4, paragrafo 5, del Reg. Ce 139/2004<sup>398</sup>. Infatti, l'operazione riguardava un'impresa (ossia *Whatsapp*) che presentava un fatturato non superiore ad una decina di milioni di euro.

Il problema risulta ancora più evidente nel caso delle cc.dd. "*killer acquisition*", ossia acquisizioni da parte di operatori dominanti di *startup* potenzialmente *disruptive*: queste ultime si basano su un modello di *business* che non si cura dell'ottenimento di profitti nel breve termine, ma si propone invece di promuovere e fornire un servizio innovativo per attirare un numero crescente di utenti, con il fine di monetizzarlo successivamente<sup>399</sup>. Le imprese digitali dominanti punterebbero quindi a soffocare sul nascere la capacità delle *startup* di affermarsi come importanti *competitors*.

Da qui emerge il dibattito internazionale circa la necessità di apporre alcune modifiche al sistema basato sulle soglie di fatturato<sup>400</sup>. Diverse sono le soluzioni proposte, alle volte adottate, per rimediare a tale criticità. Senza entrare nel merito, possiamo limitarci ad esporne alcune. Germania e Austria, per esempio, hanno introdotto un nuovo criterio che si basa sul valore dell'operazione e sul requisito che l'impresa *target* sia attiva in maniera considerevole nel proprio territorio nazionale<sup>401</sup>. In Italia, l'AGCM propone di affiancare all'attuale sistema obbligatorio di notifica, la previsione della facoltà per l'Autorità stessa di presentare alle imprese una richiesta motivata per la notifica di concentrazioni sottosoglia di cui sia venuta a conoscenza<sup>402</sup>. In particolare, suggerisce al Governo di inserire, dopo l'art. 16, comma 1, della l. 287/1990, il seguente comma 1-bis: "*L'Autorità può richiedere alle imprese interessate di notificare entro 30 giorni un'operazione di concentrazione anche nel caso in cui sia superata una sola delle due soglie di fatturato di cui al comma 1, ovvero qualora il fatturato totale realizzato a livello mondiale dall'insieme delle imprese interessate sia superiore a 5 miliardi di euro, qualora sussistano concreti rischi per la concorrenza nel mercato nazionale, o in una sua parte*

---

<sup>398</sup> Si veda COMMISSIONE EUROPEA, caso COMP/M.7217, *Facebook/Whatsapp*, cit., pp. 2.

<sup>399</sup> Cfr. G. GÜRKAYNAK, K. A. YEŞİLALTAY e Z. A. AYDOĞAN, *A critical assessment of the recent proposals and reports on the regulation of digital mergers*, *Competition Law Journal*, 2021, p. 121.

<sup>400</sup> Sul punto l'AGCM, IC53 *Indagine conoscitiva sui Big data*, p. 81 evidenzia: "*consentire un controllo delle concentrazioni efficace e rigoroso nei mercati digitali costituisce un obiettivo di policy che deve essere ampiamente condiviso, sia a livello nazionale che internazionale*".

<sup>401</sup> Nello specifico, con riguardo alla Germania si veda l'art. 35 del GWB; in riferimento all'Austria si veda l'art. 9 del KartG 2005.

<sup>402</sup> Cfr. AGCM, AS1730 - *Proposte di riforma concorrenziale ai fini della Legge Annuale per il Mercato e la Concorrenza anno 2021*, disponibile al link:

[https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/914911A1FF8A4336C12586A1004C2060/\\$File/AS1730.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/914911A1FF8A4336C12586A1004C2060/$File/AS1730.pdf).

*rilevante, e non siano trascorsi oltre sei mesi dal perfezionamento dell'operazione. In caso di omessa notifica si applicano le sanzioni di cui all'articolo 19, comma 1*<sup>403</sup>.

Infine, merita di essere menzionata la regola introdotta dalla Commissione Europea nel nuovo Regolamento entrato in vigore il 1° novembre 2022, il Digital Market Act (DMA), che ha l'obiettivo generale di assicurare la contendibilità ed equità dei mercati nel settore digitale<sup>404</sup>. Ai sensi dell'art 12 par. 1 co. 1 del suddetto Reg. *“un gatekeeper*<sup>405</sup> *informa la Commissione di qualsiasi progetto di concentrazione ai sensi dell'articolo 3 del regolamento (CE) n. 139/2004, a prescindere dal fatto che sia notificabile ad un'autorità dell'Unione garante della concorrenza a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 o a un'autorità nazionale della concorrenza competente a norma delle norme nazionali sulle concentrazioni”*.

Una seconda questione riguardante i mercati digitali attiene alla valutazione circa gli effetti prodotti da una operazione di concentrazione. Il criterio utilizzato dalla Commissione Europea per apprezzare la compatibilità di una concentrazione con il mercato comune è contenuto nell'art 2 par. 3 del Reg. (CE) 139/2004. Tale disposizione prevede che *“le concentrazioni che ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate incompatibili con il mercato comune”*<sup>406</sup>.

Sintetizzando, la valutazione effettuata dalla Commissione in relazione al monitoraggio delle fusioni può essere descritta come un bilanciamento tra le restrizioni alla concorrenza generate dall'operazione e gli effetti positivi che essa comporta per il benessere dei consumatori. A tal fine, uno degli indicatori più chiari è certamente rappresentato dallo standard di prezzo, che simula l'andamento dei prezzi *post* concentrazione. Pertanto, sarà necessario valutare se l'efficienza compensativa è sufficientemente elevata da garantire che, in seguito alla fusione, il prezzo del prodotto in questione rimanga invariato o, ancor meglio diminuisca rispetto al periodo precedente<sup>407</sup>.

---

<sup>403</sup> *Ivi*, p. 92.

<sup>404</sup> Per un'analisi del Digital Market Act v. *Infra* Cap. III § 3. Cfr. Regolamento (UE) 2022/1925, *cit.*

<sup>405</sup> Anche sulla nozione di “gatekeeper” v. *Infra* Cap. III § 3.

<sup>406</sup> Nello stesso senso anche art. 2 par 2 del Reg. (CE) 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004 *relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese* («Regolamento comunitario sulle concentrazioni»).

<sup>407</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese* (2004/C 31/03) par. 80.

Appare evidente che nei mercati cd. *zero-price* il suddetto test non sia idoneo. Occorre dunque garantire che l'analisi degli effetti delle operazioni di concentrazione sia adeguata a cogliere le peculiarità di tali mercati, in cui i prezzi sono nulli e assumono importanza altre dimensioni del confronto competitivo, quali: il grado di innovazione, il livello di qualità dei servizi e della protezione dei dati degli utenti<sup>408</sup>.

Con riguardo al primo aspetto, l'estesa letteratura economica sul tema non fornisce una risposta chiara e univoca sulla relazione tra concorrenza e innovazione<sup>409</sup>. Infatti, il legame fra i due dipende da una varietà di fattori<sup>410</sup> di non facile considerazione a livello analitico, specie per la necessità di dover compiere valutazioni prospettiche in relazione a mercati fortemente dinamici<sup>411</sup>. E quindi, una parte della lettura evidenzia come un'operazione di concentrazione possa portare ad un aumento delle capacità di innovare, tramite, ad esempio, una crescita delle dimensioni dell'impresa e delle combinazioni di varie attività. Una teoria opposta, invece, mette in luce come meno concorrenza del mercato si traduca in una diminuzione degli incentivi ad innovare: in tale ottica un'operazione di concentrazione porterebbe ad una riduzione delle pressioni competitive presenti sul mercato e di conseguenza, ad una riduzione negli investimenti in ricerca e sviluppo.

Anche il fattore della qualità, tanto quanto il prezzo, può costituire un elemento significativo del benessere del consumatore e rappresenta un elemento centrale nella strategia competitiva delle imprese, specialmente nei mercati in cui i prezzi sono nulli<sup>412</sup>. Alcune operazioni di fusione possono portare ad una diminuzione unilaterale della qualità, analogamente a come possono causare un aumento dei prezzi. Un'altra problematica per le Autorità antitrust emerge quando è necessario considerare l'interazione tra gli effetti di prezzo e quelli non legati al prezzo. In particolare, nella situazione in cui gli effetti non legati al prezzo sono significativi e importanti, può essere complicato bilanciarli con eventuali effetti sui prezzi, soprattutto se si muovono in direzioni opposte<sup>413</sup>.

---

<sup>408</sup> Cfr. OECD, *Quality Consideration in Digital-Zero Price Markets, Background note by the Secretariat*, Parigi, 20 novembre 2018.

<sup>409</sup> Per una rassegna dettagliata sul tema si veda N. SHULZ, *Review on the Literature of Mergers on Innovation*, ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Paper No. 07-061, 2007.

<sup>410</sup> Quali, ad esempio, la tipologia di attività innovativa svolta dalle imprese parti dell'operazione, le caratteristiche della concorrenza di natura dinamica, la struttura dei mercati collegati.

<sup>411</sup> Cfr. AGCM, AGCOM, GPDP, IC53 *Indagine conoscitiva sui Big data*, p. 81-82

<sup>412</sup> *Ibidem*

<sup>413</sup> *Ibidem*

Infine, sempre con riferimento ai mercati *zero-price*, la protezione dei dati personali, la trasparenza e le informazioni necessarie per una scelta consapevole del consumatore possono rappresentare fattori qualitativi rilevanti per il confronto competitivo tra piattaforme digitali. È a tal punto che si può parlare di una nuova teoria del danno antitrust, consistente nel valutare gli effetti che una concentrazione avrebbe con riguardo alla tutela della privacy degli utenti. Ecco di nuovo che viene in rilievo il tema della relazione tra disciplina a tutela e della concorrenza e quella a tutela dei dati personali, di cui si discuterà ampiamente nel capitolo successivo.

#### **4. La pubblicità *targettizzata* nel rispetto della privacy**

Il ruolo cruciale rivestito dai *Big data* e dalla piattaforme online nel settore del *digital advertising* richiede che il fenomeno non sia valutato solamente dal punto di vista della concorrenza, ma anche sotto altri profili quali, primi fra tutti, la tutela della privacy e la protezione dei dati personali. Ricapitolando quanto già osservato, tramite l'offerta di servizi gratuiti, gli operatori digitali mirano a tenere gli utenti il più a lungo possibile sulle loro piattaforme, così da mostrargli annunci pubblicitari da cui ottengono la remunerazione per la loro attività. L'inserzione pubblicitaria sarà più redditizia se l'operatore riesce ad acquisire informazioni personali, preferenze e gusti degli utenti. La disponibilità di ingenti quantità di dati, congiuntamente alle capacità di *Big Data analytics*, permette alla piattaforme di compiere un'accurata profilazione, dalla quale dipende la possibilità per gli inserzionisti di raggiungere target specifici di consumatori<sup>414</sup>. Questa forma di pubblicità è definita come *targettizzata* o personalizzata, nella cui macrocategoria rientra la più invasiva pubblicità comportamentale online (o *online behavioural advertising*, OBA). Da un lato la pubblicità personalizzata e, in particolare il *behavioural advertising*, possono determinare notevoli benefici, sia per gli utenti che per gli inserzionisti. Dall'altro lato emergono rilevanti criticità in termini di tutela della privacy e corretto trattamento dei dati personali: l'utente è spesso ignaro di quanto sia estesa la raccolta di dati personali e di quanto ciò possa esporlo a tale forma di pubblicità mirata.

L'impiego di pervasive forme di pubblicità personalizzata può generare ampie violazioni della normativa in materia di protezione dei dati personali, tali da incidere sul bene giuridico tutelato che, in tale ambito, è stato identificato nella privacy degli utenti. In

---

<sup>414</sup> Cfr. AGCOM, *Relazione annuale al Parlamento 2020 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro*, op.cit., pp. 146.

particolare, la dottrina<sup>415</sup> evidenzia che una delle principali minacce risiede nella perdita del controllo dei dati da parte degli utenti stessi, specie “[...] *quelli che contribuiscono a disegnare [la loro] l’identità digitale*”<sup>416</sup>. Ciò risulta particolarmente evidente nelle situazioni in cui il comportamento di un grandissimo numero di utenti viene monitorato a loro insaputa e senza un effettivo consenso, anche a causa della difficoltà di far comprendere il meccanismo di funzionamento della pubblicità personalizzata.

Dunque, prima di addentrarci nell’esame della relazione fra la disciplina a tutela della concorrenza e quella a tutela dati personali e, è necessario fare alcune considerazioni sulla pubblicità *targettizzata*, al fine di comprenderne le ripercussioni giuridiche con riferimento al trattamento dei dati personali e come queste siano affrontate nell’attuale quadro normativo europeo.

In linea teorica si possono individuare due macrocategorie di pubblicità online<sup>417</sup>: (a) quella generalista (o generalizzata), ossia una forma di comunicazione commerciale che non si basa su un’attività di monitoraggio e profilazione dell’utente; e (b) una *targettizzata* consistente nella visualizzazione di un *banner* e di un annuncio pubblicitario personalizzato in uno sito Internet visitato dall’utente.

A tale classificazione ne corrisponde in genere una seconda<sup>418</sup>, ovvero la distinzione fra forme di pubblicità che fanno ampio uso di marcatori (quali, ad esempio, i cc.dd. *cookies*) e quelle che non ne fanno ricorso. Mentre la pubblicità online generalizzata può anche fare a meno di marcatori, lo stesso non può dirsi per la pubblicità *targettizzata*. Infatti, come si è osservato nel primo capitolo, la maggior parte della pubblicità mirata fa uso di marcatori (si pensi, ad esempio, al *Real Time-Bidding* che non funzionerebbe senza *cookie*)<sup>419</sup>.

Ciò ha importanti ripercussioni per quanto riguarda il fondamento di liceità del trattamento dal punto di vista della regolazione rilevante. Infatti, l’uso di dati personali richiede il rispetto delle regole previste dal Reg. UE 2016/679 (GDPR), e quindi dell’art

---

<sup>415</sup> Sul tema si veda F. ZUIDERVEEN BORGESIJUS, *Improving Privacy Protection in the Area of Behavioural Targeting*, Kluwer Law International, Netherland, 2015.

<sup>416</sup> Così, G. IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata. Real-Time Bidding e behavioural advertising*, *op.cit.*, p. 215.

<sup>417</sup> Sul punto si veda G. IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata. Real-Time Bidding e behavioural advertising*, *op.cit.*, p. 227.

<sup>418</sup> *Ibidem*

<sup>419</sup> Ad oggi le ipotesi di pubblicità personalizzata che non fanno uso di marcatori sono irriskorie o limitate alle situazioni di tracciamento dell’attività dell’utente su una piattaforma digitale da parte del gestore della stessa. Un esempio è rinvenibile nel *caso CNIL/Google*. Cfr. COMMISSION NATIONALE DE L’INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS (CNIL), *Délibération de la formation restreinte n° SAN – 2019-001 du 21 janvier 2019 prononçant une sanction pécuniaire à l’encontre de la société GOOGLE LLC*.

6 dello stesso che disciplina le basi per un legittimo trattamento dei dati. In particolare, tale disposizione al par. 1 subordina la liceità del trattamento a sei condizioni alternative<sup>420</sup>: (a) l'autorizzazione avviene con il consenso dell'interessato; (b) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un contratto; (c) il trattamento è necessario per ottemperare a previsioni normative; (d) il trattamento è necessario per tutelare interessi vitali dell'interessato; (e) il trattamento è necessario per il perseguimento di interessi pubblici; (f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che su questi non prevalgano i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore.

Diversamente, l'utilizzo di cookie o di marcatori per finalità pubblicitarie, come già detto, impone il rispetto della Direttiva *e-privacy*, quale normativa speciale<sup>421</sup>, che richiede il consenso informato dell'utente. Nello specifico, l'art 5.3 (recepito all'art. 122 del Codice Privacy) subordina l'archiviazione delle informazioni nell'apparecchio terminale dell'utente e/o il conseguente accesso alle informazioni già archiviate (ossia, per quel che qui interessa, l'utilizzo dei marcatori) al consenso dell'utente previa adeguata informazione<sup>422</sup>.

Proprio la presenza di tale ultima disposizione, come norma speciale, crea problemi interpretativi in relazione a quale sia la base giuridica della pubblicità *targettizzata*<sup>423</sup>. Infatti, se è vero che quest'ultima può adottare il fondamento di liceità più adatto al caso concreto, ex art. 6 del GDPR, comunque dovrà necessariamente porsi il problema del consenso della Direttiva *e-privacy* qualora la stessa ricorra all'impiego di marcatori.

In particolare, uno dei punti più discussi<sup>424</sup> è se la pubblicità personalizzata possa essere svolta per perseguire il legittimo interesse dell'intermediario, dell'editore o dell'inserzionista nella misura in cui questi hanno un interesse a vendere spazi pubblicitari o a sostenere le loro attività (ex art. 6 lett. *f*) del GDPR). Ragionando in astratto, l'apertura verso una pubblicità *targettizzata* fondata sul legittimo interesse sarebbe giustificata anche dall'art. 21 del GDPR. Il suddetto articolo al par. 1 prevede la possibilità

---

<sup>420</sup> Si veda art. 6 par. 1 del Reg. UE 2016/679 (GDPR)

<sup>421</sup> Cfr. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Opinion 5/2019 on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities*, 12 March 2019.

<sup>422</sup> Si veda art 5.3 della Direttiva 2002/58/CE.

<sup>423</sup> Cfr. G. IPPOLITO, *Profilazione e pubblicità targettizzata. Real-Time Bidding e behavioural advertising, op.cit.*, p. 119.

<sup>424</sup> Si evidenzia che sul tema si è di recente espressa la CGUE, nella sentenza del 4 giugno 2023, Causa C-252721, *Meta Platforms v. Bundeskartellamt*, *cit.*

dell'interessato di opporsi al trattamento basato sull'art. 6 lettere e) o f). Al successivo par. 2 consente allo stesso di opporsi in qualsiasi momento al trattamento dei dati personali che lo riguardano, compresa la profilazione, per finalità di marketing diretto.

Dunque, è stato osservato<sup>425</sup> come tale norma non troverebbe applicazione se il marketing in generale e, nello specifico la pubblicità *targettizzata*, non potessero basarsi sul legittimo interesse, in quanto se la base giuridica obbligata per questi casi fosse il consenso, l'interessato potrebbe sempre esercitare il diritto alla revoca ex art. 7 par. 3 del GDPR<sup>426</sup>.

Nonostante ciò, la concreta possibilità di ricorrere al legittimo interesse è subordinata alle condizioni richieste dallo stesso art 6 lett. f), ovvero “[...] *che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore*”<sup>427</sup>. È da questo bilanciamento tra gli interessi del titolare o del terzo e quelli dell'utente, che deriva l'ammissibilità o meno di tale base giuridica. Si tratta di un test comparativo (il cd. *balancing test*), subordinato all'analisi di alcuni fattori, come quelli indicati in apposite linee guida dal Gruppo di lavoro Articolo 29 (in seguito anche solo WP29)<sup>428</sup>.

Innanzitutto, il suddetto test consiste in una valutazione tra gli interessi dei soggetti coinvolti in relazione alla finalità del trattamento: nel caso in esame l'attività pubblicitaria. Con riferimento alla pubblicità targettizzata il WP29, nelle linee guida menzionate in precedenza, specifica come l'interesse del titolare del trattamento a monitorare l'attività online dell'utente debba essere bilanciato con la tutela della vita

---

<sup>425</sup> Cfr. A. MANTOVANI, *Questioni relative al trattamento dei dati personali per finalità di marketing e profilazione*, Media Laws, Working Papers Series, 3, 2019, p. 10 ss.

<sup>426</sup> L'art 7 par 3 del GDPR stabilisce: “*L'interessato ha il diritto di revocare il proprio consenso in qualsiasi momento. La revoca del consenso non pregiudica la liceità del trattamento basata sul consenso prima della revoca. Prima di esprimere il proprio consenso, l'interessato è informato di ciò. Il consenso è revocato con la stessa facilità con cui è accordato*”.

<sup>427</sup> Art. 6 par 1 lett. f) del Reg. UE 2016/679 (GDPR).

<sup>428</sup> Cfr. WP29, *Parere 06/2014 sul concetto di interesse legittimo del titolare del trattamento ai sensi dell'art 7 della direttiva 95/46/CE*, WP217, 9 aprile 2014. Sul tema si veda anche C. D'AGATA, *Il legittimo interesse del titolare o di un terzo nei quadro dei diversi presupposti del trattamento*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione a protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019 p. 86, che afferma: “*in linea di principio è possibile affermare che il legittimo interesse può costituire una base giuridica per il trattamento di dati personali se e nella misura in cui siano soddisfatte determinate condizioni, il che richiede l'esecuzione, da parte dell'interprete, di un test comparativo che può sommariamente sussumersi in tre operazioni principali: 1. L'identificazione del legittimo interesse del titolare/terzo; 2. L'individuazione dell'impatto sui diritti degli interessati; 3. L'adozione di “garanzie ulteriori” in grado di ridurre tale impatto nei confronti degli interessati, anche tenendo conto delle eventuali conseguenze positive del trattamento sui medesimi soggetti*”.



privata e dei dati personali dello stesso e, soprattutto con l'interesse dell'utente di non essere indebitamente controllato<sup>429</sup>.

A tali considerazioni devono aggiungersi quelle espresse dal Comitato europeo per la protezione dei dati (EDPB), organo previsto dall'art. 68 del GDPR e succeduto al WP29, nell'ambito delle linee guida sul *targeting*<sup>430</sup>. In queste emerge chiaramente che, in presenza di un trattamento insidioso basato sulla profilazione, il legittimo interesse potrebbe non essere la base giuridica adeguata e si fa concreta la possibilità di ricorrere al consenso<sup>431</sup>. In aggiunta va rilevato che, se la pubblicità targettizzata è svolta tramite il ricorso ad algoritmi o sistemi di intelligenza che rendono il trattamento interamente automatizzato, produttivo di effetti significativi sugli utenti, allora troverà applicazione anche l'art 22 del GDPR<sup>432</sup> e la base giuridica da questo prevista: il consenso esplicito<sup>433</sup>. Tale forma rafforzata di consenso sarà necessaria anche quando oggetto del trattamento sono le categorie particolari di dati di cui all'art 9 del GDPR, meritevoli di maggior protezione (ad esempio, i dati relativi alla salute, alla vita o all'orientamento sessuale). Alle luce di quanto rilevato ne deduciamo che, se da un lato la pubblicità online generalizzata e non basata sull'uso dei marcatori può avere una base giuridica diversa dal consenso dell'utente ai sensi dell'art 6 del GDPR, dall'altro lato nel caso di pubblicità *targettizzata* tale possibilità sembra preclusa. Tutto ciò, quindi, giustificerebbe l'estensione del consenso di cui all'art 5.3 della direttiva 2002/58/CE come base giuridica alle forme di pubblicità personalizzata.

La pubblicità *targettizzata* ha dunque, nello scenario attuale e per quanto qui d'interesse<sup>434</sup>, una sola embrionale disciplina nell'art. 5 della suddetta direttiva. Invero,

---

<sup>429</sup> Cfr. WP29, *Parere 06/2014 sul concetto di legittimo interesse, cit.*, pag. 54.

<sup>430</sup> Cfr. EDPB, *Linee guida 8/2020 sul targeting degli utenti di social media*, Versione 2.0, adottate il 13 aprile 2021.

<sup>431</sup> *Ivi*, p. 26 par. 77-78: “EDPB ritiene che il legittimo interesse non possa costituire un'ideale base giuridica, dato che il targeting si basa sul monitoraggio del comportamento delle persone fisiche attraverso siti web e ubicazioni utilizzando tecnologie di tracciamento. Di conseguenza, in tali circostanze, è probabile che la base giuridica appropriata anche per qualsiasi trattamento successivo ai sensi dell'articolo 6 GDPR sia il consenso dell'interessato”.

<sup>432</sup> L'art. 22 par. 1 del GDPR prevede che: “L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona”.

<sup>433</sup> Cfr. EDPB, *Linee guida 8/2020 sul targeting degli utenti di social media, cit.*, pp. 28-29.

<sup>434</sup> Si evidenzia che ulteriori norme in tema di pubblicità, quali oneri di trasparenza e accountability delle piattaforme di grandi dimensioni, sono contenute nel nuovo Reg. UE 2022/2065, il *Digital Service Act*, entrato in vigore il 16 novembre 2022. Cfr. REGOLAMENTO (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali). Nello specifico sul tema si vedano gli artt. 26,27 e 28 del suddetto Reg.

tale articolo (rubricato “*riservatezza delle comunicazioni*”) è stato originariamente formulato per assicurare la riservatezza delle comunicazioni sulla rete pubblica e la tutela relativa ai dati sul traffico (*par. 1*), nonché per garantire la possibilità di “archiviare informazioni” o avere accesso a tali informazioni solo con il consenso dell’utente (*par. 3*)<sup>435</sup>. Nonostante ciò, dal momento che la pubblicità personalizzata ha cominciato a fare ampio uso dei marcatori, l’art 5.3 è diventata la normativa essenziale per regolare tale forma di comunicazione pubblicitaria. La stessa, però, non risulta sempre adeguata e il quadro è sicuramente destinato a cambiare nel momento in cui entrerà in vigore il nuovo Regolamento *e-privacy*, che abrogherà la direttiva 2002/58/CE, ma i cui complicati lavori risultano ancora in corso<sup>436</sup>.

In conclusione, in tale capitolo si è osservato come l’emergere di grandi piattaforme il cui modello di business si basa sulla monetizzazione dell’attenzione degli utenti attraverso la vendita di pubblicità mirata porta a non poche criticità, sia dal punto di vista della privacy che da quello della concorrenza. In aggiunta, si è evidenziata la necessità di rinnovare gli strumenti giuridici tradizionali, che non risultano sempre adeguati a disciplinare tale nuovo fenomeno. Ciò ha portato a promuovere un diverso approccio nell’enforcement di *privacy* e *antitrust*, che si potrebbe definire come combinato e sinergico.

Nel prosieguo, dunque, si cercherà di verificare la fattibilità concreta di tale approccio integrato, analizzando come le norme e i principi in materia di protezione dei dati siano stati applicati nei procedimenti antitrust della Commissione Europea e delle Autorità nazionali garanti della Concorrenza e del Mercato. Lo scopo sarà quello di dimostrare che l’idea di integrare la normativa in materia di concorrenza e protezione dei dati ha generato alcuni effetti collaterali significativi proprio nel settore del *digital advertising*: alcune grandi piattaforme digitali, come reazione, hanno modificato le proprie *privacy policy* per limitare il tracciamento dei dati degli utenti sui loro ecosistemi, compromettendo tuttavia l’efficacia della pubblicità *targettizzata* dei loro *competitors*. L’uso strategico della privacy come giustificazione commerciale per perseguire vantaggi concorrenziali testimonierebbe allora la tensione fra queste due aree del diritto, piuttosto che una loro complementarità.

---

<sup>435</sup> Per un approfondimento sul tema si rinvia a EDPB, *Opinion 5/2019 on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR*, cit., pp. 11 e ss.

<sup>436</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio *relativo al rispetto della vita privata e alla tutela dei dati personali nelle comunicazioni elettroniche che abroga la direttiva* (Regolamento sulla vita privata e le comunicazioni elettroniche) COM/2017/010 final - 2017/03 (COD).

## CAPITOLO III

### L'APPROCCIO INTEGRATO TRA PRIVACY E ANTITRUST E GLI EFFETTI NEL SETTORE DEL DIGITAL ADVERTISING

SOMMARIO: 1. Il legame fra privacy ed *enforcement* antitrust: una questione aperta – 2. La privacy nel controllo delle concentrazioni: pronunce della Commissione Europea a confronto – 3. La decisione del *Bundeskartellamt* sul caso Facebook e il dibattito tra le corti tedesche – 4. Il diverso approccio dell'AGCM e il caso A542: Google nel mercato del *display advertising* – 5. Il Digital Market Act (DMA) – 5.1 (*segue*) I nuovi obblighi per i “*gatekeeper*” tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali – 5.2 Gli obblighi di trasparenza nella fornitura di servizi pubblicitari online – 6. La privacy come “scudo” per condotte potenzialmente anticoncorrenziali – 6.1 Il caso ATT/APPLE (A561) – 6.1.1 (*segue*) I mercati rilevanti e la posizione dominante di Apple – 6.1.2 (*segue*) L'abusività della condotta – 6.2 La saga del caso ENEL (A511) – 7. Le criticità dell'approccio integrato

#### 1. Il legame fra privacy ed *enforcement* antitrust: una questione aperta

Le trasformazioni derivanti dall'affermarsi sul mercato globale delle grandi piattaforme digitali costituiscono una sfida per le autorità di regolazione e concorrenza: se da un lato è inevitabile considerare i servizi innovativi forniti dalle *Big tech*, dall'altro lato è necessario affrontare le numerose criticità, precedentemente evidenziate, legate a tali nuovi modelli di *business* incentrati prevalentemente sulla raccolta e utilizzo commerciale delle informazioni degli utenti, tramite la vendita di pubblicità *targettizzata*<sup>437</sup>.

Dalle analisi condotte nel capitolo precedente emerge come la capacità degli operatori digitali di raccogliere ed elaborare ingenti quantità di dati porti a problemi di diversa natura, coinvolgendo vari ambiti di competenza. I profili concorrenziali si intrecciano così con altre questioni relative alla tutela del consumatore e dei suoi dati personali<sup>438</sup>. La privacy è riconosciuta, sempre più, come un fattore non monetario importante nelle analisi concorrenziali nei mercati cd. *zero price*, dove l'assenza di operazioni economiche rende complessa l'applicazione di metodologie tradizionali, come il cd. SNIPP test (o *test*

---

<sup>437</sup> Cfr. S. PELLETRI, *La tutela dell'utente ai tempi di Facebook: i diversi approcci delle autorità antitrust tra diritto della concorrenza e protezione dei dati del consumatore*, op.cit. p. 58.

<sup>438</sup> Cfr. A. PEZZOLI, *Big Data e Antitrust: un'occasione per tornare ad occuparci di struttura?*, op.cit., p. 259.

*del monopolista ipotetico*), ampiamente utilizzato per delimitare e individuare i mercati rilevanti e il potere esercitato su questi da un'impresa<sup>439</sup>.

Su queste basi, la tutela dei dati personali ha guadagnato il centro della scena e i *policy maker* sono sempre più interessati a valutare in che modo le strategie di accumulo dei dati possano sia minare la privacy degli individui, sia consolidare e rafforzare il potere di mercato delle grandi piattaforme<sup>440</sup>. Di conseguenza, come già anticipato, si è diffusa l'idea che le caratteristiche peculiari dei mercati digitali richiedano un approccio sinergico e complementare tra privacy e antitrust, in modo che eventuali violazioni della prima siano analizzate e sanzionate con gli strumenti del diritto della concorrenza<sup>441</sup>. Se quindi le due discipline isolatamente considerate non sono in grado di fronteggiare le varie criticità legate ai nuovi modelli di *business* delle *Big tech*, una loro sinergia è auspicabile. In sostanza, “*privacy e antitrust si aiuterebbero a vicenda contro i rispettivi talloni d’Achille*”<sup>442</sup>.

Sono dunque state avanzate quattro diverse *theory of harm* per combinare questioni di privacy e problemi antitrust<sup>443</sup>.

La prima di esse sostiene che le caratteristiche peculiari dei mercati digitali, specie gli effetti di rete indiretti, rafforzano il potere di mercato delle piattaforme digitali e, di conseguenza, diminuiscono i loro incentivi a competere per offrire elevati livelli di privacy<sup>444</sup>. Dunque, in accordo con questa teoria, esiste una “*stretta correlazione tra (la mancanza di) concorrenza e la violazione della privacy*”<sup>445</sup> degli utenti.

---

<sup>439</sup> Cfr. P. GRUNES e M.E STUCKE, *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, *op.cit.*, pp. 2-7.

<sup>440</sup> Cfr. G. COLANGELO, *The Privacy-Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition*, *op.cit.*, p. 3.

<sup>441</sup> Sul punto, fra i vari, si vedano COMPETITION AND MARKET AUTHORITY (CMA) AND INFORMATION COMMISSIONER’S OFFICE (ICO), *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*, 19 Maggio 2021 pp. 5 e ss.

<sup>442</sup> Così, G. COLANGELO, *The Privacy-Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition*, *op.cit.*, p.5: “[...] *privacy and antitrust would each help to cover the other’s purported Achilles heel*”. Nello stesso senso si veda anche C. CAFFARRA e J. RYAN, *Why Privacy Experts Need a Place at the Antitrust Table*, PROMARKET, 28 giugno 2021 che sostengono: “*there is a market power crisis and a privacy crisis, and they compound each other.*” Disponibile al link: <https://www.promarket.org/2021/07/28/privacy-experts-antitrust-data-harms-digital-platforms>.

<sup>443</sup> Sul punto si veda M. MAGGIOLINO, G. COLANGELO, *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy Through Competition?*, *op.cit.*, p. 7 ss.

<sup>444</sup> Sul punto, in particolare, si vedano P.J HARBOUR e T.I. KOSLOV, *Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 76, No. 3, 2010, p. 794 e ss.

<sup>445</sup> Così, G. COLANGELO, *The Privacy-Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition*, *op.cit.*, p.5: “[...] *there is a close relationship between (the lack of) competition in digital markets and privacy violations*”. Si veda anche CMA, *Online Platforms and Digital*

La seconda delle teorie del danno si focalizza, invece, sul ruolo del controllo delle concentrazioni, riprendendo ciò che l'ex Presidente della FTC (*Federal Trade Commission*), Pamela Jones Harbour, ha osservato nel suo parere di dissenso riguardante la fusione *Google/DoubleClick*<sup>446</sup>. Come già evidenziato in precedenza, le fusioni tra imprese che detengono grandi quantità di *Big Data*, consentono di aumentare il *dataset* a loro disposizione, permettendo all'entità risultante di avere ancora più strumenti per profilare gli individui e invadere la loro privacy<sup>447</sup>. Pertanto, secondo questa teoria, è necessario un controllo più rigoroso delle operazioni di concentrazione, valutando gli effetti che queste avrebbero con riguardo alla tutela dei dati personali dei consumatori.

Un ulteriore tentativo di giustificare l'interconnessione tra antitrust e privacy si basa sul considerare le politiche sulla privacy al pari di una componente della qualità di un prodotto o servizio: sicché una riduzione di tutela della privacy corrisponde ad una degradazione della qualità<sup>448</sup>. Se i beni/servizi non rispettosi della privacy si considerano come di bassa qualità, si giunge alla conclusione che questi diminuiscono il benessere del consumatore, dal momento che quest'ultimo non dipende solo dai prezzi e dalle quantità prodotte, ma anche dalla qualità, la varietà e l'innovazione. Dunque, qualsiasi pratica, che sia una fusione, una condotta unilaterale di un'impresa in posizione dominante oppure un accordo tra imprese, che conduce a beni/servizi non rispettosi della privacy degli utenti, danneggia il benessere del consumatore e, quindi, deve essere considerata anticoncorrenziale<sup>449</sup>.

Infine, l'ultima delle quattro teorie del danno si riferisce a quelle fattispecie in cui la violazione della normativa della privacy e il ricorso a comportamenti ingannevoli per ottenere dati personali degli utenti sono mirate all'acquisizione o alla difesa di una

---

*Advertising, op.cit.*, par. 6.26, che afferma: “[...] *In a more competitive market, we would expect that it would be clear to consumers what data is collected about them and how it is used and, crucially, the consumer would have more control. We would then expect platforms to compete with one another to persuade consumers of the benefits of sharing their data or adopt different business models for more privacy-conscious consumers*”.

<sup>446</sup> Cfr. P. J. HARBOUR, *Dissenting statement in the matter of Google/DoubleClick*, File No. 071-0170, 2017, p. 4, nella quale ella sostiene: “[...] *The transaction will combine not only the two firms' products and services, but also their vast troves of data about consumer behavior on the Internet. Thus, the transaction reflects an interplay between traditional competition and consumer protection issues. The Commission is uniquely situated to evaluate the implications of this kind of data merger, from a competition as well as a consumer protection perspective*”.

<sup>447</sup> Cfr. M.E. STUCKE e A.P. GRUNES, *Big Data and Competition Policy, op.cit.*

<sup>448</sup> Sul punto si vedano M. E. STUCKE e A. EZRACHI, *When Competition Fails to Optimise Quality: A Look at Search Engines*, 18 *Yale Journal of Law & Technology* 70, 2016; A.P. GRUNES e M. E. STUCKE, *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data, op.cit.*, pp. 5 e ss.

<sup>449</sup> Cfr. M. MAGGIOLINO, G. COLANGELO, *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy Through Competition?, op.cit.*, p.8.

posizione di egemonia sul mercato. Dunque, come sostenuto dall' *Autorité de la Concurrence* e dal *Bundeskartellamt* nel già citato paper "*Competition law and data*": "*Privacy policies could be considered from a competition standpoint whenever these policies are liable to affect competition, notably when they are implemented by a dominant undertaking for which data serves as a main input of its products or services*"<sup>450</sup>.

Tuttavia, contro tale approccio integrato, un'altra parte della dottrina<sup>451</sup> mette in luce i rischi che derivano dal trasformare le violazioni della disciplina a tutela dei dati personali in abusi antitrust di per sé. In effetti, il diritto a tutela della concorrenza e quello a tutela dei personali perseguono obiettivi differenti e utilizzano strumenti diversi. Il secondo, come recita l'art. 1 co. 2 del GDPR, "*protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali*"<sup>452</sup>. Il diritto antitrust, invece, mira a garantire una concorrenza effettiva delle imprese e il buon funzionamento dei mercati proteggendo, di riflesso, il benessere dei consumatori. Tale filone evidenzia, nonostante le similitudini, come le due normative presentino delle loro peculiarità e possano essere alle volte in contrasto, per cui una loro convergenza finirebbe per confondere l'applicazione di entrambe<sup>453</sup>.

Inoltre, tale filone pone diverse obiezioni rispetto alle varie teorie del danno sopra menzionate.

Innanzitutto, come già sottolineato in precedenza, sebbene la qualità sia un fattore centrale della concorrenza (sicuramente rilevante nel contesto dei mercati cd. *zero price*), risulta comunque "*un parametro sfuggente*"<sup>454</sup> e l'analogia fra privacy e qualità di un bene/servizio può in concreto risultare difficile. In particolare, la suddetta analogia viene meno se consideriamo l'estrema soggettività ed eterogeneità che ciascun utente attribuisce alla propria privacy. Viene in rilievo il cd. "*privacy paradox*", ormai

---

<sup>450</sup> Così, AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE e BUNDESKARTELLAMT, *Competition law and data*, *op.cit.*, pp. 23-24.

<sup>451</sup> In particolare si vedano E. M. DOUGLAS, *The New Antitrust/Data Privacy Law Interface*, *Yale Law Journal*, 2021; G. COLANGELO e M. MAGGIOLINO, *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy Through Competition?*, *op.cit.*, pp 9- 11; OECD, *Consumer Data Rights and Competition Background: Note by the Secretariat*, 2020.

<sup>452</sup> Art. 1 par. 2 del Reg. UE 2016/679 (GDPR).

<sup>453</sup> Cfr. G. COLANGELO, *The Privacy-Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition*, *op.cit.*, p. 5: "*Pushing these regulatory regimes to converge threatens to confuse, rather than strengthen, the enforcement of either*". Nello stesso senso si veda M. K. OHLHAUSEN E B. ROSSEN, *Privacy and Competition: Discord or Harmony?*, *the Antitrust Bulletin*, 2022, Vol. 67, pp. 552-561.

<sup>454</sup> Così. G. COLANGELO, *Big Data, piattaforme digitali e antitrust*, *op.cit.*, p. 453.

ampiamente riconosciuto<sup>455</sup>, secondo il quale gli utenti, da un parte dichiarano di tenere alla propria privacy e di desiderare una adeguata protezione dei dati personali, dall'altra però si comportano in maniera completamente diversa rispetto a tali dichiarazioni, acconsentendo al trattamento dei propri dati con un semplice *click*, senza leggere o comprendere le condizioni di utilizzo<sup>456</sup>.

In aggiunta, all'analogia tra qualità e privacy si può obiettare anche considerando che le piattaforme raccolgono ed elaborano dati con lo scopo di perfezionare la qualità dei loro servizi<sup>457</sup>. Di conseguenza “[...] mancherebbe il legame tra presunta degradazione della qualità e benessere dei consumatori: mentre, infatti, alcuni vedranno in interventi più invasivi per raccogliere e utilizzare data una diminuzione della qualità, altri riterranno che annunci pubblicitari e servizi maggiormente personalizzati rappresentino un miglioramento qualitativo”<sup>458</sup>.

In secondo luogo, parte della dottrina<sup>459</sup> evidenzia come l'accoglimento di un approccio integrato, che considera le violazioni della disciplina a tutela dei dati personali come fonti di danno competitivo, porterebbe alla conseguenza paradossale che “[...] le autorità antitrust diventerebbero regolatori a livello economico”<sup>460</sup>. Ciò in quanto tale approccio implicherebbe potenzialmente l'avvio di indagini antitrust ogni qual volta venga attuata una pratica (che sia una condotta unilaterale di un'impresa in posizione dominante, una fusione o un accordo tra imprese) che violi una qualche disposizione del GDPR.

Dunque, la relazione fra le due discipline, entrambe di rango costituzionale, appare complessa e articolata, al centro di vari approfondimenti e opinioni divergenti. Come è stato evidenziato nell'ambito della già più volte menzionata indagine conoscitiva sui *Big*

---

<sup>455</sup> Sul tema, fra i tanti, si vedano, W. KERBER, *Digital markets, data, and privacy: Competition law, consumer law, and data protection*, op.cit., p. 7-8; G. COLANGELO e M. MAGGIOLINO, *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy Through Competition?*, op.cit., p. 11; P. A. NORBERG, D. R. HORNE, 2007, *The Privacy Paradox: Personal Information Disclosure Intentions versus Behaviors*, Journal of Consumer Affairs, n. 1/2007, pp. 100-126.

<sup>456</sup> Secondo i dati Eurostat nel 2023 solo il 36% dei cittadini europei ha dichiarato di leggere le *privacy policy* prima di fornire i propri dati personali alla piattaforma. Si veda: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/w/ddn-20240126-1>.

<sup>457</sup> Si vedano, D.D. SOKOL e R. COMERFORD, *Antitrust and Regulating Big Data*, op.cit.; J.C COOPER, *Privacy and Antitrust Underpants Gnomes, the First Amendment and Subjective*, George Mason Law Review, 2013, p. 1128-1129.

<sup>458</sup> Così, G. COLANGELO, *Big Data, Piattaforme digitali e antitrust*, op.cit., p. 454.

<sup>459</sup> Sul punto si vedano G. COLANGELO e M. MAGGIOLINO, *Antitrust Über Alles. Whither Competition Law After Facebook?*, World Competition Law and Economics Review, 2019, pp. 15 e ss.

<sup>460</sup> Così, G. COLANGELO, *The Privacy-Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition*, op.cit., p. 6: “Antitrust authorities would therefore become economy-wide regulators”.

*data*, potrebbe esserci “[...] una possibile tensione tra diritto alla protezione dei dati e concorrenza”<sup>461</sup>. Quindi, un approccio restrittivo, diretto ad una maggior tutela dei dati personali, potrebbe portare ad un aumento delle barriere all’ingresso nei mercati<sup>462</sup>. All’opposto, “[...] un approccio accomodante in punto di raccolta e di validità del consenso per attività di profilazione e di on line advertising potrebbe rafforzare la posizione dominante di alcune grandi piattaforme a scapito non solo dei concorrenti ma anche dei consumatori, i quali vedrebbero in tal modo ridotta la loro possibilità di scelta”<sup>463</sup>.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, nel proseguo si esaminerà la fattibilità concreta di tale approccio integrato, prendendo in esame la recente casistica europea e nazionale sul tema per poi concentrare l’attenzione in particolare sul settore del *digital advertising*.

Partendo dai differenti orientamenti espressi dalla Commissione europea in alcune operazioni di concentrazione, l’analisi si soffermerà in primo luogo sulla decisione del *Bundeskartellamt* tedesco nel caso Facebook, nel quale per la prima volta le norme in materia di protezione dei dati personali sono state utilizzate come criterio rilevante dell’indagine antitrust<sup>464</sup>.

A livello nazionale, invece, si evidenzierà il diverso approccio finora seguito dall’AGCM, che si contraddistingue per l’adozione di un sistema che si snoda su un “doppio binario”<sup>465</sup>: la tutela del consumatore da un lato, e la fattispecie di abuso di posizione dominante, prevista dal diritto antitrust, dall’altro.

Particolare attenzione sarà poi data al recente Reg. UE 2022/1925, il *Digital Market Act*, nel quale sono contenute alcune norme che offrono importanti spunti sulla relazione tra protezione dei dati e antitrust<sup>466</sup>.

Successivamente si illustreranno le criticità e gli effetti collaterali che tale approccio integrato ha generato proprio nel settore del *digital advertising*. Emblematica a tale fine è l’adozione da parte di Apple della politica ATT (“*app tracking transparency*”) che,

---

<sup>461</sup> Così, AGCM, AGCOME, GPDP, *IC53 Indagine conoscitiva sui Big data*, cit., p.75.

<sup>462</sup> *Ibidem*

<sup>463</sup> Così, G. OLIVIERI, *Sulle “relazioni pericolose” tra antitrust e privacy nei mercati digitali*, Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale, Fascicolo speciale di G. Giappichelli Editore, 2021, p. 361. Nello stesso senso si veda D. KATSIFIS, *What should be the fate of targeted advertising?*, The Platform Law Blog, Novembre 2020, disponibile al link: <https://theplatformlaw.blog/2020/11/09/what-should-be-the-fate-of-targeted-advertising/>.

<sup>464</sup> Cfr. BUNDESKARTELLAMT, caso B6-22/16, cit.

<sup>465</sup> Cfr. G. OLIVERI, G. OLIVIERI, *Sulle “relazioni pericolose” fra antitrust e privacy nei mercati digitali*, op.cit., p. 365.

<sup>466</sup> Regolamento (UE) 2022/1925, cit.



introducendo nuovi requisiti di consenso, modifica il modo in cui gli sviluppatori di *app* terzi possono raccogliere e utilizzare i dati degli utenti per la pubblicità su iOS. Se da un lato il nuovo *framework* di Apple potrebbe migliorare la privacy e il controllo degli utenti sui propri dati personali, dall'altro lato integrerebbe gli estremi di una condotta escludente, rafforzando la sua posizione dominante a discapito dei concorrenti. Per tali ragioni, la politica ATT è oggetto di indagine da parte di diverse Autorità antitrust.

Il fine ultimo sarà dunque quello di dimostrare che la protezione dei dati si sta paradossalmente rivelando uno strumento di difesa impiegato dalle piattaforme digitali per giustificare strategie potenzialmente anticoncorrenziali, piuttosto che un mezzo in mano alle autorità antitrust per limitare le strategie di accumulo dati.

Si concluderà con alcune riflessioni sulla recente sentenza della CGUE sul caso Meta, nel quale la Corte ha chiarito alcuni dubbi (non tutti, a parere di una parte della dottrina) in merito alla possibilità di applicare il GDPR nei procedimenti antitrust<sup>467</sup>.

## **2. La privacy nel controllo delle concentrazioni: pronunce della Commissione Europea a confronto**

Precedentemente si è osservato che una delle teorie del danno avanzate, si incentra sulla valutazione degli effetti che una operazione di concentrazione comporta con riguardo alla tutela dei dati personali degli utenti.

Una possibile argomentazione che può essere offerta per sostenere la suddetta teoria è che la *privacy policy* può essere vista come una qualità del prodotto o servizio coinvolto nella concentrazione, qualità che a sua volta è una delle molteplici variabili concorrenziali che influenzano il benessere del consumatore<sup>468</sup>. Di conseguenza, dovrebbero essere considerate anticoncorrenziali quelle operazioni di concentrazione che determinano una riduzione del livello di privacy offerto agli utenti, ossia della qualità dei beni o servizi disponibili nel mercato.

Pertanto, è il caso di esaminare alcune decisioni della Commissione Europea al fine di comprendere se tale teoria sia in concreto mai stata accolta e, più in generale, come si è espressa la stessa in merito alla relazione tra privacy e antitrust in seno alla valutazione di alcune operazioni di concentrazioni.

---

<sup>467</sup> CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA (CGUE), sentenza del 4 giugno 2023, Causa C-252/21, *Meta Platforms v. Bundeskartellamt*.

<sup>468</sup> Cfr. R. A. C. PFEIFFER, *Digital Economy, Big Data and Competition Law*, Market and Competition Law Review, April 2019, vol. III, no. 1, pp. 62-63, disponibile al link: [https://www.researchgate.net/publication/336661346\\_Digital\\_Economy\\_Big\\_Data\\_and\\_Competition\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/336661346_Digital_Economy_Big_Data_and_Competition_Law).

In via preliminare giova evidenziare che in Europa, fino a qualche anno fa, nell'ambito della valutazione degli effetti delle operazioni di concentrazione, si registrava una certa avversione ad includere esplicitamente questioni riguardanti la protezione dei dati.

In particolare, nel novembre del 2008 la Commissione ha autorizzato senza condizioni la fusione *Google/DoubleClick*<sup>469</sup>, confermando che le regole antitrust e quelle sulla protezione dei dati avessero ambiti del tutto separati<sup>470</sup>.

Nel caso in esame la Commissione era stata chiamata a valutare se l'acquisizione di DoubleClick da parte della nota multinazionale irlandese potesse inficiare o meno la libera concorrenza nel mercato interno UE della pubblicità online. L'operazione prospettata non aveva dimensione comunitaria, non raggiungendo le soglie di fatturato previste dall'art. 1 par. 2 e 3 del Reg. UE 139/2004. Nonostante ciò, in virtù di una richiesta di rinvio delle parti, ai sensi dell'art. 4 par. 5 del suddetto Reg., è stata sottoposta alla valutazione della Commissione.

Ai fini della definizione dei mercati rilevanti del prodotto, la Commissione ha innanzitutto specificato che la pubblicità online e quella offline appartengono a due mercati distinti, ciò in virtù delle caratteristiche specifiche dell'*online advertising*, specie per le sue avanzate possibilità di *targeting* e per i diversi meccanismi di prezzi utilizzati<sup>471</sup>. In secondo luogo, la stessa ha valutato la necessità di suddividere ulteriormente tale mercato in *search e no-search advertising*<sup>472</sup>, ma ha lasciato aperta la questione, asserendo che: *"In any case, there is no need to define two separate markets for the provision of search and non-search advertising space as, under any of these market definitions, the transaction would not raise any competition concerns"*<sup>473</sup>.

La Commissione ha osservato che Google operava in tale mercato sia come editore, con la sua pagina web del motore di ricerca *Google.com*, sia come intermediario, con la sua rete pubblicitaria *AdSense*. Attraverso i summenzionati canali diretti e indiretti, la multinazionale era la fornitrice principale di pubblicità online nel SEE (in particolare, di

---

<sup>469</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, decisione dell'11 marzo 2008, caso M.4731–*Google/DoubleClick*.

<sup>470</sup> Prima della decisione *Google/DoubleClick*, si colloca anche una pronuncia della Corte di Giustizia relativa al caso *Asnef-Equifax*, che anticipa l'atteggiamento della Commissione nel caso in esame. Precisiamo, però, che il caso non riguardava la procedura di controllo delle concentrazioni. Cfr. CGUE, sentenza del 23 novembre 2006, Causa C-238/05, *Asnef-Equifax e Administración del Estado*, par. 63, nel quale la Corte dichiara *"le eventuali questioni relative alla natura riservata dei dati a carattere personale non rientrano, in quanto tali, nel diritto della concorrenza"* e quindi *"le stesse possono essere risolte sulla base delle disposizioni rilevanti in materia di tutela dei dati"*.

<sup>471</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, caso M.4731–*Google/DoubleClick*, cit., parr 45-46.

<sup>472</sup> V. *supra* Cap I § 3.1 e ss.

<sup>473</sup> Così, COMMISSIONE EUROPEA, caso M.4731–*Google/DoubleClick*, cit., par. 56.

spazio per inserzioni pubblicitarie collegate alle ricerche), con quote di mercato comprese tra il 25-35% e il 60-70%. DoubleClick invece forniva tecnologia di collocamento di inserzioni pubblicitarie.

L'esame svolto dalla Commissione si è basato sia sugli effetti orizzontali, che su quelli verticali dell'acquisizione. Dopo aver osservato i possibili scenari concorrenziali, i concorrenti presenti nel mercato e le potenziali condotte anticoncorrenziali, la Commissione ha escluso rischi discendenti dall'operazione. Il punto più significativo ai fini della nostra analisi è la valutazione sulla rilevanza dell'unione dei vasti *dataset* in possesso delle due società. Sul punto, la Commissione ha statuito che: “[...] *the combination of data about searches with data about users' web surfing behaviour is already available to a number of Google's competitors today. [...] Competitors may also purchase data or targeting services from third parties. [...] Data is also available from internet service providers, which can track all of the online behaviour of their users, following them to every website they visit*”<sup>474</sup>. Pertanto, a parere della Commissione, la società risultante non avrebbe ottenuto un potere tale da escludere i suoi concorrenti e da impedire la libera concorrenza sul mercato. Nello specifico, non vi erano indicazioni che l'impresa risultante sarebbe stata in grado di imporre ai suoi clienti variazioni delle condizioni contrattuali che permettessero in futuro l'utilizzo incrociato dei loro dati.

Nelle sue conclusioni, tuttavia, la Commissione ha chiarito come la decisione si riferisse solo alla compatibilità dell'operazione con il Reg. 139/2004 in materia di concentrazioni, fermo restando che: “[...] *the new entity is obliged in its day to day business to respect the fundamental rights recognised by all relevant instruments to its users, namely but not limited to privacy and data protection*”<sup>475</sup>. Pertanto, nonostante la Commissione abbia evidenziato i possibili rischi in termini di tutela dei dati personali derivanti dall'acquisizione, ha mantenuto ben distinta l'applicazione delle due discipline.

Tale linea interpretativa è stata mantenuta anche negli anni a seguire, in occasione della già più volte menzionata decisione sulla fusione tra *Facebook* e *Whatsapp*, anche essa

---

<sup>474</sup> *Ivi*, par. 365.

<sup>475</sup> *Ivi*, par. 368. Con riferimento all'acquisizione di DoubleClick da parte di Google, si evidenzia che ad analoghe conclusioni vi era giunta anche la FTC statunitense, approvando nel 2007 l'operazione. Cfr. FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC), *statement concerning Google/DoubleClick*, File No. 071-0170, p. 2: “*The sole purpose of federal antitrust review of mergers and acquisitions is to identify and remedy transactions that harm competition. Not only does the Commission lack legal authority to require conditions to this merger that do not relate to antitrust, regulating the privacy requirements of just one company could itself pose a serious detriment to competition in this vast and rapidly evolving industry*”.

autorizzata senza condizioni<sup>476</sup>. In particolare la Commissione, nel valutare il possibile impatto dell'operazione sul mercato dei servizi pubblicitari online, ha osservato che: “*Any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules*”<sup>477</sup>.

Dunque, anche in tale decisione, la Commissione ha evidenziato come una riduzione del livello di privacy, come conseguenza della concentrazione di *dataset* a seguito di una fusione, non rientri nel campo di applicazione del diritto antitrust, ma piuttosto in quello del diritto europeo alla protezione dei dati personali<sup>478</sup>.

Questa visione inizia a mutare nel 2016 con la decisione della Commissione sulla concentrazione *Microsoft/LinkedIn*, nella quale la stessa ha mostrato una sensibilità diversa rispetto alla questione in esame<sup>479</sup>.

L'operazione aveva ad oggetto l'acquisizione di LinkedIn, piattaforma che svolge attività di *social networking* professionale e di servizi *recruiting*, da parte della nota società statunitense Microsoft, attiva nella progettazione, nello sviluppo e nella rivendita tramite licenza di prodotti *software* e dispositivi *hardware* (tra cui i sistemi operativi Windows, servizi di *cloud, on line advertising* e apparecchi informatici).

L'indagine della Commissione si è focalizzata sui possibili effetti conglomerati dell'acquisizione nei mercati: (a) dei servizi di *social network* professionali; (b) delle soluzioni *software* per la gestione dei rapporti con i clienti e altre funzioni; (c) dei servizi di *online advertising*.

La parte più rilevante ai fini della nostra indagine sono le considerazioni della Commissione con riguardo al primo dei mercati menzionati. La preoccupazione era che l'operazione potesse portare ad un rafforzamento degli effetti di rete di cui LinkedIn già beneficiava, determinando di conseguenza l'insorgere di insuperabili effetti di *foreclosure* nel mercato dei servizi professionali di *social network*. Gli effetti menzionati potevano essere determinati sia dall'integrazione dei *dataset* di Microsoft e LinkedIn, sia dalla pre-installazione di LinkedIn congiuntamente ai sistemi operativi Windows<sup>480</sup>.

---

<sup>476</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, M.7217– *Facebook/Whatsapp*, *cit.*

<sup>477</sup> *Ivi*, par. 164.

<sup>478</sup> Cfr. G. PITRUZZELLA, *Big Data and Antitrust Enforcement*, *Rivista Italiana di Antitrust*, n.1/201/ p.81-82, disponibile al link:

[https://web.archive.org/web/20180410013046id\\_/http://iar.agcm.it/article/viewFile/12609/11413](https://web.archive.org/web/20180410013046id_/http://iar.agcm.it/article/viewFile/12609/11413).

<sup>479</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, decisione del 6 dicembre 2016, M.8124 – *Microsoft/LinkedIn*.

<sup>480</sup> *Ivi*, par. 338.

La Commissione ha osservato come tali effetti potevano condurre alla “[...] *marginalisation of an existing competitor which offers a greater degree of privacy protection to users than LinkedIn (or make the entry of any such competitor more difficult)*”<sup>481</sup>. Di conseguenza, la concentrazione “[...] *would also restrict consumer choice in relation to this important parameter of competition [...]*”<sup>482</sup>. In altre parole, la Commissione ha affermato che gli effetti di preclusione derivanti dall’operazione potevano, tra l’altro, riversarsi negativamente sui consumatori, in quanto comportavano la marginalizzazione di concorrenti che avrebbero potuto offrire un livello di privacy più elevato rispetto a quello di LinkedIn.

Dunque, nel caso in esame la Commissione concludeva che la privacy rappresentava un parametro rilevante della concorrenza tra *social network* professionali<sup>483</sup> e l’effetto negativo sulla stessa era diretta conseguenza dell’operazione di concentrazione. Pertanto, in assenza di impegni adeguati, l’acquisizione avrebbe potuto escludere concorrenti in grado di offrire una privacy maggiore<sup>484</sup>. Tuttavia, la Commissione non ha mancato di evidenziare, ancora una volta, che saranno le norme a tutela dei dati personali a proteggere gli utenti da una eventuale violazione della loro privacy, sottolineando così la recentissima entrata in vigore del GDPR, sebbene all’epoca non ancora applicabile<sup>485</sup>.

In aggiunta, merita di essere menzionata l’operazione di concentrazione tra *Google e Fitbit*, che ha offerto alla Commissione un’altra occasione per esprimersi circa il rapporto tra protezione dei dati e antitrust<sup>486</sup>. Il caso in esame aveva ad oggetto l’acquisizione da parte della nota multinazionale irlandese del controllo di Fitbit, attiva nello sviluppo e

---

<sup>481</sup> *Ivi*, par. 350. In tal senso, la Commissione menziona una serie di imprese che sembravano adottare una migliore *privacy policy* per i consumatori: “*By way of example, the results of the Commission's investigation revealed that, today, in Germany and Austria, Xing seems to offer a greater degree of privacy protection than LinkedIn*”.

<sup>482</sup> *Ivi*, par. 350

<sup>483</sup> *Ivi*, nota 330, nella quale la Commissione afferma: “*The results of the market investigation have indeed revealed that privacy is an important parameter of competition*”.

<sup>484</sup> Sul punto si evidenzia che Microsoft ha presentato una serie di impegni per cui la Commissione ha autorizzato l’operazione, ritenendola così compatibile con il mercato interno UE, a condizione del pieno rispetto degli obblighi stabiliti. Nello specifico la nota multinazionale assicurava di non imporre ai produttori di *hardware* l’installazione congiunta del sistema Windows e di LinkedIn e, in ogni caso, di permetterne la rimozione nell’eventualità in cui tali produttori avessero comunque optato per l’installazione simultanea. Microsoft si è inoltre impegnata a mantenere gli stessi livelli di interoperabilità tra i suoi *software* e i *social network* concorrenti di LinkedIn. Per un approfondimento sugli impegni definitivi si veda l’Allegato 1, CASE M.8124 – *Microsoft / LinkedIn, Commitments to the European Commission*.

<sup>485</sup> *Ivi*, par. 177. Si veda anche il par. 178 in cui la Commissione osserva che il GDPR “*may further limit Microsoft's ability to have access to, and process, its users' personal data in the future since the new rules will strengthen the existing rights and empower individuals with more control over their personal data.*”

<sup>486</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, decisione del 17 dicembre 2020, M.9660–*Google/Fitbit*.

distribuzione di dispositivi indossabili (quali, ad esempio, *smartwatch* e *fitness tracker*) relativi al settore della salute e del benessere.

La Commissione europea, nella sua approfondita indagine, ha analizzato i possibili risvolti anticoncorrenziali dell'operazione, collaborando con altre autorità, in particolare con il Consiglio Europeo per la protezione dei dati (EDPB).

L'esame della Commissione si è focalizzato principalmente sulla rilevanza dell'unione dei due *dataset* delle società e sull'interoperabilità dei dispositivi indossabili con il sistema operativo Android di Google per smartphone.

La prima criticità riscontrata concerneva un probabile impatto negativo dell'operazione nei mercati della pubblicità online. L'acquisizione da parte di Google di Fitbit (e quindi dei suoi dati e delle sue capacità di elaborarli) rafforzerebbe la possibilità di innalzare barriere all'ingresso o all'espansione dei concorrenti. Ciò perché, grazie all'unione dei due *dataset*, Google sarebbe in grado di marginalizzare ulteriormente i suoi già limitati concorrenti nel canale del *search advertising*. Il risultato potrebbe dunque essere una ulteriore soppressione della concorrenza in termini di scelta per gli inserzionisti, consentendo a Google di aumentare i prezzi o ridurre la qualità (in particolare in termini di innovazione)<sup>487</sup>. In aggiunta, la Commissione osservava che, nonostante Fitbit rappresentasse solo una delle tante piattaforme che raccolgono dati su salute e benessere, nessuno dei concorrenti di Google nel mercato della pubblicità online aveva accesso ad un database equivalente a quello di Fitbit e allo stesso tempo era improbabile che tali concorrenti avrebbero acquisito “[...] *such assets without incurring into significant costs and in timely manner. In fact, no competitors of Fitbit seems to make its data available for advertising purposes*”<sup>488</sup>.

La seconda questione, connessa alla precedente, riguardava proprio la protezione dei dati personali, ovvero che, con l'acquisizione e la successiva unione dei *dataset* delle due società, Google avrebbe potuto avvantaggiarsi di tutti i dati sensibili degli utilizzatori di Fitbit per realizzare pubblicità mirata. L'operazione avrebbe, di conseguenza, reso ancora più difficile per gli utenti individuare gli scopi per i quali i loro dati sanitari sarebbero stati utilizzati. Su tal punto, riveste un ruolo centrale la dichiarazione dell'EDPB sui possibili effetti della concentrazione sulla privacy e la protezione dei dati degli utenti. Il Consiglio osserva che: “[...] *there are concerns that the possible further combination and accumulation of sensitive personal data regarding people in Europe by a major tech*

---

<sup>487</sup> *Ivi*, par. 454.

<sup>488</sup> *Ivi*, par. 457.

*company could entail a high level of risk to the fundamental rights to privacy and to the protection of personal data*”<sup>489</sup>.

Per dirimere tali questioni, Google ha presentato una serie di impegni, che sono stati ritenuti idonei dalla Commissione a risolvere tutti i problemi concorrenziali riscontrati. Tra questi, vengono in rilievo: (a) l’obbligo di mantenere tecnicamente separati i due database; (b) l’obbligo di non sfruttare i dati raccolti dai dispositivi indossabili per le pubblicità mirate; (c) quello di garantire la possibilità agli utenti di concedere o negare l’uso dei propri dati sulla salute e sul benessere, memorizzati nell’ Account di Google o di Fitbit, da parte di altri servizi della multinazionale (come *Google Search, Google Maps, Google Assistant e YouTube*)<sup>490</sup>.

In riferimento alle preoccupazioni sulla privacy, la Commissione non ha riscontrato alcuna prova sulla reale importanza della privacy come parametro di concorrenza nel settore dei dispositivi indossabili<sup>491</sup>. In aggiunta, ha sottolineato che le parti sono tenute ad implementare misure tecniche e organizzative adeguate a garantire il pieno rispetto delle previsioni del GDPR<sup>492</sup>, il quale “[...]is designed to enhance transparency over data processing, accountability by data controllers and, ultimately, users’ control over their data”<sup>493</sup>. Infine, la Commissione ha rafforzato le due considerazioni precedenti sottolineando come non ci fosse alcun effetto concorrenziale orizzontale nel mercato dei dispositivi indossabili, “[...](where competition on privacy between Fitbit and Google would be hypothetically eliminated) given that Google is not yet active in the wearable market” e “any non-horizontal concerns in relation to a possible foreclosure of Fitbit’s wearable competitors are either dismissed or addressed by the commitments”<sup>494</sup>.

La Commissione sembra mantenere un approccio “separatista” tra tutela dei dati personali e della concorrenza, ciò è confermato anche dalla sua recente approvazione, senza condizioni, di una *joint venture* tra Deutsche Telekom, Orange, Telefónica e Vodafone<sup>495</sup>.

---

<sup>489</sup> Cfr. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Statement on Privacy Implications of Mergers*, del 19 Febbraio 2020. Disponibile al link: [https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb\\_statement\\_2020\\_privacyimplicationsof\\_mergers\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_statement_2020_privacyimplicationsof_mergers_en.pdf).

<sup>490</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Press release: Commission clears acquisition of Fitbit by Google subject to conditions*, 17 December 2020, disponibile al link: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2484](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2484).

<sup>491</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, M.9660– *Google/Fitbit.*, par. 452, alla nota 300.

<sup>492</sup> *Ivi*, par. 410.

<sup>493</sup> *Ivi*, par. 452 alla nota 299.

<sup>494</sup> *Ivi*, par. 452 alla nota 300

<sup>495</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, decisione del 10 febbraio 2023, M.10815 - *Deutsche Telekom / Orange / Telefonica / Vodafone /Jv*.

Quest'ultima offrirà una piattaforma digitale comune, per sostenere le attività di marketing e pubblicità online di marchi ed editori di Francia, Germania, Italia, Spagna e Regno Unito. Previo consenso dell'utente (ovvero solo sulla base del meccanismo *opt-in*), la *joint venture* genererà un codice digitale univoco derivato dall'abbonamento di rete mobile o fissa dell'utente. Tale codice permetterà a marchi ed editori di riconoscere gli utenti sui loro siti Web o applicazioni, di raggrupparli in diverse categorie e di personalizzare i loro contenuti a gruppi di utenti specifici<sup>496</sup>. La Commissione ha concluso affermando che le norme in materia di protezione dei dati sono pienamente applicabili, indipendentemente dalla autorizzazione alla fusione.

Alla luce della casistica europea sopra analizzata, emerge che la Commissione, pur progressivamente riconoscendo il ruolo della privacy come parametro rilevante nella concorrenza fra piattaforme online, finora non ha bloccato alcuna operazione approvando, quasi sempre incondizionatamente, le concentrazioni che sollevano criticità dal punto di vista della privacy<sup>497</sup>. Sembrerebbe, dunque, trovare conferma l'idea che tali due aree del diritto assolvano funzioni e tutelino interessi diversi e di conseguenza, non siano sinergiche tra di loro.

### **3. La decisione del *Bundeskartellamt* sul caso Facebook e il dibattito tra le corti tedesche**

Completamente opposto rispetto all'approccio separatistico mantenuto dalla Commissione Europea, risulta essere quello del *Bundeskartellamt* tedesco (BKartA) nel suo provvedimento adottato nel febbraio 2019 nei confronti di Facebook<sup>498</sup>. L'autorità della concorrenza tedesca, dopo un'indagine durata circa tre anni, ha concluso che Facebook, violando le norme europee a tutela dei dati personali, ha abusato della propria posizione dominante sul mercato dei *social network*, ai sensi della *Section 19 (1)* del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (di seguito anche solo *GWB* o legge federale

---

<sup>496</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Press release: Commission clears creation of a joint venture by Deutsche Telekom, Orange, Telefónica and Vodafone*, 10 February 2023. Disponibile al link: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_23\\_721](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_721).

<sup>497</sup> Sul punto si veda G. COLANGELO, *The Privacy-Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition*, *op.cit.*, p. 20 che sostiene: “Given this broad consensus regarding synergies between data-protection and competition law in digital markets, it is somewhat surprising how reluctant the European Commission has been to implement this integrated approach in the context of merger analysis”. Nello stesso senso si veda I. GRAEF, D. CLIFFORD e P. VALCKE, *Fairness and Enforcement: Bridging Competition, Data Protection and Consumer Law*, *International Data Privacy Law* 2018, vol. 8 no. 3, pp. 219-220.

<sup>498</sup> Cfr. BUNDESKARTELLAMT, decisione del 6 febbraio 2019, caso B6-22/16.



tedesca sulla concorrenza)<sup>499</sup>. Si tratta del primo (e fino ad ora unico) caso in cui la violazione di disposizione del GDPR è stata considerata una base giuridica adeguata per un intervento antitrust. La decisione in esame rappresenta dunque l'esempio principale della tendenza emersa negli ultimi anni di considerare privacy e antitrust come sinergiche e che il diritto della concorrenza dovrebbe essere guidato dai principi in materia di protezione dei dati.

Il ragionamento giuridico impiegato dall'Autorità tedesca ai fini della decisione è complesso e articolato, presentando alle volte delle argomentazioni un po' forzate<sup>500</sup>. È il caso quindi di ricostruire l'impianto argomentativo, mettendone in luce i passaggi più significativi.

Dopo aver svolto alcune considerazioni sulla struttura di Facebook (con le connesse *WhatsApp*, *Oculus*, *Masquerade* e *Instagram*) e sul funzionamento della piattaforma, l'attenzione dell'Autorità tedesca si è focalizzata sui “*Terms and Conditions*” che gli utenti devono accettare per usufruire dei servizi offerti da Facebook, in base a quanto stabilito dalla *data policy* e dalla *cookie policy* dello stesso. Attraverso tale consenso, gli

---

<sup>499</sup> La *Section 19 (1) GWB* vieta, in termini generali, l'abuso di posizione dominante, ricalcando quanto disposto dall'art. 102 lett a) del TFUE (anche se le due disposizioni presentano delle differenze). Tra le pratiche elencate nel secondo paragrafo della disposizione del GWB figurano sia abusi di esclusione nei confronti dei concorrenti, sia abusi di sfruttamento nei confronti dei partner commerciali. Nei secondi viene annoverato anche il c.d. *Konditionenmissbrauch*, innescato dall'impiego di condizioni negoziali (*Geschäftsbedingungen*). Proprio sull'interpretazione di quest'ultima disposizione si incentra l'attenzione nel procedimento Facebook. Cfr. R. PARDOLESI, R. V. D BERGH, F. WEBER, *Facebook e i peccati da Konditionenmissbrauch*, Mercato Concorrenza Regole, Fascicolo 3, dicembre 2020, p. 513, nota 21. In aggiunta, nel quadro del diritto antitrust tedesco è interessante notare la recente modifica (del 18 gennaio 2021) della *Section 19 lett. a)* del GWB, ai fini dell'implementazione della direttiva 2019/1 (che conferisce alle Autorità nazionali della concorrenza poteri più penetranti nell'applicazione della normativa antitrust) ed in linea con gli orientamenti di *policy* segnati del Digital Service Act e dal Digital Market Act. In particolare, la modifica assoggetta al controllo del *Bundeskartellamt* un nuovo *genus* di imprese, ovvero quelle che rivestono un'importanza fondamentale per la concorrenza fra i mercati (“*paramount cross-market significance*”) e sono attive sui mercati multilaterali. Queste sono individuate tramite un elenco non esaustivo di criteri non cumulativi che includono, tra gli altri, una posizione predominante in uno o più mercati, l'accesso ai dati, il potere finanziario e l'integrazione verticale. Ciò consente al *Bundeskartellamt* di condurre un'analisi cross-market e di prevenire forme di espansione abusiva nei mercati non dominati. Per un'analisi della modifica si vedano R. A. JACCHIA e M. STILLO, *Antitrust e Big Tech. La Germania vara la decima modifica del GWB confermandosi all'avanguardia nel governo dell'economia digitale*, IT&TMT, Società Prospettive, febbraio 2021, disponibile al link: [https://www.dejalex.com/wp-content/uploads/2021/02/Articolo\\_Antitrust-e-Big-Tech.-La-Germania-vara-la-decima-modifica-del-GWB-confermandosi-all%E2%80%99avanguardia-nel-governo-delleconomia-digitale.pdf](https://www.dejalex.com/wp-content/uploads/2021/02/Articolo_Antitrust-e-Big-Tech.-La-Germania-vara-la-decima-modifica-del-GWB-confermandosi-all%E2%80%99avanguardia-nel-governo-delleconomia-digitale.pdf).

<sup>500</sup> Cfr. S. PELLETRI, *La tutela dell'utente ai tempi di Facebook: i diversi approcci delle autorità antitrust tra diritto della concorrenza e protezione dei dati del consumatore*, op.cit. p.69. Sul punto si vedano anche R. PARDOLESI, R. V. D BERGH, F. WEBER, op. cit., p. 515, che, con riguardo all'impianto argomentativo del Bkarta, parlano di “*senso di vertigine*”.

utenti autorizzano il *social network* a collezionare i loro dati personali o relativi ai loro dispositivi<sup>501</sup> anche al di fuori della piattaforma stessa, in virtù dei cd. “*business tools*”<sup>502</sup>, integrati con siti web o *app* di terze parti dotati di API (“*application Programming Interface*”). In tal modo Facebook è in grado di raccogliere ed elaborare ingenti quantità di dati provenienti non solo dalla piattaforma stessa e da altri servizi appartenenti al gruppo (i cc.dd. dati “*on Facebook*”), ma anche da siti terzi non direttamente riconducibili al *social network* (i cc.dd. dati “*off Facebook*”), giungendo perfino ad ottenere informazioni su utenti non iscritti allo stesso<sup>503</sup>. Si innesca così un meccanismo mediante il quale, quando gli utenti navigano su siti di terze parti, apparentemente non affiliati a Facebook, i loro dati potrebbero comunque essere inviati ed elaborati dal *social network*; allo stesso tempo, gli stessi siti possono ricevere informazioni sugli utenti di Facebook, quando questi utilizzano il *social media*.

Su queste basi, l’Autorità tedesca ha innanzitutto osservato che tali condizioni generali di contratto non risultano sufficientemente chiare e di conseguenza, non permettono agli utenti di comprendere le modalità di raccolta dei loro dati anche da parte di siti terzi, facendogli perdere così il controllo su di essi<sup>504</sup>.

In secondo luogo, il BKartA ha messo in discussione la validità del consenso fornito dagli utenti attraverso l’accettazione dei “*Terms and Conditions*”. Quest’ultimo non sarebbe presentato liberamente e volontariamente<sup>505</sup>, ma sembrerebbe essere il risultato di una “*forzatura*”<sup>506</sup> esercitata dalla piattaforma che costringe gli utenti a fare una scelta del tipo “*take it or leave it*”, ovvero decidere se autorizzare questa combinazione di dati provenienti sia da siti associati a Facebook sia da siti di terze parti, oppure rinunciare completamente all’uso del *social network*. Dunque, le previsioni contrattuali che rendono possibile la suddetta raccolta di dati cd. *off Facebook* sono state viste dall’Autorità antitrust tedesca come una violazione della legge sulla privacy, in particolare dell’art. 6 del Regolamento generale sulla protezione dei dati (GDPR). Ciò in quanto il consenso

---

<sup>501</sup> Come, ad esempio, siti visitati, prodotti acquistati, preferenze espresse, posizione geografica.

<sup>502</sup> “*Tra questi social plugins come i tasti “Mi piace” o “Condividi” e altri servizi come Facebook Analytics, implementati attraverso Facebook Pixel o il software development kits (SDKS)*”. Così, S. PELLETRI, *op.cit.*, nota 64.

<sup>503</sup> Cfr. BUNDESKARTELLAMT, caso B6-22/16, *cit.* par. 99-108.

<sup>504</sup> *Ivi*, par. 778-780 e 792.

<sup>505</sup> *Ivi*, par 645, nel quale il Bundeskartellamt ha sottolineato che il consenso, ai sensi dei Considerando 42 e 43 del GDPR, non è dato liberamente quando i consumatori non hanno alternative o quando ci sono evidenti squilibri di potere.

<sup>506</sup> Utilizza tale termine S. PELLETRI, *La tutela dell’utente ai tempi di Facebook: i diversi approcci delle autorità antitrust tra diritto della concorrenza e protezione dei dati del consumatore*, *op.cit.* p.70.

prestato dagli utenti di Facebook non può dirsi libero e non può quindi giustificare il trattamento dei dati personali con le modalità descritte<sup>507</sup>; né tantomeno possono dirsi rispettate le altre condizioni previste dall'art. 6 par. 1 del GDPR, ovvero la necessità per l'esecuzione del contratto (*lett. b*) e la necessità del perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento (*lett. f*)<sup>508</sup>.

L'impianto argomentativo del BKartA passa poi ad uno step successivo: la violazione delle norme a tutela dei dati personali è espressione della posizione dominante di Facebook nel mercato del *social network* e si traduce in un abuso di sfruttamento, ai sensi della *Section 19(1)* del GWB, consistente nell'imposizione di condizioni contrattuali inique. Soffermiamoci quindi sulla parte giuridica del suo accertamento al fine di comprendere tale ragionamento.

L'Autorità tedesca ha stabilito che il mercato rilevante di riferimento è quello nazionale dei *social network* privati<sup>509</sup>, escludendo in tal modo tutta una serie di piattaforme che offrono servizi specifici (quali, *YouTube, Twitter, Pinterest*, nonché network rivolti ai professionisti come *Linkedin o Xing*), che Facebook aveva invece indicato come suoi potenziali concorrenti. Il BKartA ha altresì rilevato che Facebook deteneva una posizione dominante in tale mercato, ai sensi della *Section 18 (1), (3) e (3a)* del GWB<sup>510</sup>. Tra i parametri presi in considerazione per giungere a questa conclusione vengono in rilievo: (a) una quota nel mercato di riferimento pari almeno al 90% di utenti attivi quotidianamente; (b) i benefici derivati dagli effetti di rete, che favoriscono una concentrazione del potere di mercato; (c) la propensione degli utenti tedeschi a non registrarsi su più *social network* contemporaneamente, insieme ai considerevoli *switching cost* identificati; (d) la mancanza di una pressione da parte dei concorrenti a continuare ad innovarsi per perfezionare i servizi offerti.

---

<sup>507</sup> Specifichiamo in realtà che l'art. 6 par 1 lett. a) parla di semplice consenso. È l'art. 4 n.11 che precisa che per "consenso dell'interessato" si intende: "qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell'interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento".

<sup>508</sup> Cfr. BUNDESKARTELLAMT, Caso B6-22/16, *cit.*, par. 630.

<sup>509</sup> Sul punto il BUNDESKARTELLAMT, caso B6-22/16, *cit.*, par. 238, specifica che la gratuità del servizio di *social networking* non preclude l'esistenza di un mercato (par. 18 (2) GWB).

<sup>510</sup> Il concetto di posizione dominante è stato identificato facendo riferimento sia alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (in particolare al celebre caso 27/26, *United Brands*), sia alle proprie linee guida in materia di concentrazione, secondo le quali un'impresa è considerata in posizione dominante quando ha il potere di prendere decisioni strategiche e commerciali senza essere vincolata dalle eventuali reazioni delle imprese concorrenti e dei consumatori (si veda Bundeskartellamt, *Guidance on Substantive Merger Control*, Marzo 2012, p. 2). Cfr. BUNDESKARTELLAMT caso B6-22/16, *cit.*, par 376-379.

A parere del *Bundeskartellamt*, Facebook può imporre condizioni contrattuali così inique proprio in virtù della sua posizione dominante, in quanto gli utenti non hanno un *social network* veramente alternativo. Dunque, “[...]it cannot be assumed that user have a free choice within the meaning of data protection law”<sup>511</sup>.

Come già anticipato, la base giuridica su cui si fonda l’impianto argomentativo del BKartA è la clausola generale contenuta nella sezione 19 (1) GWB, e non la previsione specifica in tema di termini contrattuali iniqui (il c.d. *Konditionenmissbrauch*) cui alla sezione 19 (2) n. 2 del GWB<sup>512</sup>. La scelta risulta in linea con alcune precedenti decisioni della Corte di Giustizia federale tedesca<sup>513</sup>, che consente di applicare tale clausola generale ove una parte abbia una forza contrattuale talmente grande da poter dettare i termini e le condizioni del rapporto e afferma che per verificare l’illiceità dei termini bisogna bilanciare tutti gli interessi in gioco, compresi i diritti costituzionalmente garantiti. In questo modo l’ambito di applicazione del diritto della concorrenza tedesco si estende fino a ricomprendere anche la protezione dei consumatori. Sul punto il BKartA ha sottolineato che “[...]to safeguard constitutionally protected rights, Section 19 GWB must be applied in cases where one contractual party is so powerful that it would be practically able to dictate contractual terms, thus eliminating the other party’s contractual autonomy”<sup>514</sup>.

In questa ottica, la sezione 19 (1) GWB richiede un semplice nesso di causalità normativa, senz’altro meno stringente rispetto ai requisiti previsti dall’art. 102 TFUE<sup>515</sup>. Tale nesso di causalità normativa è soddisfatto proprio dalla violazione delle disposizioni del GDPR da parte di Facebook che, in base all’esame dell’Autorità tedesca, si trova in una posizione dominante sul mercato<sup>516</sup>.

---

<sup>511</sup> Così, BUNDESKARTELLAMT, caso B6-22/16, *cit.*, par. 646.

<sup>512</sup> *Ivi*, par. 523.

<sup>513</sup> Cfr. FEDERAL COURT OF JUSTICE, judgment of 6 November 2013, file KZR 58/11, “*VBL Gegenwert I*”, par. 65; judgement of 24 January 2017, ref. KZR 47/14, “*VBL Gegenwert II*”, par. 35; judgment of 7 June 2016, file KZR 6/15, “*Pechstein/International Skating Union*”, par. 48. Cfr. BUNDESKARTELLAMT, caso B6-22/16, *cit.*, nota 496.

<sup>514</sup> Così, BUNDESKARTELLAMT, caso B6-22/16, *cit.*, par. 527.

<sup>515</sup> Cfr. G. COLANGELO e M. MAGGIOLINO, *Antitrust Über Alles. Whither Competition Law After Facebook?*, *op.cit.*, p. 4.

<sup>516</sup> Sul punto si vedano R. PARDOLESI, R. V. D BERGH, F. WEBER, *Facebook e i peccati da Konditionenmissbrauch*, *op.cit.*, p. 524-525 che spiegano: “Secondo il criterio della causalità normativa, è sufficiente dimostrare che le conseguenze della pratica sono anticoncorrenziali, poiché le clausole contrattuali che la attuano sono state utilizzate da un’impresa egemone. A causa della posizione dominante, le conseguenze sono più gravi che su mercati competitivi: termini contrattuali che non sarebbero oggetto di obiezione, se utilizzati da imprese in concorrenza, diventano problematici perché fatti propri da chi controlla il mercato”.

La decisione si incentra quindi sull'abuso di sfruttamento dei confronti degli utenti e solo in seconda battuta denuncia l'esclusione dei concorrenti. Quest'ultimi vedranno accrescere ulteriormente la posizione dominante già consolidata di Facebook tramite la raccolta illecita dei consensi al trattamento dei dati degli utenti, con conseguente aumento delle barriere all'ingresso non solo nel mercato del *social network*, ma anche nei mercati connessi della pubblicità online<sup>517</sup>.

Ricapitolando, il ragionamento del BKartA può essere così sintetizzato: Facebook, impresa in posizione dominante sul mercato tedesco dei *social network*, predispone unilateralmente condizioni generali di contratto che le consentono di collezionare ed elaborare un'ingente quantità di dati proveniente sia dai propri servizi che da quelli di terze parti. Il consenso presentato dall'utente in punto di accettazione dei "*Terms and Conditions*" non può certamente considerarsi libero e di conseguenza, non è conforme a quanto stabilito dall'art. 6 del GDPR. La violazione è resa possibile dalla posizione dominante di cui gode Facebook nel mercato nazionale dei *social network* e si traduce in un abuso di sfruttamento ai sensi della *Section 19 (1)* del GWB, che può essere dimostrato con un semplice nesso di causalità normativa.

Nonostante la preoccupazione principale nel caso Facebook fosse una questione concernente la concorrenza (ovvero le strategie di accumulo dati attuate dal *social network*)<sup>518</sup>, il *Bundeskartellamt* ha elaborato una teoria del danno basata principalmente sulla protezione del diritto costituzionale all'autodeterminazione informativa degli utenti<sup>519</sup>. In altre parole, l'autorità tedesca ha invocato l'applicazione della legge sulla protezione dei dati personali, che conferisce agli individui il potere di decidere liberamente e senza coercizione il trattamento dei propri dati personali. Dunque, "[...] una violazione delle leggi sulla protezione dei dati è stata così equiparata a una violazione del divieto di abuso, laddove l'impresa che ne reca la responsabilità goda di una posizione dominante"<sup>520</sup>.

---

<sup>517</sup> Cfr. G. OLVIERI, *Sulle "relazioni pericolose" tra antitrust e privacy nei mercati digitali*, *op.cit.* p. 363-364

<sup>518</sup> Cfr. A. MUNDT, Press release, *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources*, p. 2, afferma che: "[...] the combination of data sources substantially contributed to the fact that Facebook was able to build a unique database for each individual user and thus to gain market power". Disponibile al link: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html;jsessionid=8A581062B36687451A3D1E7A5C256390.2\\_cid378?nn=3600108](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html;jsessionid=8A581062B36687451A3D1E7A5C256390.2_cid378?nn=3600108).

<sup>519</sup> Cfr. G. COLANGELO, *The Privacy-Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition*, *op.cit.*, p. 12.

<sup>520</sup> Così, R. PARDOLESI, R. V. D BERGH, F. WEBER, *Facebook e i peccati da Konditionenmissbrauch*, *op.cit.*, p. 535.

Alla luce di tali considerazioni, il BKartA ha imposto a Facebook una serie di rimedi inibitori, limitandone la possibilità di raccolta ed elaborazione ai soli dati cd. *on-Facebook*. L'abbinamento con i dati provenienti da siti di terze parti (quelli cc.dd. *off-Facebook*) potrà essere effettuato esclusivamente previo consenso esplicito dell'utente.

L'approccio adottato dal *Bundeskartellamt* è stato da più parti criticato, specie per l'uguaglianza che pone tra posizione dominante e mancanza di libertà nella presentazione del consenso ai fini privacy, scatenando un acceso dibattito non solo in dottrina, ma anche tra i tribunali tedeschi.

Avverso la decisione in esame, Facebook ha presentato ricorso dinnanzi alla Corte regionale superiore di Düsseldorf (*Oberlandesgericht* o OLG)<sup>521</sup>. La Corte si è dimostrata molto critica sull'indagine compiuta dal *Bundeskartellamt* e, con decisione interinale del 26 agosto 2019, ha disposto la sospensione degli effetti cautelari del provvedimento<sup>522</sup>. Nello specifico, l'OLG ha espresso seri dubbi sul fondamento legale della decisione del *Bundeskartellamt* e ha sottolineato che “[...] *marly discussing a data protection issue, and not a competition problem*”<sup>523</sup>.

Il *Bundeskartellamt* ha a sua volta, sempre a livello di procedimento cautelare urgente, impugnato la decisione dell'OLG dinnanzi alla Corte Suprema federale tedesca (*Bundesgerichtshof* o BGH). La Corte, nella sua corposa sentenza del 23 giugno 2020 n.80, ha preso posizione sui profili antitrust toccati dal BKartA, spingendosi dunque ben oltre il mero pronunciamento della sospensiva<sup>524</sup>.

I giudici di Karlsruhe, confermando la decisione del BKartA, sostengono che né si può dubitare che Facebook abbia una posizione dominante nel mercato tedesco dei *social network*<sup>525</sup>, né tantomeno che essa abbia abusato della sua posizione, vincolando gli utenti ad acconsentire ad una raccolta di dati estesa anche ai siti di terze parti, senza che essi abbiano espresso un valido consenso.

---

<sup>521</sup> Cfr. OLG DÜSSELDORF, 26 August 2019, Case VI-Kart 1/19 (V).

<sup>522</sup> Per un'analisi approfondita della decisione in esame si vedano C. OSTI e R. PARDOLESI, *L'antitrust ai tempi di Facebook*, Mercato Concorrenza Regole Fascicolo 2/2019, p. 195.

<sup>523</sup> Così, OLG DÜSSELDORF, *Case VI-Kart 1/19 (V)*, *cit.*, p. 10.

<sup>524</sup> Cfr. BUNDESGERICHTSHOF (BGH), 23 June 2020, *Case KVR 69/19*.

<sup>525</sup> Ivi, par. 14: “[...] *there are no grounds to reject the Bundeskartellamt's assumption that Facebook holds a dominant position on the relevant national market for private social networks*”. Inoltre, ai par. 31-32, il BHG specifica che la scelta di guardare al solo versante dei *social network* (isolando quello del digital advertising) è giustificata dal fatto che: “*In the case of multi-sided markets, defining the market as a uniform market is therefore only justified if there is a uniform demand on all sides of the market*”, laddove invece nel caso di specie “*it is obvious that the demand Facebook caters to on the side of advertisers is different than the demand on the side of private users. On the advertisers' side, Facebook meets their demand to gain the network users' attention with (personalised) ads and thus raise their sales of products or services*”.

Tuttavia, il ragionamento giuridico del BHG in parte si discosta da quello del *Bundeskartellamt*, riportandolo sui binari argomentativi più tradizionali del diritto antitrust<sup>526</sup>. Nello specifico, non condivide l'importanza attribuita dal provvedimento del *Bundeskartellamt* alla non conformità dei comportamenti di Facebook alle norme GDPR e alla rilevanza di tali analisi ai fini della decisione. A parere del BHG, il punto centrale della questione è piuttosto la limitazione della possibilità di scelta degli utenti, ovvero la scelta di non offrire loro modalità differenziate e maggiormente personalizzate all'atto di impiego dei servizi di Facebook<sup>527</sup>. Dunque, per dimostrare la natura abusiva della condotta è sufficiente rilevare che, in un mercato davvero competitivo, la piattaforma avrebbe dovuto offrire agli utenti più soluzioni alternative al trattamento dei dati personali<sup>528</sup>.

La Corte Suprema ricorda che un'impresa in posizione dominante è gravata da una speciale responsabilità che le impone di adottare scelte volte a preservare la concorrenza nel mercato. In questa ottica, la mancanza di opzioni nell'accettare l'utilizzo dei dati personali da parte degli utenti assume rilevanza non solo sotto il profilo della privacy, ma anche, soprattutto, dal punto di vista della concorrenza, in quanto impedisce agli utenti di optare per altri operatori che richiedono una minor "disclosure" dei dati personali<sup>529</sup>. In altre parole, viene confermato l'abuso di sfruttamento posto in essere da Facebook attraverso l'impiego di condizioni generali di contratto inique per via delle asimmetrie contrattuali che generano, elidendo la libertà di scelta dell'utente e costringendolo ad accettare una raccolta eccessiva di dati.

La Corte Suprema inoltre conferma gli effetti escludenti della condotta nei confronti dei concorrenti, attuali e potenziali, posto che la *privacy policy* di Facebook consente di accrescere illegittimamente il suo già vasto *dataset*, aumentando il *lock-in* degli utenti e rafforzando la sua posizione di egemonia non solo nel mercato dei *social network* ma

---

<sup>526</sup> Cfr. R. PARDOLESI, R. V. D BERGH, F. WEBER, *Facebook e i peccati da Konditionenmissbrauch*, op.cit., p.527.

<sup>527</sup> Cfr. BGH, *Case KVR 69/19*, par. 103.

<sup>528</sup> Cfr. BUNDESGERICHTSHOF (BHG), Press Release, *Federal Court of Justice provisionally confirms allegation of Facebook abusing dominant position*, del 23 Giugno 2020, No 080/2020, p. 3, "[...] according to the *Bundeskartellamt's* findings, a considerable number of private Facebook users wish to disclose less personal data. If competition on the market for social networks were effective, this option could be expected to be available". Disponibile al link: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23\\_06\\_2020\\_BGH\\_Facebook.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23_06_2020_BGH_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v). Sul punto si veda anche A. GIANNACCARI, *Facebook, tra privacy e antitrust: una storia (non solamente) americana*, Mercato Concorrenza Regole, n. 2/2019, p. 407.

<sup>529</sup> Cfr. G. OLVIERI, *Sulle "relazioni pericolose" tra antitrust e privacy nei mercati digitali*, op.cit. p. 364.

anche in quello correlato *nell'online advertising*, che a sua volta è strettamente dipendente dalla qualità e quantità dei dati disponibili.

In sintesi, conclude il BHG che vi sono argomenti sufficienti per qualificare la condotta di Facebook sia come un abuso di sfruttamento che di esclusione, in virtù della stretta interazione fra le due dimensioni dell'illecito antitrust, senza dover obbligatoriamente valutare una violazione delle norme del GDPR.

Sulla base di queste argomentazioni, il *Bundesgerichtshof* ha così ribaltato e annullato la decisione dell'OLG, che sospendeva in via cautelare gli effetti del provvedimento del Bkarta. Il giudizio sul merito è quindi tornato alla Corte regionale superiore di Düsseldorf. Quest'ultima, a seguito di questo scontro tra le diverse corti tedesche, ha deciso di sospendere il procedimento per sottoporre al Corte di giustizia dell'Unione Europea (CGUE) alcune questioni pregiudiziali<sup>530</sup>. La saga tedesca del Caso Facebook è quindi giunta alla CGUE che si è pronunciata con sentenza il 4 luglio 2023 (di seguito anche solo “sentenza Meta”) <sup>531</sup>.

Infine, è interessante notare i diversi approcci adottati da altre autorità della concorrenza in relazione alle medesime condotte di Facebook. Nello specifico, la nostra AGCM, con provvedimento del 29 ottobre 2018 n. 27432, ha sanzionato il *social network* per pratiche commerciali scorrette, applicando il diritto dei consumatori<sup>532</sup>. Invece in Belgio, il Tribunale di prima istanza di Bruxelles ha riscontrato una violazione delle norme sulla privacy<sup>533</sup>.

#### **4. Il diverso approccio dell'AGCM e il caso A542: Google nel mercato del *display advertising***

Un approccio diverso e per certi versi più flessibile rispetto a quello adottato dal *Bundeskartellamt*, sembra essere quello finora adottato dall'AGCM rispetto alla questione in esame. Tale approccio si caratterizza per l'impiego di un sistema di *enforcement* che si sviluppa su un “doppio binario”<sup>534</sup>: da un lato sanzionando le modalità illecite con cui le grandi piattaforme raccolgono il consenso degli utenti al trattamento

---

<sup>530</sup> Cfr. OLG DÜSSELDORF, 24 March 2021, *Case Kart 2/19 (V)*.

<sup>531</sup> Cfr. CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA (CGUE), Causa C-252/21, *Meta v. Bundeskartellamt*, *cit.* Per un'analisi approfondita della sentenza della CGUE sul caso Meta v. *infra* § 8.

<sup>532</sup> Cfr. AGCM, provvedimento del 29 novembre 2018, n. 27432, Caso PS11112 *Facebook-Condivisione dati con terzi*, in *Boll.* 46/2018. Per un'analisi del provvedimento v. *infra* § 4.

<sup>533</sup> Cfr. *Nederlandstalige Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel*, 16 February 2018.

<sup>534</sup> V. *supra* nota 465.



dei loro dati personali come pratiche commerciali scorrette, alla luce della disciplina in materia di tutela del consumatore; dall'altro tramite l'impiego della fattispecie di abuso di posizione dominante, di cui all'art. 102 TFUE (o art. 3 della L. 287/1990), prescindendo da un giudizio circa la conformità di tale pratiche alla normativa sulla privacy, che esula dalle competenze dell'AGCM.

Nel primo binario si inserisce innanzitutto la decisione dell'11 maggio 2017 dell'AGCM nei confronti di Whatsapp<sup>535</sup>. L'Autorità ha qualificato come pratica commerciale aggressiva, ai sensi dell'art.19 e ss. del Codice del consumo, la condotta di Whatsapp consistente nell'aver indotto gli utenti ad accettare integralmente le modifiche apportate ai termini di utilizzo del servizio. In particolare, veniva preimpostata l'opzione di condividere con Facebook alcuni dati personali del proprio account Whatsapp per l'utilizzo dei medesimi da parte del *social network* con fini pubblicitari. In caso di non accettazione veniva fatto loro credere che sarebbe intervenuta l'interruzione del servizio<sup>536</sup>.

Sempre in tale binario si inserisce il già citato provvedimento del 29 ottobre 2019, con il quale l'AGCM ha sanzionato Facebook per pratiche commerciali scorrette, in relazione alle medesime condotte esaminate dal *Bundeskartellamt*<sup>537</sup>. In particolare, oggetto della decisione sono due diverse pratiche attuate dal *social network* nell'ambito della raccolta, dello scambio con i terzi e dell'utilizzo, ai fini commerciali, dei dati dei propri utenti. La prima riguarda lo scarso livello di chiarezza e completezza dell'informativa agli utenti al momento della registrazione, circa le finalità commerciali della raccolta e dell'utilizzo dei loro dati. Con riguardo a tale prima pratica, l'Autorità ha rilevato una violazione degli artt. 21 (*Azioni ingannevoli*) e 22 (*Omissioni ingannevoli*) del Codice del Consumo (D.lgs. del 6 settembre 2005, n. 206) in quanto, in punto di registrazione, la schermata riportava la scritta: "*Iscriviti è gratis è lo sarà per sempre*". L'autorità ha quindi contestato a Facebook l'ingannevolezza del messaggio consistente nell'aver

---

<sup>535</sup> Cfr. AGCM, Provvedimento dell'11 maggio 2017, n. 26597, PS10601 *Whatsapp/ Trasferimento dati a Facebook*.

<sup>536</sup> *Ivi*, par. 58. Merita di essere menzionata anche la motivazione con cui l'Autorità ha respinto l'eccezione di incompetenza per materia sollevata da Facebook. La parte sosteneva come la materia fosse regolata dalla normativa in materia di protezione dei dati personali e pertanto al di fuori delle competenze dell'AGCM. L'Autorità rigetta l'eccezione, affermando (par. 50): "*In linea di principio, la circostanza che alla condotta della Parte sia applicabile il Codice della privacy, non la esonera dal rispettare le norme in materia di pratiche commerciali scorrette, che rimangono applicabili con riferimento alle specifiche condotte poste in essere dal Professionista, finalizzate all'acquisizione del consenso alla condivisione dei dati personali*".

<sup>537</sup> Cfr. AGCM, provvedimento n. 27432, Caso PS11112 *Facebook-Condivisione dati con terzi*, cit.

pubblicizzato come “gratuito” l’accesso al proprio servizio, laddove invece era remunerato attraverso la condivisione all’interno della piattaforma dei propri dati personali, dalla cui commercializzazione deriva la quasi totalità del fatturato di Facebook. La seconda delle pratiche contestate al *social network* riguarda invece la possibilità per gli utenti di autorizzare in maniera effettiva e consapevole la trasmissione dei propri dati da parte di Facebook a siti *web* o *app* di terzi, e viceversa. Tale autorizzazione risulta preimpostata e la disattivazione da parte dell’utente comporta una serie di restrizioni all’utilizzo del *social network*. A parere dell’AGCM, Facebook avrebbe in tal modo limitato considerevolmente la libertà di scelta dell’utente circa la decisione di integrare le funzionalità del *social network* con quelle di siti terzi e di trasferire, di conseguenza, a questi i propri dati. L’AGCM ha quindi concluso ritenendo tale pratica come aggressiva, ai sensi degli artt. 24 (*Pratiche commerciali aggressive*) e 25 (*Ricorso a molestie, coercizione o indebito condizionamento*) del Codice del Consumo.

La decisione in esame è stata appellata da Facebook davanti al Tribunale amministrativo regionale (TAR) del Lazio, che ha confermato solo parzialmente la decisione dell’AGCM<sup>538</sup>. Il Tribunale ha da un lato riconosciuto fondata la contestazione della pratica commerciale ingannevole, dall’altro lato ha annullato la decisione impugnata nella parte in cui sanziona il *social network* per pratiche commerciali aggressive.

Con la pronuncia del marzo 2021, il Consiglio di Stato ha confermato il provvedimento sanzionatorio dell’AGCM in relazione alla pratica commerciale ingannevole attuata da Facebook<sup>539</sup>. Ha dunque riconosciuto come il *social network*, presentando il proprio servizio come “gratuito”, abbia sfruttato all’insaputa degli utenti i loro dati personali per finalità commerciali. In tale ottica, come sostenuto dal Consiglio di Stato, la raccolta e lo sfruttamento dei dati degli utenti si configura come una vera e propria controprestazione contrattuale del servizio offerto dal *social network*.

Tale principio espresso dal Consiglio di Stato permette di chiarire ogni dubbio in merito alla competenza dell’AGCM a trattare la questione: lo sfruttamento economico dei dati qualifica il rapporto tra gli utenti e Facebook come pratica commerciale, disciplinata dal diritto dei consumatori.

---

<sup>538</sup> Cfr. TAR LAZIO, Sez. I, sentenza del 10 gennaio 2020, n.260 e n.261.

<sup>539</sup> Cfr. CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI, sentenza del 29 marzo 2021, n. 2631.

Il Consiglio di Stato ha infine preso posizione sulla sovrapposizione tra diritto a tutela dei dati personali e diritto dei consumatori, specificando che l'uno non esclude l'altro, dovendosi garantire agli utenti una tutela "multilivello"<sup>540</sup>.

Secondo tale primo filone, dunque, i termini contrattuali impiegati dalle *Big tech* per acquisire il consenso degli utenti assumono autonomo rilievo come pratiche commerciali, in quanto capaci di incidere sulla libertà di scelta dei consumatori digitali<sup>541</sup>. Pertanto, tali modalità possono essere scrutinate e sanzionate dalla disciplina a tutela del consumatore, prescindendo dal fatto che a tali condotte sia anche applicabile il Codice della Privacy.

Nel secondo binario, relativo all'impiego della fattispecie di abuso di posizione dominante, si inserisce il procedimento istruttorio avviato dall'AGCM nei confronti di Google (A542) per comportamenti discriminatori attuati nel mercato del *digital advertising*<sup>542</sup>. Tale procedimento si è concluso con il provvedimento n. 29845 di non luogo a procedere per difetto di competenza dell'AGCM<sup>543</sup>. Da ultimo, infatti, la Commissione Europea ha avviato un procedimento (ancora in corso) sui medesimi comportamenti anticoncorrenziali di Google riscontrati dall'Autorità italiana (Caso AT.40670)<sup>544</sup>.

Nonostante ciò, ai fini del presente elaborato, il provvedimento di avvio dell'istruttoria dell'AGCM merita di essere menzionato non solo per l'approfondita analisi effettuata in relazione alla filiera dei mercati della pubblicità online, di cui si è già ampiamente discusso, ma in particolare per l'approccio adottato dall'Autorità in merito al rapporto tra disciplina a tutela dei dati personali e quella a tutela della concorrenza.

Il procedimento in esame scaturisce da una segnalazione all'AGCM presentata dall'associazione di categoria di imprese attiva nel settore del *digital advertising*,

---

<sup>540</sup> Sul punto il CONSIGLIO DI STATO, nella sentenza n. 2631, *cit.*, afferma: "*Ferma dunque la riconosciuta "centralità" della disciplina discendente dal GDPR e dai Codici della privacy adottati dai Paesi membri in materia di tutela di ogni strumento di sfruttamento dei dati personali, deve comunque ritenersi che allorquando il trattamento investa e coinvolga comportamenti e situazioni disciplinate da altre fonti giuridiche a tutela di altri valori e interessi (altrettanto rilevanti quanto la tutela del dato riferibile alla persona fisica), l'ordinamento – unionale prima e interno poi – non può permettere che alcuna espropriazione applicativa di altre discipline di settore, quale è quella, per il caso che qui interessa, della tutela del consumatore, riduca le tutele garantite alle persone fisiche*".

<sup>541</sup> Cfr. G. OLVIERI, *Sulle "relazioni pericolose" fra antitrust e privacy nei mercati digitali*, *op.cit.*, p. 368.

<sup>542</sup> Cfr. AGCM, Provvedimento n. 28398, Istruttoria A542, *cit.*

<sup>543</sup> Cfr. AGCM, Provvedimento del 12 ottobre 2021, n. 29845, *Chiusura Istruttoria A542*, in *Boll.* 43/2021.

<sup>544</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, Press release: *Antitrust: Commission opens investigation into possible anticompetitive conduct by Google in the online advertising technology sector*, 22 giugno 2021.

*Interactive Advertising Bureau Italia (IAB)*, relativa ad una serie di condotte poste in essere da Google, che integrerebbero una violazione dell'art. 102 del TFUE (o del 3 della l. 287/1990). In particolare, la segnalante denuncia le seguenti condotte di Google.

- (i) L'interruzione delle chiavi di decriptazione dell'ID utente Google (ID *decriptato*). Prima di tale interruzione, Google forniva agli inserzionisti e ad operatori terzi del mercato del *display advertising* tali chiavi di decriptazione dell'ID dei suoi utenti, consentendo l'associazione degli ID utente di terze parti (identificativo dell'utente al di fuori del "Sistema Google") con ID utente della Google Marketing Platform. La multinazionale permetteva così l'accesso ai dati relativi ai comportamenti di navigazione degli utenti all'interno del "Sistema Google" (ovvero l'insieme dei numerosi servizi forniti da Google). Questo garantiva anche ad operatori terzi la possibilità di elaborare un quadro dettagliato di ciascun utente, permettendo così la creazione di pubblicità mirate ed efficaci.
- (ii) L'interruzione della possibilità per intermediari terzi di vendere spazi pubblicitari su YouTube.
- (iii) L'interruzione della possibilità di includere dispositivi di tracciamento del comportamento online degli utenti (quali ad esempio cookie o pixel di tracciamento) di operatori terzi su YouTube.

Tali condotte, a parere di IAB, sarebbero finalizzate ad escludere gli altri concorrenti dal mercato del *display advertising* e avrebbero come effetto quello di privare editori ed inserzionisti della possibilità di scegliere le proprie controparti contrattuali.

Al fine di valutare la condotta della nota multinazionale irlandese, l'AGCM ha in prima battuta ritenuto necessario analizzare non solo i diversi mercati del *digital advertising*, ma anche tutti i mercati collegati, che consentono ad un operatore di raccogliere dati sui potenziali destinatari. La disponibilità di ingenti quantità di dati, come già più volte osservato, è un elemento essenziale al fine di realizzare campagne pubblicitarie online mirate.

In secondo luogo, l'AGCM ha rilevato che Google detiene una posizione dominante nell'intera catena dell'intermediazione della pubblicità online in virtù delle elevate quote di mercato detenute<sup>545</sup>. Inoltre, vi sono ulteriori elementi che dimostrano la posizione di assoluta dominanza di Google, che discendono dal modello di integrazione verticale e conglomerale adottato, che le consente di combinare i dati sul comportamento degli utenti

---

<sup>545</sup> Sul punto l'AGCM, Prov. n. 28398, *cit.*, par. 49 evidenzia che "Google detiene quote superiori all'80-90% nella fornitura di servizi di ad server, sia lato inserzionisti che lato editori, e nell'erogazione di servizi di SSP e DSP".

acquisiti da una varietà di fonti. In tal modo, Google disporrebbe di una “*non eguagliabile capacità di accesso ai dati*”<sup>546</sup>, il che determinerebbe significative barriere all’ingresso<sup>547</sup>.

In merito alle condotte segnalate da IAB, l’Autorità rileva che potrebbero essere idonee a ostacolare la concorrenza nel *display advertising*. A parere dell’AGCM, Google non avrebbe rispettato il principio di parità del trattamento interno ed esterno, rifiutandosi di fornire le chiavi di decriptazione dell’ID Google ed escludendo i *pixel* di tracciamento di terze parti. Allo stesso tempo, avrebbe riservato alle proprie divisioni interne un trattamento di favore rispetto a quello riservato ai suoi concorrenti.

Va sottolineato che l’AGCM, nel valutare il presunto abuso di posizione dominante di Google, non si interroga sulla conformità alla normativa sulla privacy della politica adottata dalla multinazionale per raccogliere il consenso degli utenti al trattamento dei loro dati, ai fini della profilazione e dell’invio di annunci pubblicitari mirati anche di terzi. L’Autorità, infatti, non si sofferma sul tema della liceità dei mezzi tramite i quali la società in posizione dominante ha acquisito la disponibilità dei dati personali degli utenti.

L’attenzione dell’Autorità, piuttosto, si focalizza sui meccanismi attraverso i quali l’incumbent sfrutta quei dati a proprio vantaggio.

In conclusione, dunque, a parere della AGCM: “*La condotta posta in essere da Google le permette di mantenere una capacità di offerta di servizi di intermediazione nei suddetti mercati della pubblicità a condizioni e con modalità non replicabili dai concorrenti, tali da rappresentare un vantaggio competitivo ingiustificato. Facendo leva sui dati ottenuti attraverso tali strumenti, non accessibili a terzi, Google consente alla propria Google Marketing Platform (ovvero la sua DSP) e al proprio Google Ad Manager (SSP) di avere prestazioni in termini di capacità di targhettizzazione e di identificazione degli utenti che visualizzano inserzioni pubblicitarie che non sono altrimenti raggiungibili da altri operatori del mercato*”<sup>548</sup>.

Nel caso in esame emerge come l’AGCM abbia adottato un approccio e un tipo di contestazione completamente diverse da quelle utilizzate dal *Bundeskartellamt* nel caso

---

<sup>546</sup> *Ivi*, par. 50.

<sup>547</sup> Sul punto l’AGCM, Prov. n. 28398, cit., par. 62, osserva che: “*In particolare, nei mercati della pubblicità on-line le barriere principali sono rappresentate da: effetti di rete ed economie di scala; il c.d. “default behaviour” del consumatore; l’ineguale accesso ai dati degli utenti; la mancanza di trasparenza; l’integrazione verticale di Google e i conseguenti conflitti di interesse che tale integrazione genera*”.

<sup>548</sup> *Ivi*, par. 83.

Facebook, mantenendo ben distinte le due discipline, quella relativa alla tutela della concorrenza e quella in materia di tutela dei dati personali.

## 5. Il Digital Market Act (DMA)

La correlazione tra privacy e antitrust stabilita dal *Bundeskartellamt* nel suo provvedimento ha sollevato diverse perplessità: “[...] la violazione di una norma antitrust non può che realizzarsi quando la condotta de qua non rispetta le condizioni poste dalla norma stessa e non laddove contravviene alle condizioni stabilite dalle norme sulla privacy”<sup>549</sup>.

Tuttavia, va rivelato che una correlazione per certi versi analoga è stata successivamente introdotta nel nuovo Regolamento europeo relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale, il *Digital Market Act*<sup>550</sup>. Nello stesso sono contenute alcune disposizioni chiaramente ispirate all'indagine tedesca, che sembrano avallare un approccio sinergico fra le due aree del diritto<sup>551</sup>.

Prima di esaminare ciò che effettivamente interessa ai fini della nostra indagine, è necessario fare alcune considerazioni preliminari su tale Regolamento, in particolare in relazione al suo ambito di applicazione e ai soggetti a cui è rivolto.

Il 5 luglio 2022 il Parlamento europeo ha approvato un programma predisposto dall'esecutivo comunitario (*il Digital Service Package*), costituito da due linee di intervento convergenti verso la creazione di un ambiente digitale sicuro e affidabile, che tuteli concretamente i diritti fondamentali degli utenti e allo stesso tempo supporti l'innovazione e la competitività<sup>552</sup>.

Da un lato troviamo il *Digital Service Act* (DSA o Legge sui servizi digitali)<sup>553</sup>, entrato in vigore il 16 novembre 2022, nel quale sono contenute le regole che inquadrano la responsabilità e i doveri di tutti i prestatori dei “servizi intermediari” online<sup>554</sup>. Tali regole hanno una portata extra-territoriale, nel senso che tutti gli intermediari online che offrono i loro servizi nel mercato unico, con sede o meno nell'UE, sono tenuti a rispettarle.

---

<sup>549</sup> Così, P. MANZINI, *Antitrust e privacy: la strana coppia*, cit., p. 127.

<sup>550</sup> Regolamento (UE) 2022/1925, cit.

<sup>551</sup> Sul punto si veda G. COLANGELO, *The Privacy-Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition*, op.cit., p. 15.

<sup>552</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Press Release, Digital Services Package: Commission welcomes the adoption by the European Parliament of the EU's new rulebook for digital services*, 5 July 2022, disponibile al link:

[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_22\\_4313](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_4313).

<sup>553</sup> Regolamento (UE) 2022/2065, cit.

<sup>554</sup> V. art. 3, lett. g) del DSA per la definizione di «servizio intermediario» rilevante ai fini del Digital Service Act.

Dall'altro lato viene in rilievo il sopra citato *Digital Market Act* (DMA o Legge sui mercati digitali), in cui sono disciplinate le piattaforme online di grandi dimensioni (i cc.dd. *gatekeepers*), introducendo regole organizzate e di condotta specifiche, nonché un solido apparato di supervisione incentrato sulla Commissione europea. Gli obiettivi dichiarati da tale Regolamento sono quelli di assicurare l'equità<sup>555</sup> e la contendibilità<sup>556</sup> dei mercati digitali, così come la loro trasparenza ed innovatività.

La base concettuale del DMA risiede nella consapevolezza che poche grandi piattaforme godono di una posizione di forza consolidata che consente loro di esercitare un controllo sostanziale sull'accesso ai mercati digitali, agendo sempre più come guardiani (*gatekeeper*) degli utenti commerciali e finali<sup>557</sup>. Le norme antitrust tradizionali, come precedentemente evidenziato, da sole non sono sempre in grado di affrontare alcune sfide e problemi sistemici posti dall'economia delle *Big tech*. Diversi autori hanno sollevato seri dubbi riguardo l'efficacia di tali norme al fine di mitigare lo strapotere delle grandi piattaforme: la loro applicazione (si pensi alle nullità delle intese o alle sanzioni dell'abuso di posizione dominante) è spesso solo eventuale ed *ex-post*, incapace, pertanto, di scongiurare il persistere, anche per lungo tempo, di condotte nocive per l'interesse dei consumatori e dei concorrenti<sup>558</sup>.

Il *Digital Markets Act* si inserisce in tale contesto, con l'obiettivo di sopperire ad una diffusa difficoltà di applicare le disposizioni antitrust ai mercati digitali. Il legislatore europeo, con questa proposta normativa, mira ad anticipare gli effetti delle misure restrittive, predisponendo un'apposita regolamentazione applicabile *ex-ante*<sup>559</sup>, che si

---

<sup>555</sup> Sul punto M.V. LA ROSA, *Lo scopo della regolamentazione*, in L. BOLOGNANI, E. PELINO, M. SCIALDONE (a cura di), *Digital Service Act e Digital Market Act. Definizioni e prime applicazioni dei nuovi regolamenti europei*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 278 nota 119 osserva che il concetto di "equità" dei mercati digitali "[...] è probabilmente frutto di una traduzione discutibile[...]. Nella versione inglese, infatti, si parla semplicemente di mercati "fair", ovvero operanti secondo regole di correttezza, termine che riecheggia l'obiettivo dichiarato nel preambolo del TFUE di garantire una «fair competition» nel mercato (tradotto, come, leale concorrenza)". Di conseguenza, a parere dell'autrice "[...] piuttosto che scrivere mercati equi e contendibili sarebbe stato più opportuno parlare di mercati leali e contendibili".

<sup>556</sup> Si veda il Considerando 32 del DMA per una preliminare definizione del concetto di contendibilità, consistente nella possibilità per i nuovi entranti di superare efficacemente le barriere all'ingresso e all'espansione.

<sup>557</sup> Cfr. GIUSEPPE D'AGOSTINO, *Le piattaforme digitali come nuove forme di mercato: alcuni considerazioni in merito ai profili economico-giuridici alla luce del processo normativo UE*, *op.cit.*, p.131.

<sup>558</sup> Cfr. P. MANZINI, *Il Digital Market Act decodificato*, in AA.VV., *Unione Europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, CEDAM, Milano 2021, p. 324.

<sup>559</sup> E' interessante notare che già il Governo tedesco, francese, italiano e polacco, in una lettera datata 4 febbraio 2020, chiedevano alla Commissaria europea di predisporre una regolamentazione specifica per le piattaforme di grandi dimensioni: "We believe that the Commission should identify systemic actors against objective criteria taking into account

affianca, ma non sostituisce, i tradizionali istituti posti a tutela della concorrenza e del mercato<sup>560</sup>. La *ratio*, dunque, alla base del Regolamento è quella di prevedere taluni obblighi aggiuntivi, in modo da anticipare l'effetto della normativa antitrust ed evitare, per quanto possibile, l'insorgenza di situazioni anticoncorrenziali. Le disposizioni principali del DMA sono, infatti, gli articoli 5, 6 e 7 che prevedono specifici obblighi in capo a quelle piattaforme particolarmente rilevanti nel rispettivo settore economico, denominate “*gatekeeper*”. Ai fini della nostra indagine sul tema della relazione fra privacy e antitrust viene in rilievo proprio l'art. 5, nello specifico il par. 2 del DMA, che vieta ai *gatekeeper* di trattare in modo combinato i dati personali degli utenti dei suoi servizi di piattaforme di base, a meno che sia stata loro presentata una scelta specifica ed essi abbiano dato un valido consenso ai sensi del GDPR.

Innanzitutto, occorre chiarire chi sono i “*gatekeeper*”, ovvero quali sono quei soggetti a cui si rivolgono gli obblighi in questione. Le disposizioni del DMA relative alla designazione di quest'ultimi derivano dalla constatazione che alcuni fattori dimensionali delle imprese operanti nei mercati digitali possono generare barriere all'entrata così significative da minacciare in maniera irreparabile la competitività del sistema<sup>561</sup>. In particolare, il DMA individua i *gatekeeper* sulla base di due parametri: il primo è relativo al tipo di servizio offerto dalla piattaforma (parametro qualitativo); il secondo riguarda gli elementi dimensionali della stessa (parametro quantitativo).

Per quanto riguarda il primo parametro, viene introdotto il concetto di “*core platform services*” (ossia “servizi di piattaforma di base”), con il fine di individuare quei servizi digitali in relazione ai quali, in virtù delle caratteristiche economiche degli stessi, è più frequente rilevare sia una limitata contendibilità dei mercati, sia il verificarsi di pratiche sleali. L'art. 2 del DMA dispone che un *gatekeeper* è un fornitore di almeno un servizio di piattaforme di base, ossia uno dei seguenti: (a) servizi di intermediazione online; (b) motori di ricerca online; (c) servizi di social network online; (d) piattaforme per la condivisione di video; (e) servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero; (f) sistemi operativi; (g) browser web; (h) assistenti virtuali; (i) servizi di cloud computing; (j) servizi pubblicitari online, compresi reti pubblicitarie, scambi di inserzioni

---

*specificities of digital market, such as emergence of digital platforms with paramount important for competition, that should be subject to specific scrutiny and, in relevant, to a specific regulatory framework*”. La lettera è consultabile al link:

<https://www.politico.eu/wpcontent/uploads/2020/02/Letter-to-Vestager.pdf>.

<sup>560</sup> Sul punto si veda il Considerando 11 del DMA.

<sup>561</sup> Cfr. M. SCIALDONE, *Il procedimento di designazione dei gatekeeper*, in L. BOLOGNANI, E. PELINO, M. SCIALDONE (a cura di), *Digital Service Act e Digital Market Act. Definizioni e prime applicazioni dei nuovi regolamenti europei*, op.cit., p. 301.



*pubblicitarie e qualsiasi altro servizio di intermediazione pubblicitaria, erogati da un'impresa che fornisce uno dei servizi di piattaforma di base elencati alle lettere da a) a i).*<sup>562</sup>

Con riferimento al secondo parametro, l'art. 3 del DMA stabilisce che il fornitore è designato come *gatekeeper* se, oltre a prestare “servizi di piattaforma di base”, soddisfa cumulativamente tre condizioni: (a) ha un “*impatto significativo*” sul mercato interno; (b) gestisce un servizio di piattaforma di base che costituisce punto di accesso (“*gateway*”) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; (c) detiene una “*posizione consolidata e duratura*” nell'ambito delle proprie attività o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro<sup>563</sup>.

Sono in aggiunta previste talune presunzioni relative al soddisfacimento delle tre condizioni sopra dette. La prima condizione è soddisfatta se l'impresa cui appartiene il fornitore dei servizi di piattaforme di base “[...]raggiunge un fatturato annuo nell'Unione pari o superiore a 7,5 miliardi di EUR in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari, o se la sua capitalizzazione di mercato media o il suo valore equo di mercato equivalente era quanto meno pari a 75 miliardi di EUR nell'ultimo esercizio finanziario, e se essa fornisce lo stesso servizio di piattaforma di base in almeno tre Stati membri”<sup>564</sup>. La seconda invece è integrata se il fornitore presta un servizio di piattaforma di base che annovera, “[...] nell'ultimo esercizio finanziario, almeno 45 milioni di utenti finali attivi su base mensile, stabiliti o situati nell'Unione, e almeno 10.000 utenti commerciali attivi su base annua stabiliti nell'Unione Europea”<sup>565</sup>. Infine, per quanto concerne la terza condizione, la presunzione opera se le soglie di cui alla precedente lett. b) “[...] sono state raggiunte in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari”<sup>566</sup>.

Va peraltro evidenziato che la qualifica di *gatekeeper* non è direttamente applicabile, ma necessita di una decisione in tal senso della Commissione. Quest'ultima può intervenire

---

<sup>562</sup> Art. 2, n. 2 del DMA.

<sup>563</sup> Art. 3, par. 1 del DMA.

<sup>564</sup> Art. 3, par. 2, lett. a) del DMA.

<sup>565</sup> Art. 3, par. 2, lett. b) del DMA.

<sup>566</sup> Art. 3, par. 2, lett. c) del DMA.

a seguito della notifica delle informazioni rilevanti da parte del fornitore che ritenga di rientrare in tale definizione<sup>567</sup>, oppure *ex officio*, a seguito di un'indagine di mercato<sup>568</sup>.

### **5.1 (segue) I nuovi obblighi per i “gatekeeper” tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali**

Ai soggetti qualificati come *gatekeeper* diventeranno automaticamente applicabili, in forza del DMA, una serie di obblighi e divieti *ex ante*, diretti a scongiurare pratiche “*sleali o che limitano la contendibilità dei mercati*”<sup>569</sup>. Come già anticipato, le disposizioni chiave sono gli artt. 5, 6 e 7 del DMA, che contengono complessivamente ventidue tipi di prescrizioni estremamente eterogenee e tra loro dissimili, classificate fra di loro semplicemente fra obblighi auto-applicativi e obblighi suscettibili di essere oggetto di ulteriori specifiche da parte della Commissione<sup>570</sup>. Nello specifico, nell'art. 5 del DMA sono fissati quelli ritenuti *self-executing*, il rispetto dei quali non richiede ulteriori precisazioni da parte della Commissione; nell'art. 6 e 7 sono invece compresi quelli la cui attuazione può richiedere una specificazione ulteriore della Commissione, in funzione del tipo di servizio di base prestato dal singolo *gatekeeper*, ovvero del tipo di mercato nell'ambito del quale lo stesso opera<sup>571</sup>. Peraltro, la Commissione non è obbligata a specificare alcuno degli obblighi enunciati negli artt. 6 e 7 del DMA, essendo libera di

---

<sup>567</sup> Art. 3 par. 4 del DMA. Al successivo par. 5 è altresì previsto che la piattaforma possa vincere la presunzione presentando “*argomentazioni sufficientemente fondate*” atte a dimostrare che eccezionalmente, pur raggiungendo tutte le soglie di cui al par. 2, “[...] *a causa delle circostanze relative al funzionamento del pertinente servizio di piattaforma di base, essa non soddisfa i requisiti elencati al paragrafo 1*”. Sulla difficoltà di vincere le presunzioni si vedano T. O'VINGTON E D. PAKOZDI, *Closed Gates - open questions on the designation of gatekeepers*, disponibile al link:

<https://www.frontier-economics.com/uk/en/news-and-insights/articles/article-i9368-closed-gates-open-questions-on-the-designation-of-gatekeepers/#>.

<sup>568</sup> Art. 3 paragrafo 8 del DMA, che stabilisce il potere della Commissione di designare come *gatekeeper* “*qualsiasi impresa che fornisce servizi di piattaforma di base che soddisfa ciascuno dei requisiti di cui al paragrafo 1 del presente articolo, ma non raggiunge ciascuna delle soglie di cui al paragrafo 2 del presente articolo*”. Per le modalità di esecuzione delle indagini di mercato per la designazione di *gatekeeper* si veda l'art. 17 del DMA.

<sup>569</sup> Così è rubricato il CAPO III del DMA: “*Pratiche dei gatekeeper che sono sleali o che limitano la contendibilità*”.

<sup>570</sup> Sul punto P. MANZINI, *Il Digital Market Act decodificato*, *op.cit.*, p. 344, si mostra fortemente critico rispetto alla suddivisione degli obblighi operata dal DMA, osservando che tale classificazione: “[...] *rende poco chiara la portata delle proposte normative in termini di garanzia della concorrenzialità dei mercati interessati. In maniera più trasparente e intellegibile si sarebbe potuto collocare tali obblighi secondo una tassonomia antitrust classica e individuare in una norma ad hoc quali di essi erano auto-applicativi e quali potevano necessitare di un intervento di specificazione da parte della Commissione*”.

<sup>571</sup> Si veda l'art. 8 del DMA per il procedimento mediante il quale la Commissione può specificare gli obblighi gravanti su un *gatekeeper*.

ritenere che gli stessi siano sufficientemente specifici con riferimento ad alcuni o tutti dei *gatekeeper*. Dunque, tutti gli obblighi stabiliti agli art. 5, 6 e 7 sono immediatamente esecutivi<sup>572</sup>. È altresì previsto, all'art. 9 del Regolamento in esame, la possibilità per ciascun *gatekeeper* di chiedere alla Commissione una sospensione temporanea di uno o alcuni dei suddetti obblighi, quando la loro osservanza comprometterebbe la redditività economica della sua attività nell'Unione<sup>573</sup>. Inoltre, l'art. 10 del DMA contempla la possibilità che la Commissione, di propria iniziativa o a seguito di una richiesta del *gatekeeper* interessato, deliberi di esentare lo stesso da uno o più degli obblighi in esame, esenzione giustificata da motivi di salute o sicurezza pubblica (“decisione di esenzione”)<sup>574</sup>. Infine, il legislatore europeo, partendo dalla considerazione che i mercati digitali sono in rapida e continua evoluzione, delega alla Commissione il potere di indagare, entro certi limiti, gli obblighi previsti per i *gatekeeper*, riconoscendo che la portata degli obblighi di cui all'art. 5, 6 e 7 del DMA potrebbe rivelarsi insufficiente a garantire l'equità e contendibilità dei mercati su cui opera il *gatekeeper*<sup>575</sup>.

Passando all'esame del contenuto di tali obblighi, nel primo gruppo di cui all'art. 5 troviamo uno spunto interessante ai fini della presente analisi sulla relazione tra tutela della concorrenza e protezione dei dati personali. Il par. 2 di tale disposizione riguarda l'uso che il *gatekeeper* può fare dei dati personali dei propri utenti finali. Al fine di comprendere la portata di tale obbligo è necessario fare qualche considerazione preliminare, richiamando alcuni concetti ampiamente analizzati nel capitolo precedente. Le piattaforme che offrono servizi pubblicitari online raccolgono dati sugli utenti con lo scopo di permettere agli inserzionisti di formulare proposte pubblicitarie mirate, calibrate sui profili degli utenti. In tal modo, tali imprese possono vendere gli spazi pubblicitari agli inserzionisti ad un prezzo decisamente più elevato: il prezzo che quest'ultimo è disposto a pagare è direttamente proporzionale alla qualità e alla quantità dei dati sugli utenti posseduta dall'impresa<sup>576</sup>. I *gatekeeper* si trovano quindi indubbiamente in una posizione di assoluto vantaggio competitivo, essendo in grado di raccogliere dati da

---

<sup>572</sup> Cfr. G. AFFERNI, *Gli obblighi dei gatekeeper*, in L. BOLOGNANI, E. PELINO, M. SCIALDONE (a cura di), *Digital Service Act e Digital Market Act. Definizioni e prime applicazioni dei nuovi regolamenti europei*, op.cit., p. 316.

<sup>573</sup> Art. 9 del DMA.

<sup>574</sup> Art. 10 del DMA.

<sup>575</sup> Sul punto si veda l'art. 12 del DMA

<sup>576</sup> Cfr. S. THOBANI, *Il mercato dei dati personali: tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, op.cit., p.13; S. GOBBATO, *Big Data e tutele convergenti tra concorrenza, GDPR e codice del consumo*, Media Laws, 2019, p. 148.

molteplici fonti: tramite il proprio servizio di piattaforma di base, tramite altri servizi offerti dallo stesso e tramite *app* o siti web di soggetti terzi<sup>577</sup>.

Al fine, dunque, di contrastare lo strapotere dei *gatekeeper* e di rendere più contendibile il settore della pubblicità online, il DMA impedisce ai *gatekeeper* di raccogliere dati personali degli utenti finali attraverso canali diversi dalla propria piattaforma di base, se non in presenza di un consenso espresso dell'utente. Nello specifico, la norma in esame vieta ai *gatekeeper* di: (a) trattare, ai fini di fornire servizi pubblicitari online, i dati personali degli utenti che utilizzano servizi di terzi che si avvalgono della piattaforma di base del *gatekeeper*; (b) combinare dati personali di un determinato servizio di piattaforma di base sia con quelli provenienti da altri servizi di piattaforma di base, sia con quelli derivanti da eventuali ulteriori servizi forniti dal *gatekeeper*; sia con quelli ricavati da servizi di terzi; (c) utilizzare in modo incrociato dati personali provenienti da un determinato servizio di piattaforma di base altri servizi forniti separatamente dal *gatekeeper*; (d) far accedere con registrazione gli utenti finali ad altri servizi del *gatekeeper* al fine di combinare dati personali. Tali divieti sussistono “[...] a meno che sia stata presentata all'utente finale la scelta specifica e quest'ultimo abbia dato il proprio consenso ai sensi dell'articolo 4, punto 11), e dell'articolo 7 del regolamento (UE) 2016/679”<sup>578</sup>.

Nei Considerando 36 e 37 del DMA troviamo alcuni chiarimenti in merito all'obbligo in esame. Nel primo dei due, viene evidenziato che frequentemente i *gatekeeper*, per offrire servizi pubblicitari online, raccolgono direttamente informazioni personali sugli utenti nel momento in cui gli stessi utilizzano siti web e applicazioni *software* di terze parti. Inoltre i terzi, al fine di poter usufruire di determinati servizi offerti dai *gatekeeper*, forniscono agli stessi dati personali dei loro utenti finali. L'elaborazione di dati personali provenienti da terzi, ai fini della fornitura di servizi pubblicitari online, offre ai *gatekeeper* potenziali “vantaggi in termini di accumulo di dati”, innalzando così ingenti “barriere all'ingresso”<sup>579</sup>. Ciò è dovuto al fatto che i *gatekeeper* trattano dati personali provenienti da un numero significativamente maggiore di terzi parti rispetto ad altre imprese. Vantaggi analoghi derivano: (a) dalla combinazione dei dati personali degli utenti raccolti da un servizio di piattaforma di base con i dati raccolti da altri servizi; (b) dall'utilizzo in modo incrociato dei dati personali provenienti da un servizio di piattaforma di base con altri servizi offerti separatamente dal *gatekeeper*; (c) dall'accesso con registrazione degli

---

<sup>577</sup> Cfr. GIORGIO AFFERNI, Gli obblighi dei *gatekeeper*, op.cit., p. 317.

<sup>578</sup> Art. 5 par. 2 del DMA

<sup>579</sup> Così, Considerando n. 36 del DMA.

utenti finali a diversi servizi dei gatekeeper al fine di combinare dati personali. Per non pregiudicare la contendibilità dei servizi di piattaforme di base, i *gatekeeper* devono permettere agli utenti finali di scegliere liberamente se aderire a tali pratiche. Ciò può essere realizzato offrendo agli stessi *“un’alternativa meno personalizzata ma equivalente, e senza subordinare l’utilizzo del servizio di piattaforma di base o di talune sue funzionalità al consenso dell’utente finale”*<sup>580</sup>.

Nel secondo dei Considerando menzionati è specificato che l’alternativa meno personalizzata non deve essere di qualità inferiore rispetto al servizio fornito agli utenti finali che prestano il consenso, *“a meno il deterioramento della qualità non sia una conseguenza diretta del fatto che il gatekeeper non possa procedere al trattamento dei dati personali o fare accedere con registrazione gli utenti finali ad un servizio”*<sup>581</sup>.

È altresì precisato, al fine di impedire pratiche elusive, che *“non prestare il consenso non deve essere più complicato di prestare il consenso”*<sup>582</sup>. Inoltre, il *gatekeeper* deve presentare in modo proattivo all’utente finale una soluzione intuitiva (*“user-friendly”*) per prestare, modificare o revocare il consenso in maniera esplicita, chiara e semplice. Nello specifico, il consenso deve essere prestato secondo la definizione di cui all’art. 4 del GDPR, ovvero mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, con cui l’utente esprime una manifestazione di volontà libera, specifica e informata. In aggiunta l’utente deve essere portato a conoscenza del fatto che non prestare il consenso *“può determinare un’offerta meno personalizzata ma che, per tutto il resto, il servizio di piattaforma di base resterà invariato e che nessuna funzionalità sarà rimossa”*<sup>583</sup>. In via eccezionale, se il consenso non può essere prestato direttamente al *gatekeeper*, gli utenti finali devono essere in grado di poterlo prestare tramite ciascun servizio di terzi che si avvale della piattaforma di base.

Infine, nel medesimo Considerando è precisato che revocare il consenso deve essere tanto semplice quanto prestarlo<sup>584</sup>. Al fine di evitare pratiche elusive, il DMA specifica che i *gatekeeper* non devono progettare o gestire le loro interfacce online *“in modo tale da ingannare, manipolare ovvero compromettere o falsare in altro modo, in misura rilevante, la capacità degli utenti finali di prestare liberamente il proprio consenso”*<sup>585</sup>. In particolare, nel caso in cui l’utente finale non ha prestato o ha revocato il suo consenso,

---

<sup>580</sup> *Ibidem.*

<sup>581</sup> Così, Considerando n. 37 del DMA.

<sup>582</sup> *Ibidem.*

<sup>583</sup> *Ibidem.*

<sup>584</sup> *Ibidem.*

<sup>585</sup> *Ibidem.*

ai *gatekeeper* non è consentito di sollecitare gli utenti finali più di una volta l'anno al fine di ottenere il loro consenso per la stessa finalità di trattamento<sup>586</sup>.

Il DMA non pregiudica l'applicazione delle altre norme dell'UE in materia di trattamento dei dati personali. Come precisato dall'art. 5 par 2 co. 3, rimane fermo il diritto del *gatekeeper* di utilizzare come base giuridica per il trattamento dei dati l'art. 6 par. 1 lett. c), d), e), ove ne ricorrano i presupposti. È esclusa però la possibilità di procedere al trattamento dei dati personali nei casi previsti dall'art. 6 par. 1 lett. b) e f) del GDPR<sup>587</sup>.

Gli obblighi di cui all'art. 5.2 offrono importanti spunti sulla relazione tra protezione dei dati e antitrust. Si tratta di una norma dichiaratamente ispirata alle risultanze dell'indagine condotta dal *Bundeskartellamt* tedesco sul caso Facebook<sup>588</sup>, diretta a disciplinare e prevenire condotte analoghe a quelle attuate dal *social network*. Tuttavia, il legislatore europeo, sottolineando che le preoccupazioni principali riguardano le strategie di accumulo dati dei *gatekeeper*, adotta un approccio in parte diverso da quello dell'Autorità tedesca: piuttosto che incentrarsi sui potenziali danni all'autodeterminazione e alla loro identità digitale, nel DMA si fa riferimento ad un puro danno antitrust legato alla contendibilità dei mercati<sup>589</sup>. Pertanto, anche se “[...] *gli interessi degli utenti finali in materia di protezione dei dati e di privacy sono rilevanti ai fini di qualsiasi valutazione degli effetti potenzialmente negativi della pratica adottata dai gatekeeper*<sup>590</sup>”, l'interesse primario tutelato rimane quello di evitare l'esclusione dei concorrenti.

In quest'ottica, si può comunque sostenere che il DMA adotti un approccio integrato, che tiene conto dei principi di protezione dei dati nell'ambito di una valutazione antitrust dei comportamenti dei *gatekeeper*<sup>591</sup>, consistenti nel raccogliere e nell'elaborare ingenti quantità di dati degli utenti finali.

---

<sup>586</sup> Art. 5, par. 2, co. 2 del DMA.

<sup>587</sup> Art. 5, par. 3, co. 3 del DMA. Per un'analisi dell'art. 6 del GDPR v. *supra* Cap. II § 4.

<sup>588</sup> Sul punto si veda *Commission staff working document, Impact assessment report, annexes accompanying the document proposal for a regulation of the European Parliament and of the council on contestable and fair markets in digital sector (Digital Markets Act)*, 15 December 2020, disponibile al link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/impact-assessment-digital-markets-act>.

<sup>589</sup> Cfr. G. COLANGELO, *The Privacy-Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition*, *op.cit.*, p.17.

<sup>590</sup> Così, Considerando n. 72 del DMA

<sup>591</sup> Cfr. G. COLANGELO, *op.cit.*, p. 17. L'autore evidenzia che, tuttavia, l'ultima parte della disposizioni dimostrerebbe il contrario: “*By subordinating the prohibitions to respect the GDPR, European authorities arguably acknowledge the potential tensions between data-protection interests and competition-policy goals. Moreover, in the event of such a conflict, the DMA affirms the primacy of the former. Indeed, all the forms of conduct listed in Article 5(2) are forbidden “unless” the end user has been presented with a specific choice and given consent within the meaning of the GDPR*”.

## 5.2 Gli obblighi di trasparenza nella fornitura di pubblicità online

Anche se non direttamente connesse al tema della relazione fra privacy e antitrust, nella presente analisi relativa al settore del *digital advertising* meritano di essere menzionati altri obblighi contenuti del DMA, volti a garantire la trasparenza per la fornitura dei servizi pubblicitari online<sup>592</sup>. Nello specifico, il Regolamento prevede all'art. 5 par. 9 e 10, specifici obblighi in relazione alla commissione applicate dai *gatekeeper* agli editori ed inserzionisti; all'art. 6 par. 8, invece, quelli riguardanti le prestazioni dei *gatekeeper* nei servizi pubblicitari online. Dunque, riprendendo la classificazione degli obblighi operata dal DMA già esaminata, in relazione alla trasparenza delle commissioni introduce degli obblighi specifici, che non necessitano dunque di ulteriori precisazioni da parte della Commissione Europea. All'opposto, con riferimento alla trasparenza delle prestazioni prevede degli obblighi la cui attuazione può richiedere precisazioni ulteriori della Commissione.

Partendo dall'analisi delle disposizioni riguardanti le commissioni applicate dai *gatekeeper*, il DMA innanzitutto osserva che “[...] le condizioni alle quali i *gatekeeper* forniscono servizi pubblicitari online agli utenti commerciali, compresi inserzionisti ed editori, risultano spesso opache e poco trasparenti<sup>593</sup>”. Ciò determina per gli editori ed inserzionisti una mancanza di informazioni e conoscenza in merito alle condizioni dei servizi pubblicitari online, compromettendo la loro possibilità di scegliere tra le imprese concorrenti. In tal modo, viene ostacolata la concorrenza tra fornitori di servizi pubblicitari online, con la conseguenza che i costi di tali servizi saranno probabilmente più elevati di quanto lo sarebbero in un ambiente di piattaforma più trasparente e contendibile. In aggiunta, tali costi più elevati vengono inevitabilmente trasferiti sui “prezzi pagati dagli utenti finali per molti prodotti e servizi quotidiani che fanno affidamento sui servizi pubblicitari online”<sup>594</sup>.

Per ovviare a tali problematiche, il DMA introduce due discipline tra loro speculari agli art. 5 par. 9 e 10, applicabili rispettivamente agli inserzionisti e agli editori. Lo scopo di tali norme è quello di garantire la massima trasparenza del rapporto di intermediazione

---

<sup>592</sup> Cfr. S. B. MICOVA, *DMA transparency requirements in relation to advertising*, in ALEXANDRE DE STREEL (a cura di), *Effective and Proportionate implementation of the DMA*, Centre on Regulation in Europe, 2023, p. 49.

<sup>593</sup> Così, il Considerando 45 del DMA.

<sup>594</sup> *Ibidem*.

svolto dal *gatekeeper*, sia nei confronti degli inserzionisti, che nei confronti degli editori<sup>595</sup>.

In particolare, l'art. 5 al par. 9 dispone che, qualora un inserzionista che fornisce servizi pubblicitari online ne faccia richiesta, il *gatekeeper* è obbligato a fornirgli a titolo gratuito informazioni relative ad ogni annuncio pubblicitario pubblicato dallo stesso, per quanto riguarda: a) *il prezzo e le commissioni pagati da tale inserzionista, incluse eventuali trattenute e sovrapprezzi, per ciascuno dei pertinenti servizi pubblicitari online forniti dal gatekeeper*; b) *la remunerazione percepita dall'editore, incluse eventuali trattenute e sovrapprezzi, fatto salvo il consenso dell'editore*; c) *i parametri di calcolo di ogni prezzo, commissione e remunerazione*<sup>596</sup>.

È inoltre previsto che, nel caso in cui un editore non presti il proprio consenso alla condivisione delle informazioni relative dalla remunerazioni percepita, il *gatekeeper* “*deve fornire gratuitamente a ciascun inserzionista informazioni sulla remunerazione media giornaliera percepita da tale editore, comprese eventuali detrazioni e sovrapprezzi, per gli annunci pubblicitari in questione*”<sup>597</sup>.

Gli stessi obblighi di trasparenza previsti a beneficio degli inserzionisti sono altresì previsti per gli editori, al successivo par. 10 dell'art. 5 del DMA. Tale disposizione risulta esattamente speculare al par. 9<sup>598</sup>.

La carenza di trasparenza non riguarda solamente le commissioni applicate dai *gatekeeper*, ma anche le prestazioni dei loro servizi pubblicitari online<sup>599</sup>. Ciò si traduce in una mancanza di informazioni e di conoscenza per editori ed inserzionisti in merito agli effetti di un determinato annuncio pubblicitario. Al fine di rendere anche tale dimensione più trasparente e di conseguenza, di rendere maggiormente equo e contendibile il relativo mercato, il DMA impone specifici obblighi anche in relazione alle

---

<sup>595</sup> Cfr. GIORGIO AFFERNI, *Gli obblighi dei gatekeeper*, op.cit., p. 328.

<sup>596</sup> Art. 5 par. 9 co. 1 del DMA.

<sup>597</sup> Art. 5 par. 9 co. 2 del DMA.

<sup>598</sup> Infatti, analogamente l'art. 5 par. 10 dispone che: “*Il gatekeeper fornisce a ogni editore cui eroga servizi pubblicitari online, o a terzi autorizzati dagli editori, su richiesta dell'editore, informazioni su base giornaliera e a titolo gratuito relative a ogni annuncio pubblicitario che appare nello spazio pubblicitario dell'editore, per quanto riguarda: (a) la remunerazione percepita e le commissioni pagate da tale editore, incluse eventuali trattenute e sovrapprezzi, per ciascuno dei pertinenti servizi pubblicitari online forniti dal gatekeeper; (b) il prezzo pagato dall'inserzionista, incluse eventuali trattenute e sovrapprezzi, fatto salvo il consenso dell'inserzionista; (c) i parametri di calcolo di ogni prezzo e remunerazione.*

*Nel caso in cui un inserzionista non presti il proprio consenso alla condivisione delle informazioni, il gatekeeper fornisce gratuitamente a ciascun editore informazioni sul prezzo medio giornaliero pagato da tale inserzionista, comprese eventuali detrazioni e sovrapprezzi, per gli annunci pubblicitari in questione*”.

<sup>599</sup> Sul punto si veda il Considerando 58 del DMA.



prestazioni dei suoi servizi pubblicitari online. Nello specifico, all'art. 6 par. 8 impone ai *gatekeeper*, qualora un editore o un inserzionista ne faccia richiesta, di fornire “*l'accesso ai propri strumenti di misurazione delle prestazioni e i dati necessari agli inserzionisti e agli editori affinché possano effettuare una verifica indipendente dell'offerta di spazio pubblicitario*”<sup>600</sup>. Tali informazioni devono essere comprensive sia dei dati aggregati che non e fornite a titolo gratuito. È altresì previsto che tali dati devono essere forniti in modo da consentire agli editori ed inserzionisti di utilizzare i propri strumenti di verifica e misurazione per valutare le prestazioni dei servizi di piattaforme di base forniti dai *gatekeeper*<sup>601</sup>.

Le disposizioni esaminate consentono di risolvere alcune criticità del settore dei *digital advertising*, contribuendo a creare maggiore trasparenza per utenti commerciali e finali, ma non è tuttavia ancora chiaro in che misura questi obblighi avranno un impatto concreto sull'ecosistema della pubblicità online. Come evidenziato dalla Commissione Europea nel suo studio “*on the impact of recent developments in digital advertising on privacy, publishers and advertisers*”, si teme che il principale limite della DMA in materia di trasparenza pubblicitaria sia proprio il suo ambito di applicazione: tali obblighi nel settore del *digital advertising* dovrebbero essere applicati a tutti gli attori della catena di fornitura, non solo ai *gatekeeper* che rientrano nel campo di applicazione della DMA<sup>602</sup>.

## **6. La privacy come “scudo”<sup>603</sup> per condotte potenzialmente anticoncorrenziali**

La proposta di integrare questioni di privacy nell'applicazione del diritto antitrust riflette l'obiettivo politico di limitare le strategie di accumulo dei dati attuate dalle grandi piattaforme online, che monetizzano gli stessi tramite la vendita di pubblicità mirata. A tal fine, le leggi sulla concorrenza e quelle a protezione dei dati sono considerate come sinergiche e complementari, in quanto le dinamiche dei mercati digitali creano una stretta connessione tra il potere di mercato e il potere dei dati.

Tra questi tentativi di risolvere le preoccupazioni sulla privacy integrando le regole di protezione dei dati ed *enforcement* antitrust, assistiamo alla nascita di un fenomeno nuovo, significativo e soprattutto sfidante: in reazione al Caso Facebook e al DMA, alcune grandi piattaforme (come Google o Apple) hanno apportato modifiche alle loro

---

<sup>600</sup> Art. 6 par. 8 del DMA.

<sup>601</sup> Ibidem

<sup>602</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Study on the impact of recent developments in digital advertising on privacy, publishers and advertisers: final report, cit.*, p. 237.

<sup>603</sup> Espressione adoperata da G. COLANGELO, *The Privacy-Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition, op.cit.*, p. 23.

politiche con l'obiettivo dichiarato di garantire maggiore privacy agli utenti finali. Tali modifiche però limitano la capacità di terze parti di tracciare i dati degli utenti sui loro ecosistemi, influenzando così la redditività delle loro strategie pubblicitarie e quindi il loro livello di competitività<sup>604</sup>. Di conseguenza, le nuove *privacy policy* che alcune *Big tech* hanno adottato (o che hanno annunciato di adottare), se è pur vero che da un lato garantirebbero una maggior tutela della privacy e dei dati personali degli utenti, dall'altro porterebbero a rafforzare ulteriormente il loro dominio.

Il rischio è quindi che, specialmente nei mercati del *digital advertising*, la privacy venga strumentalizzata dalle grandi piattaforme come giustificazione per condotte potenzialmente anticoncorrenziali e i requisiti a protezione dei dati personali degli utenti sfruttati per distorcere la concorrenza. In sostanza, *“il sospetto è che tali intenzioni apparentemente nobili possano effettivamente celare l'obiettivo di conseguire vantaggi anticoncorrenziali a spese dei concorrenti e degli utenti commerciali”*<sup>605</sup>.

La rilevanza di tali situazioni è confermata da alcune indagini avviate dalle Autorità antitrust negli ultimi anni. Come già anticipato, l'esempio più dibattuto che illustra la crescente tensione tra tutela della concorrenza e della protezione dei dati è l'adozione da parte di Apple della nuova politica *“App tracking transparency”* (ATT). La società multinazionale, proprio nell'ottica di incrementare la trasparenza, con l'aggiornamento sulla privacy nella versione di iOS 14.5 ha introdotto un meccanismo di *opt-in* che impone regole più restrittive agli sviluppatori di *app* terzi rispetto a quelle che applica a sé stessa. Come sarà approfondito successivamente, il trattamento differenziato riguarda principalmente le caratteristiche della *“finestra a comparsa”* (di seguito anche *prompt*) che spingono gli utenti a concedere a tali sviluppatori il permesso di tracciarli. Senza l'adesione dei consumatori, gli sviluppatori non possono accedere ai loro identificatori per gli inserzionisti (IDFA), che vengono impiegati per monitorare l'attività degli utenti tramite *app*.

---

<sup>604</sup> Sul punto si veda R. KESLERDIGITAL, *Platforms implement privacy centric policies: what does it mean for competition?*, Antitrust Chronicle, Dicembre 2022, Vol 3(1), p. 9-13, disponibile al link:

<https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2023/05/ANTITRUST-CHRONICLE-Privacy-and-Competition-December-2022-1.pdf>.

<sup>605</sup> Così, G. COLANGELO, *The Privacy-Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition*, *op.cit.*, p. 24: *“The suspicion is that such facially noble intentions may actually conceal a goal of achieving anticompetitive advantages at the expense of rivals and business users”*.

Alla luce di ciò, non sorprende che il nuovo *framework* di Apple è attualmente sotto scrutinio delle autorità antitrust in Francia, Germania, Polonia e Italia<sup>606</sup>, che sospettano che stia nascondendo, sotto il “pretesto” della protezione della privacy, una strategia per conseguire indebitamente un vantaggio concorrenziale. Analoghi dubbi sono stati sollevati dalla Autorità della concorrenza britannica (CMA) nel suo studio di mercato sui “*mobile ecosystems*”<sup>607</sup>.

Nel proseguo ci soffermeremo sul procedimento (ancora in corso) avviato dall’ AGCM, al fine di esaminare le condotte poste di essere da Apple, che integrerebbero gli estremi di abuso di posizione dominante ai sensi dell’art. 102 TFUE.

Tale caso è preso in esame per dimostrare che, nel momento in cui i danni alla privacy sono inclusi tra gli interessi presumibilmente tutelati nei procedimenti antitrust, le grandi piattaforme potrebbero essere incentivate a modificare le proprie *policy* per invocare la protezione dei dati come giustificazione per condotte presumibilmente anticoncorrenziali.

### 6.1 Il caso ATT/APPLE (A561)

Nell’adunanza del 2 maggio 2023, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha disposto l’avvio dell’istruttoria nei confronti di Apple Inc. (di seguito solo Apple), per “*accertare l’esistenza di un presunto abuso di posizione dominante nel mercato delle piattaforme per la distribuzione online di app per utenti del sistema operativo iOS*”<sup>608</sup>.

Apple è una società ad azionariato diffuso, quotata presso la Borsa di New York, con sede in Cupertino (California). È a capo dell’omonimo gruppo attivo nello sviluppo e nella vendita di dispositivi per la comunicazione mobile e multimediale, nonché nella commercializzazione di vasta gamma di *software*, servizi e soluzioni di *networking* correlate e, ancora, di applicazioni e contenuti digitali di soggetti terzi. Inoltre, Apple Inc. controlla, tra le altre, la società Apple Distribution International Ltd e Apple Italia S.r.l. Oggetto di indagine è la condotta asseritamente discriminatoria attuata applicando, a partire dal 2021, una nuova politica di tutela della privacy degli utenti denominata “*App*

---

<sup>606</sup> Cfr. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, 17 March 2021, Decision 21-D-07, *Apple*; BUNDESKARTELLAMT, *Press Release: Reviews Apple’s Tracking Rules for Third-Party Apps*, 2022; Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, *Apple–The President of UOKIK initiates an investigation*, 2021; AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO (AGCM), Provvedimento dell’ 11 Maggio 2023 n. 30620, Caso A561– *Apple/ATT*.

<sup>607</sup> Cfr. COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (CMA), *Mobile Ecosystems: Market Study Final Report*, 2022, Capitolo 6 e Appendice J, consultabile al link: <https://www.gov.uk/cma-cases/mobile-ecosystems-market-study>.

<sup>608</sup> Cfr. AGCM, Comunicato stampa, *A561 - Avviata istruttoria nei confronti di Apple per presunto abuso di posizione dominante nel mercato delle app*, 11 maggio 2023, disponibile al link: <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2023/5/A561>.

*Tracking Transparency*” (c.d. “ATT”). Tramite questa, la società di Cupertino prevede per sviluppatori di *app* sue concorrenti regole più restrittive di quelle che applica a se stessa.

Nello specifico, la diversità di trattamento si basa principalmente: (a) sulle caratteristiche del *prompt* che appare agli utenti ai fini dell’acquisizione del consenso per il tracciamento dei propri dati; (b) sugli strumenti impiegati per la misurazione dell’efficacia delle campagne pubblicitarie<sup>609</sup>.

Con riferimento alla formulazione del *prompt*, la richiesta del consenso imposto agli sviluppatori terzi adotta una formulazione, sotto il profilo grafico e lessicale, maggiormente dissuasiva per l’utente diversamente da quanto avviene per le *app* sviluppate da Apple. Infatti, come evidenziato dall’AGCM nell’istruttoria: (a) pone in maggior risalto l’ipotesi di negazione del consenso; (b) impiega l’espressione “*consenso di tenere traccia delle attività svolte nelle app e sui siti di altre aziende*” senza fornire alcuna spiegazione del termine “tenere traccia”, che potrebbe facilmente rappresentare un elemento di preoccupazione e dissuasione per l’utente; (c) non mette in risalto i vantaggi legati alla pubblicità personalizzata per gli utenti<sup>610</sup>.

Inoltre, l’ATT richiede agli sviluppatori di *app* terzi il c.d. “*doppio consenso esplicito*” (*double opt-in*): quest’ultimi, qualora ottengano dagli utenti il consenso al trattamento, non potranno comunque utilizzare i medesimi dati per la personalizzazione degli annunci pubblicati su un’altra *app*, a meno che ottengano il consenso esplicito dell’utente anche per quell’ulteriore trattamento. Lo stesso non è invece previsto in relazione alle *app* sviluppate da Apple.

La conseguenza di tale diversità di trattamento è la registrazione di un calo significativo dei consensi degli utenti ottenuti dagli sviluppatori di *app* terzi, come riportato dalla *Competition and Markets Authority* britannica nel suo report sui “*mobile ecosystems*” del 10 giugno 2022<sup>611</sup>.

---

<sup>609</sup> Cfr. AGCM, Prov. n. 30620, *cit.*, par. 10.

<sup>610</sup> “Laddove, invece, si tratti delle *app* sviluppate direttamente da Apple, nei relativi *prompt* si pone in primo piano l’opzione «positiva» del consenso e, inoltre, oggetto del consenso diventano i «servizi personalizzati» e non più il «tenere traccia» dell’attività di navigazione degli utenti”. Così, AGCM, Prov. n. 30620, *cit.*, par. 12.

<sup>611</sup> Cfr. COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (CMA), *Mobile Ecosystems: Market Study Final Report, op.cit.*, par. 6.149, in cui emerge che, dalle stime fornite dagli sviluppatori di *app* e i *network* pubblicitari all’Autorità britannica, soltanto il 20/30% degli utenti ha prestato il proprio consenso al tracciamento (ossia ha selezionato “*Consenti*”), quando è stato mostrato loro il *prompt* dell’ATT.

In aggiunta, a seguito dell'adozione dell'ATT *policy*, anche con riguardo agli strumenti di misurazione dell'efficacia delle campagne pubblicitarie emerge una sostanziale differenza di trattamento che determina uno svantaggio per gli operatori terzi a favore di Apple<sup>612</sup>. In particolare, l'interfaccia di programmazione (API), fornita da Apple agli inserzionisti e sviluppatori di *app* terzi per la misurazione dell'efficacia delle campagne pubblicitarie (*SkadNetwork*), risulta meno funzionale di quella utilizzata dalla stessa (*Apple Ads Attribution*). I limiti di *SkadNetwork* comportano un accesso tardivo ai dati di conversione<sup>613</sup> e la fruizione di dati eccessivamente aggregati e comunque limitati. La riduzione della capacità di profilazione comporta per gli inserzionisti un aumento del "costo medio per azione" (CPA) dell'acquisto di spazi pubblicitari, che si riverbera direttamente sui profitti degli sviluppatori terzi. Le stime citate dall'Autorità antitrust riportano una riduzione dei ricavi dei principali sviluppatori concorrenti di Apple pari all'incirca a 10 miliardi di dollari<sup>614</sup>. All'opposto, nel periodo di adozione della nuova *policy*, l'App Store ha registrato un significativo aumento dei *download*, passati dal 17% al 58%, accompagnato da una significativa crescita dei relativi introiti pubblicitari<sup>615</sup>.

Alla luce degli elementi sopra esposti, la fattispecie *antitrust* che viene in rilievo è quindi l'abuso di posizione dominante, di cui all'articolo 102 TFUE. Al fine di valutare se Apple abbia abusato della propria posizione dominante occorre in primis definire i mercati rilevanti, ovvero l'ambito merceologico e geografico nel quale si svolge la concorrenza tra imprese; successivamente accertare il potere di mercato detenuto dalle imprese stesse per definire se abbiano o meno una posizione di dominanza nei mercati individuati, e poi esaminare la condotta suscettibile di integrare la fattispecie anticoncorrenziale e gli effetti della stessa.

### 6.1.1 (segue) I mercati rilevanti e la posizione dominante di Apple

Nel caso in esame, i mercati rilevanti potrebbero essere individuati dall'insieme delle attività che permettono ad Apple di influenzare la capacità di raccolta dei dati degli utenti che utilizzano la piattaforma iOS, nonché le attività che utilizzano e valorizzano i dati

---

<sup>612</sup> Sul punto si veda AGCM, Provv. n. 30620, *cit.*, par. 16-19.

<sup>613</sup> Il termine "conversione" indica le azioni eseguite dagli utenti in risposta agli annunci pubblicitari loro mostrati (quali, ad esempio, l'iscrizione ad un servizio, un acquisto all'interno di un app etc.). Cfr. AGCM, Provv. n. 30620, *cit.*, nota 3.

<sup>614</sup> Cfr. AGCM, Provv. n. 30620, *cit.*, par. 18.

<sup>615</sup> Cfr. Insider Intelligence, "Apple ad revenues skyrocket amid its privacy changes" 31 Gennaio 2022, consultabile al link: <https://www.insiderintelligence.com/content/apple-ad-revenues-skyrocket-amid-its-privacy-changes>.

stessi ai fini della personalizzazione delle campagne pubblicitarie e del finanziamento delle *app* da parte degli sviluppatori.

In particolare, secondo quanto riportato nel provvedimento di avvio dell'AGCM, i mercati rilevanti sotto il profilo merceologico sono quattro<sup>616</sup>: (a) *il mercato delle piattaforme per la distribuzione online di app per utenti del sistema operativo iOS*; (b) *il mercato dello sviluppo e distribuzione di app*; (c) *i mercati della pubblicità online*; (d) *il mercato della produzione e vendita di dispositivi*.

La condotta di Apple in esame ha luogo nel primo dei mercati menzionati e, di conseguenza è in questo che va effettuata la valutazione della sua dominanza. Infatti, le regole sulla *privacy* della nuova politica ATT vengono imposte da Apple agli sviluppatori di *app* terzi. Pertanto, per valutare la condotta in esame, è rilevante il mercato in cui Apple offre l'accesso agli sviluppatori al proprio *App Store*. In quest'ultimo va quindi esaminata “*la sostituibilità dal lato della domanda dal punto di vista degli sviluppatori e dell'offerta dal punto di vista dei fornitori di piattaforme, nonché la posizione dominante di Apple*”<sup>617</sup>.

Per quanto riguarda la sostituibilità dal lato della domanda, *App store* è l'unico negozio virtuale attraverso cui le *app native*<sup>618</sup> possono essere distribuite agli utenti finali che utilizzano il sistema operativo iOS. Infatti, Apple non consente di scaricare *app* per dispositivi iOS tramite negozi alternativi. L'altro principale negozio online alternativo per la distribuzione di *app*, ovvero *Google Play Store*, non può essere considerato un sostituto dal punto di vista degli sviluppatori, in quanto è accessibile ai soli utenti che adottano il sistema operativo Android (alternativo ad iOS). Dato che gli utenti tendono ad utilizzare un solo dispositivo, gli sviluppatori di *app* non hanno altra scelta che offrire le loro *app* su entrambi i sistemi operativi. In sostanza, non risulta che vi siano “*alternative ad App Store di Apple disponibili che potrebbero servire come sostituti per gli sviluppatori di applicazioni che intendano offrire le loro app agli utenti iOS*”<sup>619</sup>.

---

<sup>616</sup> Sul punto si veda AGCM, Provv. n. 30620, *cit.*, par. 23.

<sup>617</sup> Così, AGCM, Provv. n. 30620, *cit.*, par. 25.

<sup>618</sup> Esistono due tipi principali di *app*: le *app native* e le *app web*. Le prime sono sviluppate specificamente per un particolare sistema operativo e quindi, un *app* iOS (per dispositivi Apple) non può essere scaricata su un dispositivo Android (per dispositivi Windows) e viceversa. Molte *app native* sono disponibili per il download tramite negozi online dedicati, come l'*App Store* per Apple e il *Marketplace* per Google, che fungono da gateway per gli sviluppatori terzi che desiderano distribuire le proprie *app*. Le *app web*, al contrario, sono siti web tradizionali che possono essere accessibili senza la necessità di installarli sul proprio dispositivo. Cfr. AGCM, Provv. n. 30620, *cit.*, nota 10.

<sup>619</sup> Così, AGCM, Provv. n. 30620, *cit.*, par. 27.

In aggiunta, con riguardo al lato dell'offerta, l'AGCM osserva che Apple detiene uno stretto controllo su tale mercato e limita qualsiasi altra azienda che offre un'alternativa compatibile con iOS, al punto da determinare l'insostituibilità dei servizi in questione<sup>620</sup>. Infine l'AGCM, sulla base di alcune decisioni precedenti della Commissione Europea<sup>621</sup> specifica che, sotto il profilo geografico, il mercato delle piattaforme per la distribuzione online di *app* per utenti iOS può essere considerato di dimensioni mondiale.

Alla luce di tali considerazioni, risulta che la società di Cupertino detiene l'esclusività nel fornire servizi di piattaforma per la distribuzione online di applicazioni attraverso il sistema operativo iOS in tutti i Paesi del mondo. Inoltre, Apple applica le stesse regole in tutti gli Stati membri dell'UE, regole che vietano esplicitamente agli sviluppatori di distribuire *app* attraverso negozi online alternativi per dispositivi iOS. Di conseguenza, la posizione di mercato di Apple come unico fornitore di un negozio online è uniforme in tutti gli Stati membri. Anche se gli sviluppatori di *app* possono utilizzare altre piattaforme e sistemi operativi (come ad esempio Android), non possono fare a meno di *Apple store* per continuare a servire la clientela che utilizza dispositivi Apple. *“In tal senso, appare inequivocabile la posizione dominante di Apple, anche e livello nazionale”*<sup>622</sup>.

Negli altri mercati rilevanti menzionati devono essere valutati gli effetti della condotta di Apple.

Per quanto riguarda il mercato dello sviluppo e distribuzione di *app*, la società di Cupertino è un'impresa verticalmente integrata che opera sia a monte nel mercato delle piattaforme, sia a valle in concorrenza con un numero ingente di soggetti che sviluppano e distribuiscono *app* destinate agli utenti finali, anche attraverso negozi online relativi a sistemi operativi differenti da iOS. Tale posizione consente ad Apple di incidere, tramite l'ATT *policy*, sull'attività svolta dai suoi concorrenti in tale mercato<sup>623</sup>.

Il modello *“ad-supported”* (i.e. la monetizzazione delle *app* tramite pubblicità online)<sup>624</sup> rappresenta per gli sviluppatori di *app* la fonte più diffusa e idonea a generare ricavi. A

---

<sup>620</sup> *Ivi*, par. 28.

<sup>621</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, decisione del 18 luglio 2018, caso COMP/AT. 40099 *Google/Android*.

<sup>622</sup> Così, AGCM, Prov. n. 30620, *cit.*, p. 43.

<sup>623</sup> *Ivi*, par. 30.

<sup>624</sup> La capacità degli sviluppatori di generare ricavi dalla distribuzione di *app* può derivare da uno dei seguenti modelli: (a) il modello cd. *“a pagamento”*, che comporta l'addebito di costi ai consumatori per *download*, abbonamenti, o contenuti in *app*; (b) il modello *“ad-supported”* (ovvero finanziato dalla pubblicità), che prevede l'offerta gratuita (o a un prezzo molto basso) delle *app* e la vendita di spazi pubblicitari (pubblicità in-*app*) direttamente agli inserzionisti o tramite fornitori di servizi pubblicitari; (c) il modello cd. *“freemium”*, una combinazione dei due modelli di monetizzazione, per cui viene offerta una versione gratuita dell'*app* con pubblicità

partire dal 2021, con l'introduzione della nuova ATT *policy*, tale fonte di reddito ha subito un calo significativo per i concorrenti di Apple, mentre la stessa ha visto un progressivo aumento dei suoi introiti pubblicitari. Come osserva l'AGCM: “*Appare pertanto necessario tenere conto delle possibili correlazioni tra l'impatto delle condotte nei mercati della pubblicità on-line e quello che si determina sul mercato dello sviluppo e distribuzione di app*”<sup>625</sup>.

Riprendendo brevemente alcune considerazioni già effettuate nel primo capitolo, il settore della pubblicità online può essere suddiviso in due mercati rilevanti distinti: quello *search* e quello *no-search advertising*<sup>626</sup>. Quest'ultimo può essere ulteriormente segmentato in base al tipo di formato e di canale attraverso cui il messaggio pubblicitario viene veicolato. In particolare, ai fini del procedimento in esame, deve essere preso in considerazione il mercato del *display advertising*, appartenente al *genus* del *no-search advertising*, consistente nella visualizzazione da parte dell'utente di un'inserzione grafica (ad esempio un *banner*), che appare su qualsiasi pagina web e che viene selezionata o in base all'affinità con il contenuto della pagina stessa (i.e. *contextual targeting*), ovvero indipendentemente da questa (i.e. *non contextual targeting*)<sup>627</sup>.

Appare chiaro che, per tali caratteristiche, la pubblicità *display* svolge un ruolo determinate nell'attività degli sviluppatori di *app*.

Infine, devono essere presi in esame gli effetti della condotta di Apple nel mercato della produzione e vendita di dispositivi mobili di alta gamma. Infatti, il suo comportamento può determinare un aumento della fidelizzazione dei clienti verso *app* scaricabili esclusivamente tramite il sistema iOS, idoneo a determinare un impatto positivo sulle quote del colosso Apple nel mercato della fornitura di dispositivi mobili.

### 6.1.2 (segue) L'abusività delle condotte

La condotta abusiva di Apple consisterebbe nella sua politica di discriminazione (o di *self-preferencing*) tramite il nuovo *framework* ATT, il quale è idoneo ad avvantaggiare la propria divisione commerciale a discapito degli sviluppatori terzi, incidendo direttamente sulla principale fonte di reddito di quest'ultimi e ostacolandone l'ingresso o la

---

integrata, con la possibilità di passare a una versione a pagamento che di solito offre funzionalità extra.

<sup>625</sup> Così, AGCM, Provv. n. 30620, *cit.* par. 33.

<sup>626</sup> Sul punto v. *supra* Cap. I, pag. 27 nota 133.

<sup>627</sup> Sul *display advertising* v. *supra* Cap. I § 3.3.



permanenza nel mercato. Secondo l'AGCM, l'intero ecosistema di Apple ne risulterebbe favorito.

Nello specifico le preoccupazioni sollevate dell'Autorità antitrust investono innanzitutto la diminuzione della capacità di vendita degli spazi pubblicitari da parte degli sviluppatori terzi suoi concorrenti, quale fattore lesivo per il mercato e per l'innovazione.

Infatti, la disponibilità di ingenti quantità di dati degli utenti svolge un ruolo fondamentale per “[...] l'appetibilità degli spazi pubblicitari acquistati dagli inserzionisti”<sup>628</sup>. Ciò in quanto i dati degli utenti e la loro profilazione consentono sia di indirizzare i messaggi pubblicitari ad uno specifico target di consumatori (il cd. *behavioural targeting*), sia di misurare l'efficacia e l'impatto delle campagne pubblicitarie, associando le azioni degli utenti (quali, ad esempio, l'acquisto di un bene o servizio) alla visualizzazione o all'interazione con un annuncio.

La nuova ATT *policy* introdotta da Apple per i soli sviluppatori di *app* terzi ha portato ad una drastica diminuzione, in modo discriminatorio, della loro capacità di raccogliere dati e di profilare gli utenti, riducendo così il valore degli spazi pubblicitari da essi venduti agli inserzionisti. In altre parole, Apple, ostacolando a proprio vantaggio la capacità dei concorrenti di vendere spazi pubblicitari, ha favorito le proprie vendite sia dirette<sup>629</sup> sia quelle effettuate per conto di terzi<sup>630</sup>. Ciò inoltre potrebbe determinare la riduzione del potere contrattuale degli inserzionisti davanti alla concentrazione dell'offerta degli spazi pubblicitari nelle mani del colosso *Apple*.

In aggiunta, come già osservato precedentemente, Apple a partire dal 2021 ha imposto agli sviluppatori terzi un'unica interfaccia di programmazione di *app*, *SkadNetwork*, per misurare l'efficacia delle loro campagne pubblicitarie. Quest'ultima risulta “[...] del tutto inadeguata allo scopo, giacché fornisce a inserzionisti ed editori pubblicitari dati limitati, eccessivamente aggregati e tardivi, peggiorando in modo significativo l'efficacia della misurazione rispetto agli strumenti di misurazione che Apple mette a disposizione degli inserzionisti che acquistano pubblicità dalla stessa”<sup>631</sup>.

---

<sup>628</sup> Così, AGCM, Provv. n. 30620, *cit.* par. 45.

<sup>629</sup> Per esempio, attraverso gli spazi pubblicitari venduti dentro l'App store o altre applicazioni di Apple.

<sup>630</sup> Ad esempio, all'interno di *app* di terzi in cui tuttavia la pubblicità è intermediata da Apple. Sul tal punto si veda M. GURMAN, *Apple Finds Its Next Big Business: Showing Ads on Your iPhone*, in Bloomberg, 14 agosto 2022, nel quale si fa riferimento al progetto iAD del 2010 in cui Apple si proponeva di intermediare pubblicità per conto di terzi, disponibile al link: <https://www.bloomberg.com/news/newsletters/2022-08-14/apple-aapl-set-to-expandadvertising-bringing-ads-to-maps-tv-and-books-apps> *l6tdqqmg?leadSource=uverify%20wall*. Cfr. AGCM, Provv. n. 30620, *cit.*, nota 20.

<sup>631</sup> Cfr. AGCM, Provv. n. 30620, *cit.* par. 48.

Si sottolinea che la condotta oggetto di indagine non riguarda l'adozione di un più rigoroso standard di privacy, ma l'imposizione di politiche differenti ai soli sviluppatori di *app* terzi<sup>632</sup>. Imposizione che, a parere dell'Autorità, incide sulla fonte di reddito principale dei suoi concorrenti, spingendoli verso modelli di *business* a pagamento, potenzialmente svantaggiosi sotto il profilo concorrenziale rispetto alle *app* di Apple e le sue strategie cd. *zero-price*, con un ulteriore pregiudizio anche per gli utenti finali. Quest'ultimi, infatti, vedono ridotta la loro possibilità di offerta di *app* gratuite dai suddetti sviluppatori.

Tale alterazione della fonte di reddito degli sviluppatori concorrenti risulterebbe infine idonea sia a limitare o impedire la loro permanenza nel mercato della distribuzione delle *app*, sia a favorire le applicazioni di Apple, incrementando di conseguenza la vendita di apparati mobili con sistema operativi iOS.

Conclude l'AGCM affermando che, per le ragioni sopra esposte, i comportamenti posti in essere da Apple appaiono configurare una violazione dell'art. 102 TFUE. Il procedimento, quindi, proseguirà con la data di conclusione che è stata fissata, al massimo, per il 3 maggio 2024.

La nuova politica ATT di Apple, come già detto, è oggetto di indagine da parte di diverse autorità antitrust. Sul punto è interessante notare il diverso approccio adottato dall'*Autorité de la Concurrence* francese in merito al caso in esame. Mentre l'Autorità italiana ha sostenuto che il caso non riguarda il livello di privacy dell'ecosistema Apple, ma l'imposizione di politiche differenziate ai soli sviluppatori di *app* terzi; all'opposto l'Autorità antitrust francese, nel valutare se emettere misure provvisorie contro Apple, ha richiesto il parere alla *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL, ovvero l'Autorità francese per la protezione dei dati) che le ha di fatto impedito di emettere tali misure. Infatti, a parere del CNIL, la nuova politica ATT di Apple non può essere considerata una pratica abusiva per due ordini di ragione: (a) una società, anche se in posizione dominante, “[...]has the freedom in principle to set rules to access its services, subject to not disregarding the laws and applicable regulations and that these rules are not anti-competitive”<sup>633</sup>; (b) il nuovo *framework* di Apple non va contro il

---

<sup>632</sup> *Ivi*, par. 47.

<sup>633</sup> Così, AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, Press releases: *Targeted advertising, Apple's implementation of the ATT framework. The Autorité does not issue urgent interim measures against Apple but continues to investigate into the merits of the case*, 17 March 2021, disponibile al link: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/communiqués-de-presse/targeted-advertising-apples-implementation-att-framework-autorite-does-not>.

GDPR e le norme sulla privacy, consentendo agli utenti di aver maggior controllo sui loro dati personali e permettendogli di compiere scelte in modo semplice ed informato<sup>634</sup>.

In conclusione, nel caso ATT/Apple emerge chiaramente come un approccio sinergico e complementare fra privacy e antitrust può risultare controproducente, specialmente nel settore del *digital advertising*, portando alla conseguenza paradossale di rafforzare ulteriormente il dominio dei colossi *tech* in tali mercati. La nuova ATT *policy* di Apple (ma stesso discorso potrebbe essere fatto in merito all’iniziativa *Privacy Sandbox* di Google)<sup>635</sup>, nonostante abbia sicuramente il merito di garantire una maggior tutela della privacy degli utenti finali, ha di fatto ridotto drasticamente la possibilità di editori e sviluppatori di *app* terzi di raccogliere dati sull’ecosistema Apple, ostacolando così la loro capacità di vendere gli spazi pubblicitari agli inserzionisti. La condotta di *self-preferencing* della società di Cupertino ha di conseguenza causato un calo dei proventi della pubblicità degli inserzionisti terzi, a vantaggio della propria divisione commerciale e a discapito dei suoi concorrenti.

L’impiego di politiche incentrate sulla privacy come giustificazione per condotte potenzialmente anticoncorrenziali testimonia la tensione intrinseca fra queste due aree del diritto. In aggiunta, il caso francese di Apple ATT dimostra che supportare la cooperazione tra le rispettive Autorità competenti risulta inadatto a risolvere la suddetta tensione. Si è più volte in dottrina sostenuto che qualsiasi contrasto fra diritto antitrust e quello a protezione dei dati “[...] can be reconciled through careful consideration of the issues on a case-by-case basis, with consistent and appropriate application of

---

<sup>634</sup> Ibidem. Sul punto si veda anche COMMISSIONE EUROPEA, *Study on the impact of recent developments in digital advertising on privacy, publishers and advertisers: final report*, cit, p. 227 par. 6.7.4: “The consent prompts that Apple’s ATT provides are user-friendly, easily accessible, comprehensible and actionable. The prompt is automatically provided to users, meaning they do not need prior knowledge of it to be able to use it. Additionally, it is quick to use, with straightforward explanations”.

<sup>635</sup> In particolare, il progetto *Privacy Sandbox* di Google, con l’obiettivo dichiarato di garantire una maggior privacy dei consumatori, disabiliterebbe i *cookie* di terze parti sul browser *Chrome* sostituendoli con un nuovo set di strumenti per il *targeting* pubblicitario. Dunque, analogamente alla politica ATT di Apple, i cambiamenti pianificati sulla privacy di Google sollevano preoccupazioni legate a discriminazioni anticoncorrenziali nei confronti dei concorrenti. Infatti, nel 2021 la Commissione europea ha avviato un procedimento antitrust sulle condotte di Google nel settore del *display advertising*, includendo anche la *Privacy Sandbox*. L’ipotesi che la Commissione intende verificare è se Google possa con tale nuova *policy* limitare l’accesso da parte di terzi ai dati degli utenti per scopi pubblicitari, riservando tali dati per sé e distorcendo, in questo modo, la concorrenza nel mercato della pubblicità *display*. Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Press release, Commission opens investigation into possible anticompetitive conduct by Google in the online advertising technology sector*, 22 Giugno 2021, disponibile al link: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_21\\_3143](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3143).

*competition and data protection law, and through continued close cooperation*”<sup>636</sup>. Tuttavia, in Francia l’intervento del CNIL ha messo effettivamente a rischio l’indagine antitrust, dimostrando che gli obiettivi diversi perseguiti dalle due branche del diritto possono essere inconciliabili nella pratica<sup>637</sup>.

## 6.2 La saga del caso Enel (A511)

Il fenomeno dell’uso strumentale della privacy per perseguire condotte anticoncorrenziali viene in rilievo non solo con riguardo alle piattaforme digitali.

Ai fini della presente analisi sulla relazione fra la disciplina a tutela dei dati personali e quella a tutela della concorrenza meritano di essere menzionati due provvedimenti sanzionatori adottati dall’AGCM per violazione dell’art. 102 TFUE nel dicembre 2018, rispettivamente nei confronti di Enel (A511)<sup>638</sup> e di Acea (A513)<sup>639</sup>. Entrambe le decisioni riguardano le modalità con cui le due società raccoglievano i consensi degli utenti al fine di ricevere informazioni e ad essere contattati per proposte commerciali. Tali condotte, seppur conformi alla normativa sulla privacy, sono state ritenute illecite in quanto idonee a favorire le divisioni commerciali dei due *incumbent* rispetto a quelle dei concorrenti. Emerge dunque anche in tali casi la tensione intrinseca fra queste due aree del diritto.

Soffermando l’attenzione in particolare sul caso Enel, la condotta abusiva sanzionata dall’AGCM si colloca sullo sfondo del processo di liberalizzazione di matrice eurounitaria che interessava in quegli anni il settore energetico<sup>640</sup>. Tale processo in prima battuta si è concretizzato attraverso: (a) l’apertura del mercato libero solo a una serie di clienti di maggiori dimensioni (gli utenti c.d. “*idonei*”, ossia autorizzati a scegliere il

---

<sup>636</sup> Così, COMPETITION AND MARKET AUTHORITY (CMA) AND INFORMATION COMMISSIONER’S OFFICE (ICO), *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO, op.cit.*, p. 26.

<sup>637</sup> Cfr. G. COLANGELO, *The Privacy-Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition, op.cit.*, p. 30.

<sup>638</sup> Cfr. AGCM, Prov. del 20 dicembre 2018, n. 27494, *Enel/Condotta anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*, in *Boll. n. 2/2019*.

<sup>639</sup> Cfr. AGCM, Prov. del 20 dicembre 2018, n. 27496, *Acea/ Condotta anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*, in *Boll. n. 2/2019*.

<sup>640</sup> A livello europeo, per armonizzare e liberalizzare il mercato interno dell’energia dell’UE, sono stati adottati tre successivi “pacchetti” di direttive tra il 1996 e il 2009: la Direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 dicembre 1996; Direttiva 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003; Direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009. In ambito nazionale, dopo il d.lgs. n. 79/1999 (c.d. “*Decreto Bersani*”), che ha recepito la Direttiva 96/92/CE (c.d. “*primo pacchetto energia*”) sono intervenuti: il D.L. n.73/2007 (convertito con legge n. 125/2007), in recepimento della Direttiva 2003/54/CE (c.d. “*secondo pacchetto energia*”), e il d.lgs. n. 93/2011, di recepimento della Direttiva 2009/72/CE (c.d. “*terzo pacchetto energia*”).

proprio fornitore; (b) il mantenimento di un regime transitorio di mercato vincolato per i clienti di minor dimensioni (gli utenti cd. “vincolati”, ossia obbligati ad acquistare energia elettrica solo dal distributore territorialmente competente, unico per ogni ambito locale)<sup>641</sup>. Si tratta di clienti domestici e di piccole imprese, i quali, considerati non in grado di negoziare i prodotti energetici in condizioni di compiuta consapevolezza o forza negoziale, hanno beneficiato di un regime regolato (ossia il «*servizio di maggior tutela*»). In un secondo momento, il numero degli utenti vincolati è stato nel tempo gradualmente ridotto, tramite la progressiva attribuzione della qualifica alternativa di cliente cd. *idoneo* a un numero crescente di utenti<sup>642</sup>.

È in tale scenario che l’Enel, l’impresa verticalmente integrata monopolista della produzione di energia elettrica in Italia e attiva nella sua distribuzione, è stata soggetta ad un procedimento di separazione («*unbundling*»), al fine di garantire condizioni di accesso trasparenti e non discriminatorie alle infrastrutture essenziali di produzione e di distribuzione. A seguito di tale procedimento, le varie fasi del processo di distribuzione sono state attribuite a imprese distinte, ossia al Servizio Elettronico Nazionale S.p.a. (o SEN, interamente controllata da Enel S.p.a. e operante dal 1° gennaio 2008 nella vendita di energia elettrica ai clienti finali serviti in regime di maggior tutela)<sup>643</sup> ed ad Enel

---

<sup>641</sup> Sul punto si veda art. 2, comma 7 del d.lgs. 79/1999: “*Cliente vincolato è il cliente finale che, non rientrando nella categoria dei clienti idonei, è legittimato a stipulare contratti di fornitura esclusivamente con il distributore che esercita il servizio nell’area territoriale dove è localizzata l’utenza*”.

<sup>642</sup> In particolare in ambito nazionale, nel decreto Bersani è stata prevista la immediata attribuzione della qualifica di clienti *idonei* non solo a utenti intermediari (grossisti, distributori), ma anche a un primo gruppo di utenti finali molto grandi, che consumavano più di 30 GWh annui, (d.lgs. n. 79/1999, art. 14, commi 1 e 2). Tale decreto specifica altresì, ai commi successivi del medesimo art. (art 14 co. 3 e 4), le date per il successivo riconoscimento della medesima qualifica a clienti di dimensioni via via minori, ancorché sempre molto consistenti. Prevedeva infatti che dal 1° gennaio 2000 diventassero clienti idonei gli utenti che consumavano più di 20 GWh annui e dall’1° gennaio 2002 quelli che ne consumavano più di 9 GWh. Successivamente, la legge Marzano, riprendendo quanto già stabilito dalla seconda direttiva comunitaria, ha previsto che divenissero clienti idonei tutti gli utenti non domestici a partire dal 1° luglio 2004 e tutti i clienti finali, ivi inclusi i clienti domestici, a partire dal 1° luglio 2007.

<sup>643</sup> Più nello specifico, il gruppo Enel nell’ottobre 1999, in ottemperanza alle previsioni del d.lgs. 79/99 (c.d. “decreto Bersani”) ha creato un’apposita società che esercita l’attività di distribuzione di energia elettrica per i clienti cd. vincolanti, denominata Enel Distribuzione S.p.a. Dal 2008, momento in cui tutti i clienti sono divenuti “idonei” ed è divenuto operativo il cd. “regime di maggior tutela” per coloro che non operino la scelta espressa di un fornitore sul mercato libero, il gruppo ha creato un’ulteriore distinta società per svolgere l’attività di vendita, Enel Servizio Elettrico S.p.a., separandola quindi giuridicamente dalla società che svolge l’attività di vendita di energia elettrica sul mercato libero (ovvero Enel Energia S.p.a.). In particolare, Enel Servizio Elettrico S.p.a. è stata operativa dal 1° gennaio 2008 come società separata per la vendita ai clienti in regime di maggior tutela. Dal 1° gennaio 2017 Enel Servizio Elettrico S.p.a. ha assunto l’attuale denominazione Servizio Elettrico Nazionale S.p.a. Cfr. AGCM, Prov. n. 27494, *Enel/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*, cit., par. 56-59.

Energia S.p.a. (o EE, attiva nella vendita di energia elettrica e gas ai clienti finali sul mercato libero , anche essa interamente controllata da Enel S.p.a.).

La controversia in esame scaturisce da un esposto pervenuto all'AGCM, depositato dall'Associazione Italiana di Grossisti di Energia e Trader (in prosieguo l'AIGET), e dalle segnalazioni di singoli consumatori che denunciavano l'utilizzo illecito di informazioni commercialmente sensibili da parte del gruppo ENEL. Su queste basi, l'AGCM, in data 4 maggio 2017, ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti dell'ENEL, del SEN e della EE per verificare se i comportamenti attuati congiuntamente da tali società configurassero un abuso di posizione dominante<sup>644</sup>.

Tale istruttoria si è conclusa con l'adozione della decisione del 20 dicembre 2018, con la quale l'AGCM ha accertato che il SEN e la EE (coordinate dalla capogruppo ENEL), avevano posto in essere, dal gennaio 2012 e fino al maggio 2017, un abuso di posizione dominante in violazione dell'articolo 102 TFUE sui mercati della vendita di energia elettrica ai clienti domestici e non domestici connessi alla rete di bassa tensione<sup>645</sup>. Di conseguenza, l'AGCM ha comminato alle summenzionate società, in solido tra loro, un'ammenda per un importo di circa 93 milioni di euro.

A parere dell'AGCM, il gruppo Enel avrebbe attuato una strategia escludente volta a "traghetare" i clienti dal SEN (gestore del mercato tutelato) all'EE (attiva sul libero mercato), in vista della prospettata eliminazione del servizio di maggior tutela (il SMT). In altre parole, l'obiettivo del gruppo ENEL sarebbe stato quello di evitare un passaggio in massa degli utenti dal SEN a fornitori terzi, in vista dell'abolizione (allo stato non ancora attuata) del mercato tutelato.

A tale scopo, secondo l'AGCM, il SEN avrebbe raccolto i consensi degli utenti del mercato tutelato a ricevere proposte commerciali del mercato libero tramite modalità discriminatorie, consistenti nel chiedere consensi separati per le società del gruppo Enel da un lato e per i terzi concorrenti dello stesso dall'altro. In tal modo, i clienti sarebbero stati spinti a fornire il loro consenso in favore delle società del gruppo ENEL, credendo erroneamente che il rilascio di tale consenso fosse necessario e funzionale al mantenimento del rapporto contrattuale con il proprio fornitore, mentre tendevano a negare il consenso in favore di altri operatori<sup>646</sup>. I nominativi dei clienti del mercato

---

<sup>644</sup> Cfr. AGCM, Istruttoria A511– *Enel/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*, Provvedimento del 14 maggio 2017 n. 26581, in *Boll.* 18/2017

<sup>645</sup> Cfr. AGCM, Provv. n. 27494, *Enel/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*, *cit.*

<sup>646</sup> Sul punto si veda, AGCM, Provv. n. 27494, *cit.*, par. 85: "Il Servizio Elettrico Nazionale ha dichiarato che, in media, circa il 70% dei soggetti che rilasciano un consenso privacy per finalità

tutelato che hanno prestato il proprio consenso sono stati inseriti in apposite liste (le liste cd. SEN). Quest'ultime sono poi state trasferite a EE mediante contratti a titolo oneroso, a condizioni non accessibili ai concorrenti, e utilizzate per lanciare *“specifiche offerte esclusivamente dedicate alla clientela ancora servita in maggior tutela”*<sup>647</sup>, al fine di convincerla a passare al mercato libero.

Secondo l'AGCM, le suddette liste costituiscono *“un asset strategico e irreplicabile, su cui il soggetto in posizione dominante ha fatto leva per attuare una politica di pre-emption sulla clientela”*, *“[...] avendo la possibilità di individuare precisamente e senza margine di errore chi fossero i clienti ancora in MT [maggior tutela], informazione non pubblicamente disponibile”*<sup>648</sup>.

È importante rilevare che, nel caso in esame, non viene messa in discussione la conformità delle modalità di acquisizione del consenso alle norme sulla privacy. Sul punto, l'AGCM si limita ad osservare che la richiesta di un doppio e separato consenso per le società del gruppo e per i terzi non è imposta dalla normativa in materia di protezione dei dati. Al contrario, tale scelta è frutto di autonoma decisione del Gruppo Enel e *“finalizzata a favorire in modo discriminatorio la società collegata EE”*, che ha così potuto usufruire *“dei vantaggi competitivi derivanti dalla detenzione di informazioni privilegiate attraverso le quali promuovere le proprie iniziative commerciali nel mercato libero”*<sup>649</sup>. Pertanto, il caso in esame è un ulteriore esempio di come comportamenti posti in essere da un'impresa per garantire una maggior privacy ai clienti o ai fornitori possano dar luogo a condotte restrittive della concorrenza e configurare un illecito antitrust.

Le società del gruppo ENEL hanno proposto ricorsi separati avverso la decisione dell'AGCM dinanzi al Tribunale amministrativo regionale (TAR) per il Lazio.

Il giudice di primo grado, pronunciandosi con le sentenze n. 11954 e n. 11958 del 2019, ha accolto i ricorsi di EE e SEN limitatamente ai profili relativi alla durata del presunto abuso e ai criteri utilizzati dall'AGCM per calcolare la sanzione, riducendola a circa 27,5 milioni di euro<sup>650</sup>. Per contro, il medesimo giudice ha respinto integralmente il ricorso proposto dall'ENEL e ha parimenti confermato la sanzione irrogata<sup>651</sup>.

---

*di natura commerciale esprime il consenso al solo trattamento intra-gruppo, mentre il restante 30% esprime il consenso anche al trattamento da parte di terzi”.*

<sup>647</sup> *Ivi*, par. 218.

<sup>648</sup> *Ivi*, par. 226.

<sup>649</sup> *Ivi*, par. 220.

<sup>650</sup> Cfr. TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 11954/2019; TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 11958/2019

<sup>651</sup> Cfr. TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 11957/2019;

Avverso tali decisioni le tre società hanno interposto appello separatamente dinanzi al Consiglio di Stato (CDS), chiedendo l'annullamento integrale del provvedimento sanzionatorio o, in subordine, un'ulteriore riduzione della sanzione.

A parere del giudice del rinvio, il quale ha riunito i tre ricorsi, è pacifico che il gruppo ENEL detiene una posizione dominante nel mercato in questione. Per altro verso, evidenzia come la nozione di "sfruttamento abusivo" sollevi diverse questioni interpretative, in particolare per quanto riguarda gli abusi «atipici» (come quello di cui al procedimento in esame).

Pertanto il Consiglio di Stato, nutrendo dubbi sull'interpretazione da dare all'articolo 102 TFUE, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione Europea una serie di questioni pregiudiziali.

Nella sentenza della CGUE del 12 maggio 2022, relativa alle suddette questioni, si trova uno spunto interessante ai fini della presente analisi sul rapporto fra privacy e antitrust<sup>652</sup>. In particolare, con la prima questione sollevata il giudice del rinvio domanda se, ai fini dell'articolo 102 TFUE, possa sussistere un abuso di posizione dominante in presenza di condotte lecite alla luce di branche del diritto diverse dal diritto della concorrenza.

Tale questione si basa sulla constatazione che le modalità di acquisizione del consenso nelle liste SEN, erano pacificamente lecite rispetto alle norme in materia di trattamento dei dati personali e sarebbero state ottenute dalla EE al prezzo di mercato.

In via preliminare la Corte ricorda che, secondo una giurisprudenza costante<sup>653</sup>, la nozione di «sfruttamento abusivo», ai sensi dell'art 102 TFUE, è fondata sulla valutazione oggettiva della capacità di un comportamento di un'impresa in posizione dominante di restringere la concorrenza. Di conseguenza, afferma la Corte, *“illegittimità di un comportamento abusivo alla luce di tale disposizione è indipendente dalla qualificazione di tale comportamento in altri rami del diritto”*<sup>654</sup>.

---

<sup>652</sup> CGUE, Sentenza del 12 maggio 2022, Causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e A.*

<sup>653</sup> Sul punto in particolare si vedano CGUE, sentenze del 30 gennaio 2020, Causa C-307/18 *Generics (UK) e a.*, par. 148; sentenza del 25 marzo 2021, Causa C-152/19 P *Deutsche Telekom/Commissione*, par. 41.

<sup>654</sup>CGUE, Sentenza del 12 maggio 2022, Causa C-377/20, *cit.*, par. 67. Nello stesso senso, si veda anche, CGUE, sentenza del 6 dicembre 2012, C-457/10 P *AstraZeneca/Commissione*, par. 132: *“L'illegittimità di un comportamento abusivo alla luce dell'articolo [102 TFUE] non ha alcuna relazione con la sua conformità o meno ad altre norme giuridiche, e gli abusi di posizione dominante consistono, nella maggioranza dei casi, in comportamenti peraltro legittimi alla luce di branche del diritto diverse dal diritto della concorrenza”*.



Tale conclusione risulta in linea con l'opinione espressa dall'avvocato Generale Athanasios Rantos (l'AG) nelle sue conclusioni in merito ai quesiti pregiudiziali rimessi alla Corte di Giustizia dal Consiglio di Stato<sup>655</sup>.

Sulla questione in esame, l'AG osserva infatti che “[...]se fossero considerate abusive ai sensi di tale disposizione [ovvero ai sensi l'art 102 TFUE] solo le pratiche al contempo oggettivamente restrittive della concorrenza e giuridicamente illegittime, un comportamento che fosse potenzialmente nocivo per la concorrenza, ma legittimo, automaticamente non potrebbe essere sanzionato ai sensi dell'articolo 102 TFUE. Orbene, un siffatto risultato comporterebbe il rischio che un abuso di posizione dominante non possa praticamente mai essere constatato, il che comprometterebbe l'obiettivo di tale disposizione, consistente nell'istituire un regime che assicuri che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno. Viceversa, un comportamento non conforme alle norme di diritto di una determinata branca non costituisce necessariamente un abuso da parte dell'impresa dominante, qualora non sia idoneo a causare un pregiudizio, neanche potenziale, al gioco della concorrenza”<sup>656</sup>.

Di conseguenza nel caso in esame, afferma l'avvocato Rantos, “la legittimità dell'acquisizione del consenso delle liste SEN sotto il profilo delle norme di diritto civile non può escludere la qualificazione del comportamento come abusivo ai sensi dell'articolo 102 TFUE”<sup>657</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, emerge come la Corte abbia sostenuto un approccio separatista tra il diritto della concorrenza con altre branche del diritto, inclusa la normativa in materia di protezione dei dati personali. Solo in tal modo lo “scudo” offerto dalla privacy contro eventuali contestazioni delle Autorità antitrust potrebbe risultare tutt'altro che invalicabile.

Per concludere la saga del Caso Enel, il CDS ha affermato che l'AGCM non avesse provato né le modalità discriminatorie di raccolta del doppio consenso privacy, né l'idoneità della condotta a produrre effetti escludenti. Ha quindi ritenuto non sufficiente richiamare la circostanza che tra i soggetti che avevano rilasciato il consenso privacy per finalità di natura commerciale, circa il 70% lo avrebbe limitato al solo trattamento intra-gruppo contro il 30% che avrebbe accettato di ricevere anche offerte dai concorrenti. Alla

---

<sup>655</sup> Cfr. CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE ATHANASIOS RANTOS, presentate il 9 dicembre 2021, Causa C-377/20, ECLI:EU:C:2021:998, disponibile in lingua italiana al link: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=250885&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=6754689#Footnote1>.

<sup>656</sup> *Ivi*, par. 37.

<sup>657</sup> *Ivi*, par. 38.

luce di tali carenze sia istruttorie sia motivazionali, il CdS ha annullato il provvedimento impugnato, non essendo stata provata sul piano oggettivo la sussistenza dell'abuso di posizione dominante da parte del Gruppo ENEL<sup>658</sup>.

## 7. Le criticità dell'approccio integrato

La disciplina a tutela della concorrenza e quella a tutela dei dati personali, nonostante incidano entrambe sui rapporti tra imprese e consumatori, perseguono obiettivi di principio divergenti: la prima implica che i dati degli utenti raccolti da un'impresa siano resi disponibili anche ai concorrenti, al fine di promuovere la competizione e l'innovazione; all'opposto, la seconda presuppone limiti e condizioni alla condivisione dei dati, garantendo in tal modo agli utenti un maggior controllo su di essi<sup>659</sup>.

Tuttavia, le caratteristiche peculiari dei mercati digitali e l'affermarsi di *gatekeeper*, i cui modelli di business si basano sulla raccolta di dati e sulla monetizzazione degli stessi tramite la vendita di pubblicità mirata, hanno portato all'idea che le due discipline siano interconnesse e suscettibili di convergere. Coloro che sostengono tale approccio integrato partono dall'assunto che *"l'unione fa la forza"*<sup>660</sup>: se da un lato le due discipline isolatamente considerate risultano alle volte inadatte a salvaguardare i rispettivi interessi, dall'altro lato l'inclusione di violazione della disciplina a tutela dei dati personali nelle valutazioni antitrust consentirebbe alle Autorità garanti della concorrenza sia di contrastare le strategie di accumulo dei dati sia di garantire una maggior protezione dei dati degli utenti.

Come esaminato precedentemente, nell'ampia letteratura sul tema emergono quattro diverse teorie del danno per includere questioni di privacy nei procedimenti antitrust<sup>661</sup>.

---

<sup>658</sup> Cfr. CDS, Sez. VI, sentenza del 1° dicembre 2022, n. 10571

<sup>659</sup> La letteratura in materia è ormai molto ampia. Tra i tanti, si segnalano, A. ERZACHI, M. E. STUCKE, *Virtual Competition, The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, 2016; G. COLANGELO e M. MAGGIOLINO, *Big data, data protection and antitrust in the wake of the Bundeskartellamt case against Facebook*, in *Antitrust & Public Policies*, n. 1, 2017, p. 104 ss.; M. MAGGIOLINO e G. COLANGELO, *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy Through Competition?*, *op.cit.*; I. GRAEF, *Consumer sovereignty and competition law: from personalization to diversity*, *Common Market Law Review*, vol. 58, 2021, p. 471 ss.; P. MANZINI, *Antitrust e privacy: la strana coppia*, *op.cit.*, p. 125-126. J. LAUX, S. WACHTER, B. MITTELSTADT, *Neutralizing online behavioral advertising: algorithmic targeting with market power as an unfair commercial practice*, *Common Market Law Review*, vol. 58, n. 3, 2021, p. 719 ss.; G. OLIVEIRI, *Sulle "relazioni pericolose" fra antitrust e privacy nei mercati digitali*, *op.cit.*, p. 360-361; OECD, *Consumer Data Rights and Competition - Background note by the Secretariat*, 12 June 2020.

<sup>660</sup> Così, G. COLANGELO, *The Privacy-Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition*, *op.cit.*, p. 34: *"The integrationist movement claims that unity makes strength"*.

<sup>661</sup> V. *supra* § 1.

Tuttavia, la panoramica dei vari procedimenti dell'UE condotta nei paragrafi precedenti dimostra che nessuna di queste teorie ha avuto successo e che tale approccio integrato appare più invocato che adottato nella pratica.

L'unico esempio in cui il mancato rispetto dei valori della privacy è stato equiparato ad una quasi automatica violazione del diritto antitrust rimane la decisione del *Bundeskartellamt* sul caso Facebook<sup>662</sup>. Invero, né la Commissione Europea, né le altre Autorità antitrust nazionali hanno mai avallato la posizione del *Bundeskartellamt* che equipara una violazione del GDPR ad una pratica abusiva di un'impresa in posizione dominante. Inoltre, come si è osservato la Commissione, in seno alla valutazione di diverse operazioni di concentrazione, ha costantemente dichiarato che eventuali preoccupazioni relative alla privacy, derivanti dall'unione dei *dataset* delle imprese coinvolte, rientrano nel campo di applicazione del GDPR<sup>663</sup>, mantenendo quindi un approccio "separatista" fra le due aree del diritto.

In effetti, anche in Germania l'approccio del *Bundeskartellamt* è stato così controverso da scatenare un dibattito tra i tribunali tedeschi e una richiesta di chiarimenti della CGUE<sup>664</sup>.

Infine, si è osservato che la tutela dei dati personali si sta paradossalmente trasformando in un mezzo impiegato dalle piattaforme digitali per giustificare strategie potenzialmente anticoncorrenziali.

Pertanto, tale approccio integrato può risultare dannoso, generando significativi effetti collaterali soprattutto nei mercati della pubblicità online. Infatti, negli ultimi anni emerge il crescente fenomeno di grandi piattaforme digitali che introducono nuove *policy* incentrate sulla tutela della privacy degli utenti, che tuttavia limitano la capacità di terzi di raccogliere dati, compromettendo così l'efficacia della loro pubblicità mirata. Il caso ATT/APPLE, prima esaminato, illustra la tensione intrinseca fra la disciplina a tutela dei dati personali e quella a tutela della concorrenza, evidenziando l'urgenza di trovare un equilibrio tra interessi contrastanti<sup>665</sup>.

In questo scenario, la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul caso Meta era molto attesa, rappresentando il grande finale della saga tedesca del caso Facebook<sup>666</sup>.

---

<sup>662</sup> Cfr. BUNDESKARTELLAMT, caso B6-22/16, *cit.*

<sup>663</sup> V. *supra* § 2.

<sup>664</sup> V. *supra* § 3.

<sup>665</sup> Sul punto G. COLANGELO, *The Privacy-Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition*, *op.cit.*, p. 30-31: "The Facebook and Apple ATT cases are two faces of the same coin. Each results from the strategic use of privacy in antitrust proceedings by both competition authorities and digital platforms, respectively".

<sup>666</sup> CGUE, Causa C-252/21, *Meta Platforms v. Bundeskartellamt*, *cit.*

Pertanto, a conclusione dell'elaborato, l'attenzione si focalizzerà su tale sentenza nella quale la Corte ha precisato il rapporto fra disciplina a tutela della concorrenza e quella a tutela dei dati personali. Si evidenzia però già in premessa che, a parere di una parte della dottrina, la Corte non ha chiarito tutti i dubbi in merito a quale sia la relazione fra queste due aree del diritto e si può quindi ritenere ancora aperta la questione.

## 8. La sentenza della CGUE sul Caso Meta

Come già anticipato, la saga tedesca del Caso Facebook, tramite rinvio pregiudiziale dell'*Oberlandesgericht Düsseldorf* (Tribunale superiore del Land di Düsseldorf), è giunta alla Corte di giustizia dell'UE che si è pronunciata con sentenza del 4 luglio 2023<sup>667</sup>.

Sollecitata dal giudice di rinvio, la Corte ha preso posizione su un ampio numero di questioni. Nel proseguo ci limiteremo ad esaminare quelle legate al tema del rapporto tra antitrust e privacy. Verrà, innanzitutto, analizzata la prima questione pregiudiziale sottoposta all'attenzione della Corte, concernente la possibilità per le autorità nazionali garanti della concorrenza, nell'ambito dell'esercizio delle loro competenze, di controllare la conformità di un trattamento di dati personali alle condizioni stabilite nel GDPR<sup>668</sup>. Successivamente, l'esame si soffermerà sulla sesta questione volta ad accertare la validità, alla luce dell'articolo 6, par. 1, comma 1, lett. a) e dell'art. 9, par. 2, lett. a) del GDPR<sup>669</sup>, del consenso prestato ad un operatore che detiene una posizione dominante sul mercato dei *social network*.

In primo luogo la Corte, nella sentenza in esame, sintetizza il principale modello di *business* delle grandi piattaforme digitali, definito *zero price*, di cui si è già ampiamente trattato precedentemente: le stesse offrono un servizio agli utenti non a fronte di un corrispettivo monetario, bensì in cambio dell'autorizzazione al trattamento dei loro dati personali per finalità commerciali, quali la vendita di spazi pubblicitari mirati agli

---

<sup>667</sup> CGUE, Causa C-252/21, *Meta Platforms v. Bundeskartellamt*, cit.

<sup>668</sup> Si sottolinea che la CGUE ha trattato la prima e la settima questione pregiudiziale contemporaneamente, in quanto connesse fra loro ed entrambe di tipo procedurale. Infatti, con la settima questione il giudice di rinvio interroga la Corte su cosa accadrebbe se, qualora un'autorità antitrust fosse competente ad occuparsi dell'accertamento di cui alla prima questione, una contestazione simile fosse già stata sottoposta all'esame dell'autorità capofila competente, ai sensi dell'articolo 56, par. 1, del GDPR, per la gestione dei trattamenti dei dati personali a carattere transfrontaliero (operando in deroga al criterio dell'imputazione territoriale di cui all'articolo 55, par. 1, del GDPR).

<sup>669</sup> Come precedentemente già evidenziato, l'art.6, par. 1, co. 1, lett. a), e l'art. 9, paragrafo 2, lett. a), del GDPR richiedono il consenso dell'interessato ai fini del trattamento, per una o più finalità specifiche, rispettivamente dei suoi dati personali e del trattamento di categorie particolari di dati (considerati come tali ex art. 9, paragrafo 1).

inserzionisti<sup>670</sup>. Sul punto la Corte chiarisce che: *“Il modello economico del social network online Facebook si fonda sul finanziamento tramite la pubblicità online, che viene creata su misura per i singoli utenti del social network in funzione, in particolare, del loro comportamento di consumo, dei loro interessi, del loro potere d’acquisto e della loro situazione personale. Il presupposto tecnico per questo tipo di pubblicità è la creazione automatizzata di profili dettagliati degli utenti del network e dei servizi online offerti a livello del gruppo Meta. A tal fine, oltre ai dati che gli utenti forniscono direttamente al momento della loro iscrizione ai servizi online di cui trattasi, vengono raccolti, all’interno e all’esterno di detto social network e dei servizi online forniti dal gruppo Meta, e messi in relazione ai loro diversi account di utenza anche altri dati relativi ai tali utenti e ai loro dispositivi. Il quadro generale di tali dati consente di trarre conclusioni dettagliate sulle preferenze e sugli interessi dei medesimi utenti”*<sup>671</sup>.

Passando all’esame della prima questione pregiudiziale menzionata, nella decisione del 6 febbraio 2019 il *Bundeskartellamt* non ha esitato a dichiararsi competente nell'applicare il GDPR nel contesto di un procedimento antitrust. Tuttavia, a parere dell’OLG di *Düsseldorf* la suddetta competenza non appare così chiara. Infatti, gli articoli 51 e ss. del GDPR prevedono l’istituzione e il funzionamento di autorità pubbliche indipendenti incaricate di monitorare l’applicazione delle norme sostanziali del suddetto Regolamento. Di conseguenza, il giudice del rinvio si interroga se queste disposizioni debbano essere interpretate nel senso di escludere la competenza di un’Autorità nazionale della concorrenza nel valutare, nell’ambito dell’esame di un abuso di posizione dominante ai sensi dell’articolo 102 TFUE, la conformità delle condotte dell’impresa alle regole stabilite nel GDPR.

Sul punto la Corte in primo luogo osserva che, nonostante le norme del GDPR non si rivolgano alle Autorità antitrust, l’accesso e lo sfruttamento dei dati personali sono diventati un parametro significativo della concorrenza fra imprese dell’economia digitale. Escludere le norme in materia a protezione dei dati personali nell’analisi concorrenziale significherebbe ignorare la realtà di tale evoluzione e pregiudicare l’effettività della concorrenza dell’UE<sup>672</sup>.

Pertanto, la Corte conclude affermando: *“[...] nell’ambito dell’esame di un abuso di posizione dominante da parte di un’impresa su un dato mercato, può risultare necessario*

---

<sup>670</sup> Cfr. G. IPPOLITO, *Data economy: la Corte di giustizia precisa il rapporto tra concorrenza e protezione dei dati personali e le norme sulla pubblicità personalizzata*, op.cit., p. 3.

<sup>671</sup> CGUE, Causa C-252/21, *Meta Platforms v. Bundeskartellamt*, cit., par. 27.

<sup>672</sup> *Ivi*, par. 51.

*che l'autorità garante della concorrenza dello Stato membro interessato esamini anche la conformità del comportamento di tale impresa a norme diverse da quelle rientranti nel diritto della concorrenza, quali le norme in materia di protezione dei dati personali previste dal GDPR*"<sup>673</sup>.

Tuttavia, un'Autorità nazionale garante della concorrenza, qualora rilevi una violazione delle norme del GDPR nell'ambito della constatazione di un abuso di posizione dominante, non può sostituirsi all'Autorità di controllo in materia di protezioni dei dati<sup>674</sup>. Di conseguenza, l'Autorità antitrust deve conformarsi all'interpretazione che l'Autorità di controllo o la stessa Corte danno alle norme del Regolamento, "[...] pur restando libera di trarne le proprie conclusioni sotto il profilo dell'applicazione del diritto della concorrenza"<sup>675</sup>. Nei casi dubbi o nei quali non è rinvenibile un precedente, le rispettive autorità competenti devono cooperare tra loro al fine di garantire un'applicazione coerente del GDPR. In altre parole, la Corte instaura un'ipotesi di parere obbligatorio per i casi dubbi o nuovi, vincolante con riferimento al GDPR, ma non con riguardo agli accertamenti di natura concorrenziali.

Pertanto, alla luce dell'obbligo di leale collaborazione (ex art. 4 par. 3 del TUE), il ruolo delle Autorità antitrust non si pone come sostitutivo, bensì complementare a quello svolto dalle Autorità di controllo in materia di protezione dei dati. Le condotte contrarie alla normativa sulla privacy potranno quindi rilevare quali indizi significativi nell'accertamento di una violazione ex art. 102 TFUE. L'unico limite che si pone, come già rilevato dall'Avvocato Generale Athanasios Rantos nelle sue conclusioni<sup>676</sup>, è quello rappresentato dalla necessità di un coordinamento con le Autorità di controllo del GDPR. Una parte della dottrina evidenzia che, nonostante tale cooperazione potrebbe risultare prima facie convincente, non sembra risolvere del tutto la questione in esame. La sentenza della Corte esamina solo lo scenario in cui si verifica una violazione del GDPR. Non risulta pertanto utile a chiarire la situazione assai diversa in cui le condotte, seppur conformi alla normativa in materia di protezione dei dati, possano tuttavia dar luogo a condotte restrittive della concorrenza e configurare un illecito antitrust<sup>677</sup>. In tal caso, come si è osservato nell'analisi del caso francese Apple/ATT precedentemente

---

<sup>673</sup> *Ivi*, par. 48.

<sup>674</sup> *Ivi*, par. 49.

<sup>675</sup> *Ivi*, par. 56.

<sup>676</sup> Cfr. CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE ATHANASIOS RANTOS, presentate il 20 Settembre 2022, Causa C-252/21, EU:C:2022:704.

<sup>677</sup> Sul punto si veda G. COLANGELO, *The Privacy-Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition*, *op.cit.*, p. 32.

menzionato, la cooperazione tra autorità può risultare controproducente, sollevando nuove problematiche e opinioni contrastanti.

Inoltre, ai fini della presente analisi sul rapporto fra privacy e antitrust, merita di essere analizzata la sesta questione pregiudiziale, tramite la quale il giudice di rinvio domanda alla Corte se il consenso espresso da un utente al trattamento dei propri dati può dirsi “liberamente prestato”, ai sensi dell’art. 4, punto 11 del GDPR<sup>678</sup>, qualora il *social network* occupi una posizione dominante.

Tra coloro che sostengono un approccio integrato si ravvisano quanti ritengono che il connubio fra privacy e antitrust nel GDPR sia fondamentalmente incentrato sul ruolo attribuito al consenso liberamente prestato<sup>679</sup>. Nello specifico, tale filone osserva che, ai sensi del Considerando 43 del suddetto Regolamento<sup>680</sup>, non vi sia consenso liberamente prestato al trattamento dei dati personali qualora esista un “evidente squilibrio” tra l’interessato e il responsabile del trattamento. Di conseguenza, se il responsabile del trattamento detiene una posizione dominante, tale potere di mercato potrebbe portare a tale squilibrio evidente.

Tuttavia, la CGUE nella sentenza in esame osserva che: *“la circostanza che l’operatore di un social network online occupi una posizione dominante sul mercato dei social network online non osta, di per sé, a che gli utenti di tale social network possano validamente acconsentire, ai sensi dell’articolo 4, punto 11, di detto regolamento, al trattamento dei loro dati personali effettuato da tale operatore. Tale circostanza costituisce nondimeno un elemento importante per determinare se il consenso sia stato effettivamente prestato validamente e, in particolare, liberamente, circostanza che spetta a detto operatore dimostrare”*<sup>681</sup>.

---

<sup>678</sup> Come già in precedenza sottolineato, l’articolo 4, punto 11, del GDPR definisce il “consenso dell’interessato” come *“qualsiasi manifestazione di volontà libera, specifica, informata e inequivocabile dell’interessato, con la quale lo stesso manifesta il proprio assenso, mediante dichiarazione o azione positiva inequivocabile, che i dati personali che lo riguardano siano oggetto di trattamento”*.

<sup>679</sup> Tra i vari, si veda in particolare K. WIEDEMANN, *Data Protection and Competition Law Enforcement in the Digital Economy: Why a Coherent and Consistent Approach is Necessary*, International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC), 2021, pp. 915 e ss.

<sup>680</sup> Il Considerando 43 precisa che, per assicurare che il consenso sia prestato liberamente, è opportuno che quest’ultimo non costituisca un valido fondamento giuridico per il trattamento dei dati personali, qualora esista un evidente squilibrio tra l’interessato e il titolare del trattamento. Tale considerando precisa altresì che si presume che il consenso non sia stato liberamente prestato se non è possibile prestare un consenso separato a distinti trattamenti di dati personali, nonostante sia appropriato nel singolo caso.

<sup>681</sup> Così, CGUE, Causa C-252/21, *Meta Platforms v. Bundeskartellamt*, cit., par. 154.

In altre parole, la Corte evidenzia che, anche se può sussistere tale squilibrio, l'esistenza di una posizione dominante da sola non può, di per sé, rendere il consenso invalido ai sensi del GDPR.



## RIFLESSIONI CONCLUSIVE

A conclusione dell'elaborato, è possibile “tirare le somme” di quanto precedentemente esaminato.

Lo scopo principale dell'analisi condotta è quello di indagare la fattibilità concreta dell'approccio che descrive il rapporto tra privacy e antitrust in termini di sinergia e complementarità. La proposta da più parti sostenuta di integrare la disciplina a tutela dei dati personali e quella a tutela della concorrenza è stata prospettata come necessaria per limitare e contrastare le strategie di accumulo dati attuate dalle *Big tech*.

Tuttavia, si è cercato di dimostrare che tale approccio integrato può risultare controproducente, generando significativi effetti collaterali nel settore del *digital advertising*. Si è infatti riscontrato che le grandi piattaforme digitali stanno utilizzando la tutela della privacy dei loro utenti per giustificare condotte potenzialmente anticoncorrenziali ostacolando, ad esempio, la capacità dei loro concorrenti di vendere spazi pubblicitari. Ciò testimonia la tensione intrinseca fra queste due aree del diritto, piuttosto che una loro complementarità e la necessità di trovare un bilanciamento fra interessi contrastanti.

Per affrontare la suddetta questione e giungere a tale conclusione, è stato necessario compiere preliminarmente una duplice analisi.

Nel primo capitolo, prendendo le mosse da alcune considerazioni sulla pubblicità nel senso più tradizionale si è giunti all'analisi della filiera del *digital advertising*, individuando i diversi mercati rilevanti di cui esso si compone ed esaminando il funzionamento delle diverse tecniche di pubblicità online. Si è scelto di esaminare tale settore in quanto, come si è osservato, assolve un ruolo chiave per il funzionamento dei modelli di *business* delle grandi piattaforme digitali. Le stesse, tramite l'inserimento di inserzioni pubblicitarie, remunerano la loro attività qualunque essa sia.

Le grandi piattaforme ricorrono ad un modello cd. “*zero-price*”, per cui offrono agli utenti un servizio non a fronte di un corrispettivo monetario, bensì in cambio della loro autorizzazione al trattamento dei dati personali per finalità commerciali. In tal modo, le stesse possono monetizzare tali informazioni, vendendo ad editori e inserzionisti spazi pubblicitari idonei a raggiungere specifici target di utenti. Le informazioni degli utenti rappresentano la parte più preziosa del patrimonio delle piattaforme e la nuova moneta di scambio.

È dunque emerso come nel settore del *digital advertising* i *Big data* rivestano un ruolo cruciale, permettendo una personalizzazione dell'offerta basata sulle caratteristiche del singolo.

In altre parole, il settore in esame risulta sempre più assetato di dati e all'aumento dei benefici legati all'utilizzo degli stessi, corrisponde un aumento dei rischi connessi. Infatti, come rilevato in letteratura, il rovescio della medaglia sono le criticità che si manifestano sia in materia di privacy e protezione dei dati, sia sul fronte concorrenziale.

Si è così passati al secondo capitolo in cui, dopo una descrizione sulle caratteristiche economiche dei *Big data* e sulla loro rilevanza nel settore del *digital advertising*, si sono evidenziate le problematiche che l'impiego degli stessi comporta, alla luce della recente dottrina e casistica europea sul tema. Tale analisi è stata funzionale per indagare sulla necessità di rinnovare gli strumenti giuridici tradizionali, che non risultano sempre adeguati a disciplinare tali nuovi modelli di *business*, basati sulla monetizzazione dell'attenzione degli utenti tramite la vendita di pubblicità mirata.

Ciò ha portato a promuovere un approccio diverso tra *enforcement* di privacy e antitrust, che si potrebbe definire come sinergico.

Nel terzo capitolo si è quindi indagata la possibile complementarità tra queste due aree del diritto, analizzando come le norme e i principi in materia di protezione dei dati siano stati applicati nei procedimenti antitrust europei.

Partendo dall'esame delle quattro teorie del danno avanzate dalla dottrina per integrare questioni di privacy nei procedimenti antitrust, si è osservato che in realtà nessuna di queste è mai stata avallata nei procedimenti della Commissione Europea e delle Autorità antitrust nazionali. La decisione piuttosto controversa del *Bundeskartellamt* sul caso Facebook rimane l'unico esempio in cui una violazione del GDPR è stata considerata una base giuridica adeguata per un intervento antitrust.

In aggiunta, si è constatato come l'idea di integrare violazioni della disciplina in materia a protezione dei dati nei procedimenti antitrust ha portato alla nascita di un fenomeno nuovo, che non deve essere sottovalutato. Alcune grandi piattaforme hanno adottato politiche incentrate sulla tutela della privacy degli utenti, giustificando così le loro condotte di negare l'accesso ai dati ai loro *competitors*. In tal modo, seppur viene garantita una maggior tutela della privacy, viene compromessa la capacità di terzi di raccogliere dati e profilare gli utenti, ostacolando la redditività e l'efficacia delle loro strategie pubblicitarie.

Emerge dunque il rischio che un approccio integrare tra privacy e antitrust, porti alla conseguenza paradossale di rafforzare ulteriormente il dominio delle *Big tech*, specialmente nei mercati della pubblicità online.

In conclusione, prendendo a prestito le parole del Prof. Colangelo, *“including privacy harms in antitrust proceedings turns out, instead, to be a potential curse for competition authorities, providing the major digital players with an opportunity for regulatory gaming to undermine antitrust enforcement”*<sup>682</sup>.

---

<sup>682</sup> Così, G. COLANGELO, *The Privacy-Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition*, *op.cit.*, p. 35.

## BIBLIOGRAFIA

### LIBRI E MANUALI

ADOBATI E., Il regime giuridico della pubblicità, in N. PARISI E D. RINOLDI (a cura di), *Lineamenti di diritto europeo dell'informazione e della comunicazione*, Editoriale scientifica, 2006,

AFFERNI G., *Gli obblighi dei gatekeeper*, in L. BOLOGNANI, E. PELINO, M. SCIALDONE (a cura di), *Digital Service Act e Digital Market Act. Definizioni e prime applicazioni dei nuovi regolamenti europei*, Giuffrè, Milano, 2023.

AMMANNATI L., *La circolazione dei dati: dal consumo alla produzione*, in L. AMMANTI, A CANEPA, G.L. GRECO, U. MINETTI (a cura di), *Algoritmi, Big Data, Piattaforme digitali. LA Regolazione dei mercati in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2021.

APA E., *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, Jovene, Napoli, 2011.

ASTARITA M., *Il messaggio pubblicitario nel diritto comunitario. Tutela, disciplina e analisi del fenomeno pubblicitario*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2002.

AUTERI P., *La disciplina della pubblicità*, in AA.VV, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino.

BARTOLOMUCCI P., *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rassegna di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008

BELLEFLAMME P. e PEITZ M., *Industrial Organization: Markets and Strategies*, Cambridge University Press, 2015,

BAGWELL K., *The economic analysis of advertising*, in ARMOSTRONG M., PORTER R. (a cura di), *Handbook of industrial Organization*, 2007.

CANEPA A., *I mercati dell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Giappichelli, Torino, 2020

CATRICALÀ A., CAZZATO C.E., FIMMANÒ F., *Diritto Antitrust*, Giuffrè, Milano, 2021.

CASSANO G., CATRICALÀ A., CLARIZIA R., *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Utet giuridica, 2018.

CASSANO G. e. COTALDO A., *Internet e tutela della libertà di espressione*, Giuffrè, Milano, 2009.

CODELUPPI V., *Storia della pubblicità italiana*, Carocci, Roma, 2022.

- COLANGELO G., *Accesso ai data e condizioni di licenza F/RAND*, in V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2018.
- CREA G., *Profili antitrust del consenso non libero al trattamento dei dati personali*, in L. BOLOGNANI (a cura di), *Privacy e libero mercato digitale, convergenza tra regolazioni e tutele individuali nell'economia data-driven*, Giuffrè, Milano, 2021.
- DELMASTO M. e NICITA A., *Big Data. Come stanno cambiando il nostro mondo*, Il Mulino, Bologna, 2019.
- D'AGATA C., *Il legittimo interesse del titolare o di un terzo nei quadro dei diversi presupposti del trattamento*, in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione a protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019.
- D'AGOSTINO G., *Le piattaforme digitali come nuove forme di mercato: alcuni considerazioni in merito ai profili economico-giuridici alla luce del processo normativo UE*, in L. AMMANTI, A CANEPA, G.L. GRECO, U. MINETTI (a cura di), *Algoritmi, Big Data, Piattaforme digitali. La Regolazione dei mercati in trasformazione*, Giappichelli, Torino, 2021.
- D'ACQUISTO N., *Big data e Privacy by design. Anonimizzazione, Pseudonimizzazione, Sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2017
- DE CRISTOFARO G., *Diritto della pubblicità. Tutele e contenzioso*, Giuffrè, Milano, 2020.
- DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2007.
- EZRACHI A. e STUCKE M.E., *Virtual competition*, Harvard University Press, 2016.
- EVANS D.S. e SCHAMALENSEE R., *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*, Harvard Business Review Press, 2016.
- FALABRINO G., *Storia della pubblicità in Italia dal 1945 a oggi*, Carocci, Roma, 2007
- FALCE V., GHIDINI G., *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, Giuffrè, 2018.
- FUSI M. e TESTA P., *Diritto e Pubblicità*, Lupetti, Milano, 2006.
- FUSI M., *La comunicazione pubblicitaria nei suoi aspetti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1970.
- GAMBARO M., *Concorrenza e Pluralismo nel mercato di Internet: la prospettiva economica*, in Bassani M., POLLICINO O., FROSINI T. (a cura di), *Le libertà fondamentali nell'era di Internet*, Mondadori, Milano, 2017.
- GAMBARO M., *Big Data, mercato e mercati rilevanti*, in V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2018.

- GHEZZI F., OLVIERI G., *Diritto Antitrust*, Giappichelli, Torino, 2019.
- GHIDINI G., *Introduzione allo studio della pubblicità commerciale*, Giuffrè, Milano, 1968.
- GHIDINI G., CIAMPI N., GAMBARDELLA R., *Codice della pubblicità*, Giuffrè, Milano, 2002.
- GRAEF I., *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms. Data as Essential Facility*, Wolters Kluwer, 2016
- GRAZZINI B., *Commento alle Norme preliminari e generali al Codice di Autodisciplina Pubblicitaria*, in U. RUFFOLO (a cura di) *Commentario al Codice dell'Autodisciplina pubblicitaria*, Giuffrè, Milano, 2003,
- HANARI Y.N., *21 lezione per il XXI secolo*, Bombiani, Milano, 2019.
- IPPOLITO G., *Profilazione e pubblicità targettizzata. Real-Time Bidding e behavioural advertising*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021.
- KOTLER P. et al., *Marketing Management*, Pearson, 2022.
- LA ROSA M.V., *Lo scopo della regolamentazione*, in L. BOLOGNANI, E. PELINO, M. SCIALDONE (a cura di), *Digital Service Act e Digital Market Act. Definizioni e prime applicazioni dei nuovi regolamenti europei*, Giuffrè, Milano, 2023.
- LEONE A., *Pubblicità ingannevole e pratiche commerciali scorrette fra tutela del consumatore e delle imprese*, *il Diritto Industriale*, 3/2008.
- MAGGIOLI M., *I Big Data e il diritto Antitrust*, Egea, Milano, 2018
- MANZINI P., *Antitrust e privacy: la strana coppia*, in AA.VV., *I confini dell'antitrust: diseguaglianze sociali, diritti individuali, concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2023.
- MANZINI P., *Il Digital Market Act decodificato*, in AA.VV., *Unione Europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea*, CEDAM, Milano 2021.
- MARDEGAN P., RIVA G. e SCATENA S., *Digital advertising 3.0: il futuro della pubblicità digitale*, Maggioli Editore, 2016.
- MELI V., *Le pratiche sleali ingannevoli*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, CEDAM, Padova, 2008.
- MUSCOLO G., *Big data e concorrenza, quale rapporto?*, in FALCE V., GHIDINI G., OLIVIERI G., (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2018.
- PAPA A., *Espressione e diffusione del pensiero in Internet*, Giappichelli, Torino, 2009.
- PELLETRI S., *La tutela dell'utente ai tempi di Facebook: i diversi approcci delle autorità antitrust tra diritto della concorrenza e protezione dei dati del consumatore*, in

RICCIUTO V., *La patrimonializzazione dei dati personali, Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO e V. RICCIUTI (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2019

PEZZOLI A., *Big Data e Antitrust: un'occasione per tornare ad occuparci di struttura?*, in V. FALCE, G. GHIDINI, G. OLIVIERI (a cura di), *Informazione e Big Data tra innovazione e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2018.

PITRUZZELLA G., *Big data, competition and privacy: a look from the antitrust perspective*, in F. DI PORTO (a cura di), *Big Data e concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, 2016.

ROSATI E., *The routledge handbook of EU copyright law*, Routledge, 2021.

SCIALDONE M., *Il procedimento di designazione dei gatekeeper*, in L. BOLOGNANI, E. PELINO, M. SCIALDONE (a cura di), *Digital Service Act e Digital Market Act. Definizioni e prime applicazioni dei nuovi regolamenti europei*, Giuffrè, Milano, 2023.

SCHEPP N.P. e WAMBACH A., *On Big Data and its Relevance for Market Power Assessment*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016.

STAZI A., *La pubblicità commerciale online*, Giuffrè, Milano, 2004.

TESTA A., *La pubblicità*, il Mulino, Bologna, 2007.

UBERTAZZI L.C., *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Cedam, Padova, 2019.

VIGEVANI G.E., *La pubblicità commerciale*, in AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, II, 2006.

ZUIDERVEEN BORGESIUUS F., *Improving Privacy Protection in the Area of Behavioural Targeting*, Kluwer Law International, Netherland, 2015.

## ARTICOLI E RIVISTE

CAFFARRA C. e RYAN J., *Why Privacy Experts Need a Place at the Antitrust Table*, *PROMARKET*, 28 giugno 2021.

CERI S., *On the role of statistics in the era of big data: a computer science perspective*, *Statistics & Probability Letters*, May 2018.

CHEN M., MAO S., ZHANG Y., LEUNG V. C., *Big data: related technologies, challenges and future prospects*, Springer, New York, 2014.

COLANGELO G., *The Privacy-Antitrust Curse: Insights from GDPR Application in EU Competition Law*, International centre for Law and Economics, ICLE White Paper 2023.

COLANGELO G., *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, *Mercato Concorrenza Regole*, Fascicolo 3, 2016, 2019.

- COLANGELO G. e MAGGIOLINO M., *Antitrust Über Alles. Whither Competition Law After Facebook?*, World Competition Law and Economics Review, 2019.
- COLANGELO G. e M. MAGGIOLINO, *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy Through Competition?*, Journal of European Competition Law & Practice, 2017.
- COLANGELO G. e MAGGIOLINO M., *Big data, data protection and antitrust in the wake of the Bundeskartellamt case against Facebook*, in Antitrust & Public Policies, n. 1, 2017.
- COLOMBO S. e. PIGNATARO A., *Raccolta e condivisione di big data: quali effetti sulla collusione?*, Mercato Concorrenza Regole, 2019.
- COOPER J.C., *Privacy and Antitrust Underpants Gnomes, the First Amendment and Subjective*, George Mason Law Review, 2013.
- DOUGLAS E. M., *The New Antitrust/Data Privacy Law Interface*, Yale Law Journal, 2021.
- DURANTI P., *Il mercato pubblicitario italiano nel nuovo scenario socioeconomico*, in Micro & Macro Marketing, Rivista quadrimestrale, 2004.
- EVANS D.S., *Multisided Platforms, Dynamic Competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms*, University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics, Research Paper No. 753, 2016.
- EVANS D.S., *The Antitrust Economics of Free*, Competition Policy International, 2011.
- EVANS D.S., *The Online Advertising Industry: Economics, Evolution and Privacy*, Journal of Economic Perspectives, Vol. 23, 2009.
- EVANS D.S. e NOEL M.D., *The Analysis of Mergers that Involve Multisided Platform Businesses*, Journal Competition Law & Economics, 2008.
- EZRACHI A. e STUCKE M.E., *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*, Oxford Legal Studies Research Paper n. 18, 2015.
- FILISTRUCCHI L., D. GERADIN, E.V. DAMME, P. AFFELDT, *Market definition in two-sided markets: theory and practice*, Journal of Competition Law & Economics, 2014.
- FRANK J. e PEITZ M., *Market definition and market power in the Platform Economy*, Centre of Regulation in Europe, 2019,
- FROSINI V., *L'orizzonte giuridico di Internet*, in "Il diritto dell'informazione e dell'informatica", n. 2, 2000.
- GAL M.S. e D.L. RUBINFELD, *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*, Antitrust Law Journal, 2016
- GERARDIN D. e KATSIFIS D., *An EU competition law analysis of online display advertising in the programmatic age*, European Competition Journal, Febbraio 2019.



- GIANNACCARI A., *Facebook, tra privacy e antitrust: una storia (non solamente) americana*, Mercato Concorrenza Regole, n. 2/2019.
- GOBBATO S., *Big Data e tutele convergenti tra concorrenza, GDPR e codice del consumo*, Media Laws, 2019.
- GRAEF I., *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, World Competition: Law and Economics Review, 2015.
- GRAEF I., D. CLIFFORD e P. VALCKE, *Fairness and Enforcement: Bridging Competition, Data Protection and Consumer Law*, International Data Privacy Law 2018, vol. 8 no. 3.
- GRUNES. P. e STUCKE M.E., A. P. GRUNES e M. E. STUCKE, *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, in Antitrust Source, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 269, 2015,
- GURMAN M., *Apple Finds Its Next Big Business: Showing Ads on Your iPhone*, in Bloomberg, 14 agosto 2022.
- GÜRKAYNAK G., YEŞİLALTAY K. A. e AYDOĞAN Z. A., *A critical assessment of the recent proposals and reports on the regulation of digital mergers*, Competition Law Journal, 2021
- HAGIU A. e WRIGHT JULIAN, *Multi-Sided Platforms*, International Journal of Industrial Organization, Vol. 43, 2015.
- HARBOUR P. J. KOSLOV e T. I., *Section 2 in a Web 2.0 World: an expanded vision of relevant product markets*, Antitrust law Journal, 2010.
- HARBOUR P. J., *Dissenting statement in the matter of Google/DoubleClick*, File No. 071-0170, 2017.
- IPPOLITO G., *Data economy: la Corte di giustizia precisa il rapporto tra concorrenza e protezione dei dati personali e le norme sulla pubblicità personalizzata*, in Media Laws, 26 ottobre 2023.
- JACCHIA R. A. e STILLO M., *Antitrust e Big Tech. La Germania vara la decima modifica del GWB confermandosi all'avanguardia nel governo dell'economia digitale*, IT&TMT, Società Prospettive, febbraio 2021.
- KATSIFIS D., *What should be the fate of targeted advertising?*, The Platform Law Blog, Novembre 2020.
- KATZ M.L., *Platform economics and antitrust enforcement: A little knowledge is a dangerous thing*, Journal of Economics and Management Strategy, 2019.
- KERBER. W., *Digital markets, data, and privacy: Competition law, consumer law, and data protection*, Working Paper, MAGKS Joint Discussion Paper Series in Economics, No. 14-2016.
- KESLERDIGITAL R., *Platforms implement privacy centric policies: what does it mean for competition?*, Antitrust Chronicle, Dicembre 2022, Vol 3(1).

- LAMBRECHT A. e TUCKER C., *Can Big Data Protect a Firm from Competition?*, Working Paper, 2015.
- LANZARETTI A., *La regolamentazione della pubblicità on-line*, Working Papers edito da Osservatorio della Proprietà Intellettuale, Concorrenza e Telecomunicazioni, Giuffrè, 2002.
- LAUX J., WACHTER S., MITTELSTADT B., *Neutralizing online behavioral advertising: algorithmic targeting with market power as an unfair commercial practice*, Common Market Law Review, vol. 58, n. 3, 2021.
- LERNER A.V., *The Role of «Big Data» in Online Platform Competition*, Working Paper, 2014
- MARTENS B., *An Economic Policy Perspective on Online Platforms*. Institute for Prospective Technological, Studies Digital economy working paper, 2016.
- MANTOVANI A., *Questioni relative al trattamento dei dati personali per finalità di marketing e profilazione*, in Media Laws, Working Papers Series, 3, 2019,
- MANZINI P., *Antitrust e privacy: la strana coppia*, in AA.VV., *I confini dell'antitrust: diseguaglianze sociali, diritti individuali, concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2023
- MICOVA S. B., *DMA transparency requirements in relation to advertising*, in ALEXANDRE DE STREEL (a cura di), *Effective and Proportionate implementation of the DMA*, Centre on Regulation in Europe, 2023.
- NEWMAN N., *Search, Antitrust, and the Economics of the Control of User Data*, Yale Journal on Regulation, Vol. 30, 2014.
- NIELS G., *Transaction versus no-transaction platforms: A false dichotomy in two-sided market definition*, Journal of Competition Law and Economics, 2019.
- NORBERG P. A. e D. R. HORNE, *The Privacy Paradox: Personal Information Disclosure Intentions versus Behaviors*, Journal of Consumer Affairs, n. 1/2007.
- OHLHAUSEN M. K. e ROSSEN B., *Privacy and Competition: Discord or Harmony?*, the Antitrust Bulletin, 2022, Vol. 67.
- OLIVIERI G., *Sulle "relazioni pericolose" tra antitrust e privacy nei mercati digitali*, Rivista Orizzonti del Diritto Commerciale, Fascicolo speciale di G. Giappichelli Editore, 2021.
- OREFICE M., *I "Big Data". Regole e concorrenza*, Politica del diritto, 2016.
- PARDOLESI R., BERGH R. V. D., WEBER F., *Facebook e i peccati da Konditionenmissbrauch*, Mercato Concorrenza Regole, Fascicolo 3, dicembre 2020.
- PFEIFFER R. A. C., *Digital Economy, Big Data and Competition Law*, Market and Competition Law Review, April 2019, vol. III, no. 1.
- PITRUZZELLA G., *Big Data and Antitrust Enforcement*, Rivista Italiana di Antitrust, n.1/2017.

PITRUZZELLA G., *Big data, competition and privacy: a look from the antitrust perspective*, in F. DI PORTO (a cura di), *Big Data e concorrenza*, in *Concorrenza e mercato*, 2016.

RATIFILL J.D. e RUBINFELD D.L., *Online advertising: Defining Relevant Markets*, *Journal of Competition laws and Economics*, 2010.

RYSMAN.M., *The economics of Two-Sided Markets*, *Journal of Economic Perspective*, 2009.

SCOTT MORTON F. M. e DANIELLI D. C., *Roadmap for a Digital Advertising Monopolization Case Against Google*, Omydar Network, May 2020.

SCHEEP V.N. e WAMBACH A., *On Big Data and its relevance for market power assessment*, *Journal of European Competition Law and Practice*, 2016.

SCHÖNBERGER V. M. e PADOVA Y., *Regime Change? Enabling Big Data through Europe's New Data Protection Regulation*, *The Columbia Science and Technology Law Review*, 2016.

SHULZ N., *Review on the Literature of Mergers on Innovation*, ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Paper No. 07-061, 2007.

SOKOL D.D. e COMERFORD R., *Antitrust and Regulating Big Data*, *George Mason Law Review*, 2016.

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

STUCKE M. E. e EZRACHI A., *When Competition Fails to Optimise Quality: A Look at Search Engines*, 18 *Yale Journal of Law & Technology* 70, 2016

THOBANI S., *Il mercato dei dati personali, tra tutela dell'interessato e tutela dell'utente*, in *Media Laws (Rivista di diritto dei media)*, 2019.

WIEDEMANN K., *Data Protection and Competition Law Enforcement in the Digital Economy: Why a Coherent and Consistent Approach is Necessary*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, 2021

## **GIURISPRUDENZA, REPORT E SOFT LAW**

AGCM, AGCOM e GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (GPDP), *IC53 Indagine conoscitiva sui Big Data*, 10 febbraio 2020.

AGCM, Istruttoria A561 – *Apple/ATT*; Provvedimento del 5 maggio 2023, n. 30620, in *Boll.* 18/2023.

AGCM, Istruttoria A542 – *Google nel mercato italiano del display advertising*; Provvedimento del 20 ottobre 2020, n. 28398, in *Boll.* 43/2020.

AGCM, Istruttoria A511– *Enel/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*; Provvedimento del 14 maggio 2017 n. 26581, in *Boll.* 18/2017.

AGCM, Istruttoria A420 – *FIEG (Federazione Italiana Editori Giornali) /Google*; Provvedimento n. 20224.

AGCM, Provvedimento del 12 ottobre 2021, n. 29845, *Chiusura Istruttoria A542*, in *Boll.* 43/2021.

AGCM, Provvedimento del 20 dicembre 2018, n. 27494, *Enel/Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*, in *Boll.* n. 2/2019.

AGCM, Provvedimento del 20 dicembre 2018, n. 27496, *Acea/ Condotte anticoncorrenziali nel mercato della vendita di energia elettrica*, in *Boll.* n. 2/2019.

AGCM, Provvedimento dell'11 maggio 2017, n. 26597, Caso PS10601 *Whatsapp/ Trasferimento dati a Facebook*.

AGCM, provvedimento del 29 novembre 2018, n. 27432, Caso PS11112 *Facebook- Condivisione dati con terzi*, in *Boll.* 46/2018

AGCOM, *Big data. Interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*, 8 giugno 2018.

AGCOM, *Relazione annuale 2020 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro*, 6 luglio 2020.

AGCOM, *Relazione annuale 2023 sull'attività svolta e sui programmi di lavoro*, 19 luglio 2023.

AGCOM, *Indagine conoscitiva sul settore della raccolta pubblicitaria*, All. A alla delibera n. 555/12/CONS.

AGCOM, *Indagine conoscitiva sul settore dei servizi internet e sulla pubblicità online*, Allegato A alla Delibera n. 19/14/CONS.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE & BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and Data*, Report, 10 Maggio 2016.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, 17 March 2021, Decision 21-D-07, Apple.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Press releases: Targeted advertising, Apple's implementation of the ATT framework. The Autorité does not issue urgent interim measures against Apple but continues to investigate into the merits of the case*, 17 March 2021.

BUNDESGERICHTSHOF (BGH), 23 June 2020, Case KVR 69/19.

BUNDESGERICHTSHOF (BGH), *Press Release, Federal Court of Justice provisionally confirms allegation of Facebook abusing dominant position*, del 23 Giugno 2020, No 080/2020,

BUNDESKARTELLAMT, decisione del 6 febbraio 2019, caso B6-22/16.

BUNDESKARTELLAMT, *Press Release: Reviews Apple's Tracking Rules for Third-Party Apps*, 2022.

COMMISSIONE EUROPEA, decisione del 10 febbraio 2023, Caso M.10815, *Deutsche Telekom / Orange / Telefonica / Vodafone /Jv*.

COMMISSIONE EUROPEA, *Press release: Antitrust: Commission opens investigation into possible anticompetitive conduct by Google in the online advertising technology sector*, 22 giugno 2021.

COMMISSIONE EUROPEA, *Press release: Commission clears creation of a joint venture by Deutsche Telekom, Orange, Telefónica and Vodafone*, 10 February 2023

COMMISSIONE EUROPEA, *Study on the impact of recent developments in digital advertising on privacy, publishers and advertisers: final report*, Publications Office of the European Union, 2023.

COMMISSIONE EUROPEA, *Press release, Digital Services Package: Commission welcomes the adoption by the European Parliament of the EU's new rulebook for digital services*, 5 July 2022.

COMMISSIONE EUROPEA, *Press release, Commission opens investigation into possible anticompetitive conduct by Google in the online advertising technology sector*, 22 Giugno 2021.

COMMISSIONE EUROPEA, decisione del 17 dicembre 2020, caso M.9660 *Google/Fitbit*.

COMMISSIONE EUROPEA, *Press release: Commission clears acquisition of Fitbit by Google subject to conditions*, 17 December 2020.

COMMISSIONE EUROPEA, decisione del 20 marzo 2019, caso AT.40411 *Google Search (AdSense)*.

COMMISSIONE EUROPEA, *Competition policy for the digital era*, Final report, 2019.

COMMISSIONE EUROPEA, decisione del 6 settembre 2018, Caso M.8788 *Apple/Shazam*.

COMMISSIONE EUROPEA, decisione del 18 luglio 2018, caso COMP/AT. 40099 *Google/Android*.

COMMISSIONE EUROPEA, decisione 6 dicembre 2016, Caso M.8124 *Microsoft/LinkedIn*.

COMMISSIONE EUROPEA, decisione del 3 ottobre 2014, Caso M.7217, *Facebook/Whatsapp*.

COMMISSIONE EUROPEA, decisione del 18 febbraio 2010, *caso M.5727-Microsoft/Yahoo Search Business*.

COMMISSIONE EUROPEA, decisione dell'11 marzo 2008, caso COMP/M.4731, *Google/ DoubleClick*.

COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/ce relativa alle pratiche commerciali sleali*, Bruxelles, 25 maggio 2016.

COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (2004/C 31/03)*.

COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in Gazzetta Uff. CE, 1997.

COMPETITION MARKET AUTHORITY (CMA), *Online platforms and digital advertising*, Market study final report, Luglio 2020.

COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS (CNIL), *Délibération de la formation restreinte n° SAN – 2019-001 du 21 janvier 2019 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société GOOGLE LLC*.

COMPETITION AND MARKET AUTHORITY (CMA) AND INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE (ICO), *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*, 19 Maggio 2021.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (CMA), *Mobile Ecosystems: Market Study*, Final Report, 2022.

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE ATHANASIOS RANTOS, presentate il 9 dicembre 2021, Causa C-377/20, ECLI:EU:C:2021:998.

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE ATHANASIOS RANTOS, presentate il 20 Settembre 2022, Causa C-252/21, EU:C:2022:704.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI, sentenza del 1° dicembre 2022, n. 10571.

CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI, sentenza del 29 marzo 2021, n. 2631.

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I civile, sentenza del 15 febbraio 1999, n. 1259.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, sentenza del 4 giugno 2023, Causa C-252/21, *Meta Platforms v. Bundeskartellamt*.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sentenza del 12 maggio 2022, Causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale e A.*

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, Sentenza del 6 dicembre 2012, Causa C-457/10 *AstraZeneca/Commissione*.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, sentenza del 16 luglio 2020, Causa C-311/18, *Schrems*.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, sentenza del 23 novembre 2006, Causa C-238/05, *Asnef-Equifax e Administración del Estado*.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Statement on Privacy Implications of Mergers*, 19 Febbraio 2020.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Opinion 5/2019 on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities*, 12 Marzo 2019.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Linee guida 8/2020 sul targeting degli utenti di social media, Versione 2.0*, adottate il 13 aprile 2021.

FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC), *Big data: A tool for inclusion or exclusion? Understanding the issues*, 2016.

FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC), *Statement concerning Google/DoubleClick*, File No. 071-0170.

GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI (GPDP), *Linee guida cookie e altri strumenti di tracciamento*, 10 giugno 2021, doc. web. n. 9677876

GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *Linee Guida sul diritto alla portabilità dei dati - WP242*, 2017.

GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *Parere 06/2014 sul concetto di interesse legittimo del titolare del trattamento ai sensi dell'art 7 della direttiva 95/46/CE*, WP217, 2014.

GRUPPO DI LAVORO ARTICOLO 29, *Parere 2/2010 sulla pubblicità comportamentale online*, WP 171. 2010.

IAB Europe, *European programmatic market sizing 2017*, Report, September 2018.

IAB Europe, *Programmatic trading white Paper*, Report, 2014.

IAB Europe, *Guide to the Post Third-Party Cookie*, May, 2020.

IAB Italia, *Il Programmatic Advertising in Italia: Scenari Attuali e Trend Futuri*, Research and Innovation for Business, 2018.

ICN, *Competition law enforcement at the intersection between competition and privacy: agency considerations*, 2023.

INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE (ICO), *Update report into AdTech and Real-time bidding*, Report, 2019.

IT MEDIA CONSULTING, *L'economia dei dati. Tendenze di mercato e prospettive di policy*, Report, 2018.

OECD, *Competition in digital advertising markets*, Background paper, 2020.

OECD, *Quality Consideration in Digital-Zero Price Markets*, Background note by the Secretariat, Parigi, 2018.

OECD, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, 2015.

OECD, *Big data: Bringing competition policy to the digital era*, Background note by the Secretariat, 2016.

OECD, *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis*, Report, 2013.

OLG DÜSSELDORF, 26 August 2019, Case VI-Kart 1/19 (V).

OLG DÜSSELDORF, 24 March 2021, Case Kart 2/19 (V).

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, June 25, 2018, No. 16–1454, *Ohio et al. vs American Express co. et al.*

TAR LAZIO, Sez. I, sentenza del 10 gennaio 2020, n.260.

TRIBUNALE UE, sentenza del 24 maggio 2012, T-111/08, *MasterCard, Inc e a./Commissione*

URZĄD OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW, *Apple–The President of UOKIK initiates an investigation*, 2021.



## SITOGRAFIA

- <https://data.europa.eu/doi/10.2759/294673>
- <https://doi.org/10.1080/17441056.2019.1574440>
- [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171\\_it.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_it.pdf)
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R1925>
- <https://www.oecd.org/competition-in-digital-advertising-markets-2020>
- <http://www.itmedia-consulting.com/DOCUMENTI/economiadeidati.pdf>
- <https://www.osservatori.net/it/eventi/on-demand/convegni/internet-media-risultati-ricerca-osservatorio-convegno>
- [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final\\_report\\_Digital\\_ALT\\_TEXT.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf)
- <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/2615156/adtech-real-time-bidding-report-201906-dl191220.pdf>
- [https://iab.it/wp-content/uploads/2020/06/IAB-Europe\\_IHSM\\_European-Programmatic-Market-Sizing-Report-2017\\_FINAL-1-compressed.pdf](https://iab.it/wp-content/uploads/2020/06/IAB-Europe_IHSM_European-Programmatic-Market-Sizing-Report-2017_FINAL-1-compressed.pdf)
- [https://www.agcom.it/documents/10179/14913/00\\_Relaz\\_pres.pdf/35b1ac78-6a9f-436a-bfdf-fbf147630b52](https://www.agcom.it/documents/10179/14913/00_Relaz_pres.pdf/35b1ac78-6a9f-436a-bfdf-fbf147630b52)
- [https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC\\_Big%20data\\_imp.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf)
- <https://www.agcom.it/documents/10179/31023367/Documento+generico+19-07-2023/bd485435-0467-4bf1-9a87-f074b4525ac7?version=1.0>
- <https://www.lastampa.it/cultura/2016/07/01/news/dal-primo-spot-in-tv-a-facebook-come-e-cambiata-la-pubblicita-1.34828895/84321\1321\7654312234567654312\2356>
- <https://www.iap.it/iap-in-breve/>
- [https://www.jei.it/informatica\\_giuridica/online/chirico.htm](https://www.jei.it/informatica_giuridica/online/chirico.htm)
- <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>
- [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS\\_BRI\(2020\)646117](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2020)646117)
- <https://doi.org/10.1111/jems.12304>
- <https://www.agcm.it/dotcmsDOC/temi-e-problemi/tp001.pdf>

- <https://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>.
- [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2)
- <https://ssrn.com/abstract=2794582> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2794582>
- <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/Evans-with-Cover.pdf>.
- [https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/914911A1FF8A4336C12586A1004C2060/\\$File/AS1730.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/914911A1FF8A4336C12586A1004C2060/$File/AS1730.pdf).
- <https://theplatformlaw.blog/2020/11/09/what-should-be-the-fate-of-targeted-advertising/>.
- [https://www.researchgate.net/publication/336661346\\_Digital\\_Economy\\_Big\\_Data\\_and\\_Competition\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/336661346_Digital_Economy_Big_Data_and_Competition_Law).
- [https://web.archive.org/web/20180410013046id\\_/http://iar.agcm.it/article/viewFile/12609/11413](https://web.archive.org/web/20180410013046id_/http://iar.agcm.it/article/viewFile/12609/11413).
- [https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb\\_statement\\_2020\\_privacyimplicationsofmergers\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_statement_2020_privacyimplicationsofmergers_en.pdf).
- [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2484](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2484).
- [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23\\_06\\_2020\\_BGH\\_Facebook.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23_06_2020_BGH_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v).
- [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_22\\_4313](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_4313).
- <https://www.competitionpolicyinternational.com/wpcontent/uploads/2023/05/ANTITRUST-CHRONICLE-Privacy-and-Competition-December-2022-1.pdf>.
- <https://www.insiderintelligence.com/content/apple-ad-revenues-skyrocket-amid-its-privacy-changes>.
- <https://www.autoritedelaconurrence.fr/en/communiqués-de-presse/targeted-advertising-apples-implementation-att-framework-autorite-does-not>.