

Focus Team Innovazione e Trasformazione
digitale

Agosto 2019

Focus Team innovazione e
trasformazione digitale

Team leader

Tommaso FaelliTommaso.Faelli@belex.com

Tel: 02 771131

Autori:

Maurizio Pappalardo

Maurizio.Pappalardo@belex.com

Tel: 02 771131

Claudio Tesauro

Claudio.Tesauro@belex.com

Tel: 06 845511

Giorgio Bitonto

Giorgio.Bitonto@belex.com

Tel: 06 845511

**BIG DATA: LA NUOVA FRONTIERA DELL'ENFORCE-
MENT ANTITRUST E PRIVACY****I. IL FENOMENO BIG DATA E L'ATTENZIONE RISERVATAGLI DALL'AU-
TORITÀ ANTITRUST E DAL GARANTE PRIVACY**

Lo sviluppo di tecnologie moderne che consentono di analizzare velocemente una grande quantità di informazioni e il proliferare dei dati disponibili (basti pensare che quotidianamente vengono postati più di un miliardo di *like* su Facebook), sta rendendo il fenomeno Big Data sempre più centrale nella nostra economia. Ciò trova piena conferma in uno studio dell'Unione europea in cui si prevede che entro il 2020 le attività economiche basate sui Big Data rappresenteranno **il 4% del PIL dell'intera eurozona**.

Grazie allo sfruttamento dei Big Data, le imprese sono infatti in grado di acquisire informazioni sulle preferenze e sulle esigenze dei consumatori, sviluppando così **prodotti personalizzati e innovativi**. Al contempo, l'utilizzo dei Big Data, eventualmente coniugato con tecniche di intelligenza artificiale, può altresì migliorare i **processi interni** alle aziende rendendole più efficienti e produttive.

Ci troviamo dunque in una fase di cambiamento epocale del mercato che ha indotto l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("**AGCM**"), il Garante per la Privacy ("**Garante Privacy**") e l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ad adottare a luglio 2019, a valle di un'indagine conoscitiva durata oltre due anni e le cui conclusioni saranno rese note a breve, delle Linee Guida e Raccomandazioni di Policy in materia di Big Data ("**Linee Guida**").¹

Anche alla luce delle recenti istruttorie *antitrust* in materia avviate non solo nei confronti dei grandi colossi digitali quali Amazon, Google e Facebook, ma anche nei confronti di operatori attivi nei più disparati settori (quali,

¹ <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2019/7/Comunicato%2010%20luglio%202019>

ad esempio, il trasporto aereo, le assicurazioni e la rivendita di prodotti elettronici), appare utile effettuare un primo bilancio di quelle che – con molta probabilità - saranno le **priorità di enforcement in materia anti-trust e privacy** nel prossimo futuro.

II. LE PRIORITÀ DI ENFORCEMENT IN MATERIA DI BIG DATA

Nelle Linee Guida, le tre autorità hanno espressamente **riconosciuto gli enormi vantaggi** che un pieno sviluppo del fenomeno Big Data può comportare non solo per le imprese ma anche per i consumatori, che possono beneficiare di prodotti e servizi innovativi, personalizzati e/o a costi più bassi.

Cionondimeno, l'AGCM e il Garante Privacy hanno altresì chiarito che la disponibilità di ingenti volumi di dati può dar luogo a concentrazioni di potere *“inteso non solo come potere di mercato, ma più in generale come potere economico e potere tout court, interessando i diritti fondamentali, i profili concorrenziali, il pluralismo e la stessa tenuta dei sistemi democratici”*. Esse hanno inoltre evidenziato che un uso distorto dei dati può sollevare diverse criticità sia sotto il profilo della concorrenza, sia sotto quello della tutela del consumatore e della riservatezza. Tali **preoccupazioni**, che gioco forza non sono sintetizzabili in un elenco esaustivo di condotte potenzialmente illecite, possono essere schematicamente analizzate distinguendo tra quelle attinenti alla fase di **acquisizione** di dati e quelle connesse alla fase di **sfruttamento**.

L'acquisizione dei dati

**I dati come input
della produzione**

Il presupposto essenziale per poter parlare di Big Data è la disponibilità di un'ingente mole di informazioni da poter analizzare al fine di ricavarne un *output* produttivo. I Big Data sono dunque un **input della produzione**, la cui utilità e la cui capacità di creare valore per le imprese dipende essenzialmente dal loro volume, oltre che dalla loro natura e qualità. Appare dunque evidente il **conflitto di interessi** tra: (i) le imprese che vogliono ottenere quante più informazioni possibili, ad esempio offrendo servizi “gratuiti” a fronte dell'acquisizione dei dati di chi li utilizza, (ii) imprese che, non riuscendo a disporre di tali dati, vorrebbero ottenerli dalle imprese concorrenti, e (iii) consumatori, che sono spesso ignari del reale valore ed utilizzo che viene fatto dei loro dati e rischiano pertanto di

diventare protagonisti inconsapevoli di scelte che li riguardano anche direttamente.

Proprio al fine di tutelare i consumatori, le Linee Guida hanno dunque espressamente rimarcato l'esigenza di ridurre “*l'assimetria informativa esistente tra utenti e operatori digitali*” e “*informare compiutamente l'utente-consumatore non solo circa gli usi dei dati ceduti, ma anche circa la necessità della cessione in merito al funzionamento del servizio offerto*”. Si tratta di un invito che mira alla sostanza del problema, come confermato dal fatto che, nel corso dell'indagine conoscitiva, AGCM e Garante Privacy hanno stigmatizzato il fatto che la maggioranza degli utenti legge le informative *privacy* solo in parte a causa della loro scarsa chiarezza lessicale, della dimensione eccessivamente ridotta del carattere con cui sono scritte e/o della loro dislocazione in parti poco visibili del sito internet. L'estrema attenzione con cui si guarda a questo aspetto **non solo in ottica *privacy*** è confermata dalle recenti istruttorie *antitrust* condotte in Italia e in Germania nei confronti di Facebook, che è stata sanzionata per violazione della normativa in materia di **pratiche commerciali scorrette** e di **abuso di posizione dominante** proprio per aver fornito agli utenti informazioni poco chiare in merito all'utilizzo che veniva fatto dei loro dati.

L'esigenza di limitare i dati richiesti agli utenti

L'istruttoria del Bundeskartellamt nei confronti di Facebook ha inoltre evidenziato che anche **l'acquisizione di una quantità eccessiva di dati può essere considerata in contrasto con la normativa *antitrust***, se posta in essere da un'impresa in posizione dominante. Secondo l'autorità tedesca, infatti, la politica di Facebook di subordinare l'accesso al proprio *social network* alla cessione di una significativa mole di dati non necessari al funzionamento della piattaforma, costituisce un abuso di sfruttamento a danno degli utenti-consumatori che, pur di accedere a Facebook, aderiscono forzatamente alla cessione dei loro dati personali.

L'obbligo di fornire i propri dati ad imprese terze

Quanto al **rapporto tra imprese** e, in particolare, alla tensione esistente tra quelle che detengono i dati e quelle che vorrebbero accedervi al fine di operare sul mercato, le Linee Guida prevedono che “*un'impresa in posizione dominante possa essere soggetta all'obbligo di fornire accesso ai dati indispensabili e non agevolmente duplicabili*”. Se, da un lato, l'attuazione di tale principio richiederà diversi sforzi interpretativi volti a capire quando un determinato *set* di dati possa essere effettivamente considerato indispensabile e non

replicabile, dall'altro, appare evidente l'intenzione dell'AGCM di valutare con particolare rigore l'eventuale **rifiuto da parte di un'impresa dominante** di fornire a terzi i propri dati.

Il divieto di acquisire dati a discapito di altre imprese

Analogamente, l'AGCM sembra essere intenzionata a stigmatizzare quei comportamenti delle imprese dominanti volti a rafforzare il proprio potere di mercato **acquisendo ulteriori dati a discapito di altre imprese**. Ciò trova ad esempio conferma nella recente istruttoria avviata da tale autorità nei confronti di Google per aver di fatto imposto ad Enel di integrare una propria *app* in Google Maps. Secondo quanto si legge nel provvedimento d'avvio di tale istruttoria, infatti, *“difendendo il modello Google Maps, Google mantiene e rafforza il proprio patrimonio di dati?”* rafforzando così la propria posizione dominante. L'istruttoria è ancora in corso, ma appare fin da subito chiara la centralità del ruolo dei dati anche in questo caso.

Il diritto alla portabilità dei dati come volano per la concorrenza

Merita infine di essere menzionato il diritto degli utenti di ottenere il trasferimento dei propri dati da una piattaforma ad un'altra, introdotto dall'articolo 20 del GDPR. Riducendo gli *switching cost* in favore di operatori concorrenti, tale diritto assume specifico rilievo anche ai fini *antitrust* poiché garantisce la contendibilità dei mercati. Per tale ragione, in sede di adozione delle Linee Guida, l'AGCM ha espressamente rimarcato l'esigenza di *“agevolare la portabilità e la mobilità di dati tra diverse piattaforme, [...] anche oltre quanto già previsto dal diritto alla portabilità di cui all'articolo 20 del RGDP”*. Il tema degli **ostacoli frapposti da un'impresa al passaggio dei dati dei propri utenti che ne facciano richiesta** a un'impresa concorrente, potrà dunque essere presto al centro dell'interesse di tale autorità.

Lo sfruttamento dei dati

L'altro lato della medaglia dell'*enforcement antitrust* e *privacy* riguarda il modo con cui le imprese utilizzano i dati a loro disposizione.

Lo sfruttamento dei dati acquisiti dalle piattaforme di e-commerce

Al riguardo, la Commissione europea ha recentemente avviato un'indagine nei confronti di Amazon al fine di capire se la stessa **sfrutti indebitamente a discapito dei rivenditori che ospita sulla propria piattaforma** i dati sui comportamenti dei loro clienti (quali, ad esempio, le

abitudini di acquisto e la propensione alla spesa).³ Anche in questo caso l'indagine è ancora in corso, ma sono in molti ad attenderne gli esiti con estremo interesse al fine di capire se e in che misura la Commissione europea definirà i limiti entro i quali un'impresa verticalmente integrata possa sfruttare il vantaggio competitivo derivante dall'acquisizione dei dati sulle attività dei propri clienti, con cui concorre nel mercato a valle.

La «speciale responsabilità» delle piattaforme di ricerca

Un ulteriore elemento di attenzione riguarda il modo con cui le piattaforme digitali definiscono i **ranking di visibilità** dei risultati di ricerca: nel caso in cui dovessero manipolare i risultati modificando l'*output* che deriverebbe da un'analisi oggettiva dei propri dati e lo dovessero fare a vantaggio dei propri servizi, come ad esempio accaduto nel caso *Google Shopping*, tale condotta potrebbe essere considerata abusiva se posta in essere da un'impresa dominante. Ecco perché le Linee Guida chiariscono la necessità che: “*si aumenti la trasparenza dei criteri con i quali i dati vengono analizzati ed elaborati (ad esempio, nella definizione del ranking relativo al posizionamento e alla visibilità sulla piattaforma)*”.

La *price discrimination* come forma di abuso o di pratica sleale

Passando al versante dei prezzi, molte autorità di concorrenza hanno manifestato la preoccupazione che, grazie all'analisi dei Big Data, le imprese siano in grado di porre in essere fenomeni di **price discrimination** a danno dei consumatori. Non è infatti un mistero che, provando ad acquistare un determinato bene o servizio da due diversi *computer*, il prezzo possa risultare diverso anche quando l'acquisto avvenga contestualmente. Nel tentativo di massimizzare i propri ricavi, infatti, alcune imprese profilano il potere di acquisto dei propri clienti sulla base di una serie di dati quali, ad esempio, la loro localizzazione, il *computer* che usano, il lavoro che svolgono, le loro preferenze e la loro capacità di spesa. Si tratta di un fenomeno che, potendo danneggiare fortemente i consumatori, è già stato posto sotto lo **scrutinio antitrust** da parte della Commissione europea, ad esempio, nel settore della vendita di biglietti aerei.

I cartelli basati su algoritmi di prezzo

Da ultimo, come enfatizzato dalle stesse Linee Guida, “*la diffusione di **algoritmi di prezzo** pro-collusivi può facilitare la stabilità di **cartelli** e la creazione*

³ Per dirla con le parole del Commissario Vestager: “*Amazon has this dual role: they host a lot of little guys and at the same time, they are a big guy in the same market. So how do they treat the data that they get from the little guys? Does that give them an advantage that cannot be matched?*”.

di contesti di mercato favorevoli ad equilibri collusivi”. La costante disponibilità di un’ingente mole di dati *real time* sull’andamento dei mercati, sul volume delle transazioni *on-line* e sui prezzi offerti in rete da imprese concorrenti può, infatti, sia facilitare il monitoraggio di cartelli di prezzo, sia portare all’adozione di algoritmi capaci di dialogare con quelli di imprese concorrenti al fine di fissare un livello prezzi superiore a quello che scaturirebbe dal libero gioco della concorrenza. Una simile prassi è stata, ad esempio, accertata dalla Commissione europea nei confronti di Asus, Philips, Pioneer ed altre imprese attive nel settore dell’elettronica di consumo, che si sono viste irrogare sanzioni per oltre 100 milioni di Euro.

III. RIFLESSIONI CONCLUSIVE

La recente pubblicazione delle Linee Guida in materia di Big Data certifica la forte attenzione dedicata dall’AGCM e dal Garante nei confronti del fenomeno, che – a dire il vero - già si era registrata negli ultimi mesi a fronte dell’avvio di diverse istruttorie *antitrust* nei confronti di imprese attive nei più disparati settori e basate proprio sulle loro politiche di acquisizione e sfruttamento dei Big Data.

Le forti preoccupazioni in materia sono ulteriormente confermate dal fatto che, in sede di Linee Guida, tali autorità hanno evidenziato la necessità di dotarsi di adeguati profili professionali (i c.d. ***data scientists***) in grado di individuare e comprendere al meglio i fenomeni distorsivi basati sull’utilizzo dei dati e di **inasprire le sanzioni** al fine di aumentarne il potere deterrente.

Tutto ciò impone un momento di riflessione da parte di tutte le imprese che, **sia in un’ottica di piena *compliance* interna**, sia al fine di individuare **eventuali comportamenti illeciti di cui dovessero essere vittime**, sono chiamate a valutare se ed in che misura le proprie attività (attuali o future) possano essere impattate da quello che, a tutti gli effetti, sembra essere diventato il nuovo *trend* di *enforcement antitrust e privacy*.

Il presente documento è fornito per scopi puramente educativi. Non costituisce parere legale e non deve essere interpretato o inteso come consulenza legale o per creare una relazione avvocato-cliente

Contatti del Focus Team supporto all'innovazione digitale



Tommaso Faelli, *Team Leader*

Tommaso.Faelli@belex.com

Marco Adda

Marco.Adda@belex.com

Giulia Bianchi Frangipane

Giulia.BianchiFrangipane@belex.com

Alessandro Musella

Alessandro.Musella@belex.com

Barbara Napolitano

Barbara.Napolitano@belex.com

Maurizio Pappalardo

Maurizio.Pappalardo@belex.com

Vittorio Pomarici

Vittorio.Pomarici@belex.com

Federico Vezzani

Federico.Vezzani@belex.com

Gianpaolo Ciervo

Gianpaolo.Ciervo@belex.com