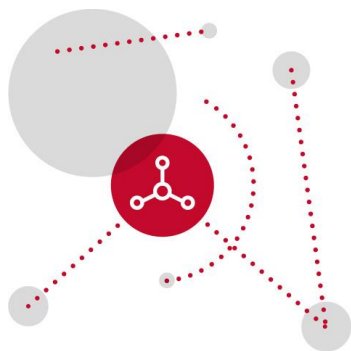


Focus Team Innovazione e Trasformazione Digitale

Febbraio 2020

Publicati i risultati dell'indagine conoscitiva sui “Big Data”: quali indicazioni per le imprese sotto il profilo *antitrust* e della disciplina in materia di pratiche commerciali scorrette?

Focus Team Innovazione e
Trasformazione Digitale

**Focus Team Leader**

Tommaso Faelli
tommaso.faelli@belex.com
Tel. +39-02-771131

**Autori**

Francesco Anglani
francesco.anglani@belex.com
Tel. +39-06-845511

Maurizio Pappalardo
maurizio.pappalardo@belex.com
Tel. +39-02-771131

Claudio Tesauro
claudio.tesauro@belex.com
Tel. +39-06-845511

Giorgio Bitonto
giorgio.bitonto@belex.com
Tel. +39-06-845511

1. L'indagine conoscitiva in materia di *Big Data*

Ad **esito** di un'indagine conoscitiva durata **quasi tre anni**, lo scorso **10 febbraio** l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (“**AGCM**” o “**Autorità**”), il Garante Privacy e l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni hanno finalmente pubblicato il *report* finale (“**Report Finale**”) contenente le proprie valutazioni e raccomandazioni di *policy* in materia di *Big Data*.

L'indagine è stata condotta congiuntamente dalle **tre autorità**, che hanno così avuto modo di analizzare il tema da **tre prospettive diverse e complementari**, mantenendo al contempo un approccio coordinato.

Dall'esame del Report Finale emerge in maniera chiara l'estrema centralità del fenomeno in tutti i settori della nostra economia e, conseguentemente, l'intenzione delle tre autorità di dedicare nel prossimo futuro grande attenzione al corretto utilizzo e sfruttamento dei *Big Data* da parte degli operatori di mercato.

Nella parte che segue, ci si soffermerà sulle valutazioni svolte dall'AGCM al fine di evidenziare quelle che, con ogni probabilità, saranno le sue priorità di *enforcement* sia sotto il profilo della disciplina *antitrust*, sia sotto quello delle pratiche commerciali scorrette.

2. Le valutazioni svolte dall'AGCM

Nelle Linee Guida e Raccomandazioni di Policy adottate dalle tre autorità a **luglio del 2019** (“**Linee Guida Congiunte**”), poi confluite nel testo del Report Finale, l'AGCM aveva sia indicato una serie di preoccupazioni connesse ad un possibile utilizzo distorto dei *Big Data*, sia riconosciuto gli enormi vantaggi che un pieno sviluppo del fenomeno può comportare, non solo per le imprese, ma anche per i consumatori (*in proposito si veda il nostro precedente approfondimento disponibile [qui](#)*).

Con il **Report Finale**, l'Autorità si è invece essenzialmente concentrata

This document is provided as a service to clients and other friends for educational purposes only. It should not be construed or relied on as legal advice or to create a lawyer-client relationship.

sui **possibili fenomeni distorsivi**, confermando le preoccupazioni già sollevate nelle Linee Guida Congiunte e fornendo una serie di ulteriori chiarimenti e precisazioni, utili ad un miglior inquadramento delle condotte da osservare al fine di un pieno rispetto della disciplina *antitrust* e di quella in materia di pratiche commerciali scorrette.

Nel fare ciò, l'AGCM ha seguito uno schema chiaro distinguendo tra (i) condotte attinenti alle attività di acquisizione e (ii) condotte relative allo sfruttamento dei *Big Data*, come di seguito riportato.

I. **L'acquisizione dei dati**

Sul tema, l'Autorità lamenta innanzitutto la **scarsa consapevolezza da parte dei consumatori** in merito al valore commerciale dei loro dati e all'utilizzo che ne viene fatto dalle imprese. Allo scopo di porvi rimedio, l'AGCM ha ribadito l'esigenza di "*ridurre l'asimmetria informativa esistente tra utenti e operatori digitali*" mediante un'**adeguata informativa** "*non solo circa gli usi dei dati ceduti, ma anche circa la necessità della cessione*" ai fini dell'erogazione del servizio reso dall'impresa che li acquisisce.

Che tali indicazioni vadano ben oltre quanto richiesto dalla normativa *privacy*, ce lo confermano le **elevate sanzioni comminate dall'AGCM a titolo di pratiche commerciali scorrette** nei confronti di (i) Whatsapp, per non aver chiarito ai propri utenti che la fornitura dei dati aggiuntivi richiesti dall'*app* non era necessaria per poter continuare ad utilizzare il servizio di messaggistica,¹ e (ii) Facebook, per aver ingannevolmente presentato come "gratuito" il proprio servizio, quando invece l'accesso al *social network* è condizionato alla cessione da parte dell'utente di un significativo numero di dati, che - a ben vedere - hanno un elevatissimo valore commerciale (*in proposito si veda il nostro recente approfondimento disponibile [qui](#)*).²

Nel Report Finale vengono, inoltre, indicate **specifiche ipotesi di enforcement antitrust** per i casi in cui le attività di acquisizione dei dati alterino la concorrenza. Tra gli esempi citati rientrano:

- i. gli scambi di dati tra concorrenti, che portino ad un coordinamento della loro politica commerciale sul mercato; e
- ii. l'acquisizione di una mole eccessiva di dati da parte delle imprese dominanti.

Con riferimento a tale seconda ipotesi, l'Autorità ha indicato che l'acquisizione di "*troppi dati*" potrebbe configurare sia un abuso di sfruttamento

¹ AGCM, Provvedimento n. 26597 del 11 maggio 2017, caso *Whatsapp-Trasferimento dati a Facebook*.

² AGCM, Provvedimento n. 27432 del 29 novembre 2018, caso *Facebook-Condivisione dati con terzi*.

(come quello sanzionato in Germania nei confronti di Facebook), sia un abuso escludente (nel caso in cui l'effetto sia quello di rendere ancora più difficoltoso per i *competitor* dell'impresa dominante operare sul mercato). Resta ovviamente da capire quale sarà il *benchmark* utilizzato dall'AGCM per ritenere che i dati acquisiti siano "eccessivi" o, comunque, tali da rafforzare sproporzionatamente la posizione di mercato dell'impresa che li acquisisce.

Simili interrogativi si pongono al fine di determinare a quali condizioni sia possibile **obbligare un'impresa dominante** a fornire i propri dati ad imprese terze che ne facciano richiesta. Sul punto, richiamandosi alla ben nota giurisprudenza europea formatasi sul tema delle *essential facility*, l'Autorità ha fornito chiare indicazioni specificando che un'impresa dominante può essere obbligata a fornire a terzi i propri dati solo "*in casi eccezionali*" e, in particolare, quando:

- i) i dati richiesti siano **necessari** per competere sul mercato,
- ii) è probabile che il rifiuto determini l'**eliminazione** di una concorrenza effettiva sul mercato,
- iii) è probabile che il rifiuto determini un **danno** per i consumatori, e
- iv) i dati richiesti sono **necessari** per lo sviluppo di un prodotto o servizio nuovo per il quale sussiste una potenziale domanda.

Da ultimo, l'AGCM si è soffermata sul **diritto alla portabilità dei dati** previsto dall'articolo 20 del GDPR indicando, da un lato, che tale istituto ha evidenti risvolti pro-concorrenziali poiché consente di ridurre gli *switching cost* degli utenti dall'operatore *incumbent* ad un operatore concorrente e, dall'altro, che tale obiettivo di carattere concorrenziale trova oggi un ostacolo nella scarsa consapevolezza degli utenti in merito alla portata e alle modalità di esercizio del diritto alla portabilità. Anche in questo caso, l'Autorità valuterà dunque con estrema attenzione le modalità con cui le imprese informeranno gli utenti dei diritti derivanti dall'art. 20 del GDPR, **sanzionando in maniera decisa eventuali comunicazioni non trasparenti o pratiche volte ad ostacolare il relativo esercizio.**

II. Lo sfruttamento dei dati

Passando al versante opposto, ossia quello dell'utilizzo dei dati, l'Autorità si è innanzitutto soffermata sul tema della **price discrimination** indicando che la preoccupazione principale, in termini di benessere dei consumatori, risiede nel fatto che "*il costo del bene è determinato in ragione di una*

*classificazione attribuita da un **algoritmo**, che sfrutta le propensioni individuali e che non è nota all'interessato*".

Ne potrebbero derivare, secondo l'Autorità, fenomeni di sfruttamento a danno dei consumatori, potenzialmente sanzionabili a titolo di abuso di posizione dominante. Al contempo, l'AGCM sottolinea l'opportunità che l'applicazione di prezzi personalizzati venga comunicata "in maniera trasparente" agli utenti e ipotizza altresì la necessità di "fornire ai consumatori la possibilità di opt-out", ossia la facoltà di rifiutare politiche tariffarie individualizzate.

Il Report Finale affronta, inoltre, il tema delle **piattaforme digitali** "*che possono potenzialmente determinare effetti restrittivi della concorrenza, come dimostrano le istruttorie antitrust recentemente avviate*". Il riferimento è ai casi *Amazon*³ e *Google Search*,⁴ nell'ambito dei quali la Commissione Europea ha valutato la capacità di tali grandi piattaforme digitali di abusare della propria posizione dominante al fine di espandere il proprio potere di mercato anche in mercati limitrofi.

Ecco perché l'AGCM menziona il rischio che "*la personalizzazione dei risultati di ricerca potrebbe rendere più agevole la realizzazione di pratiche di **search discrimination**, che un'impresa potrebbe porre in essere al fine di favorire i propri prodotti e servizi venduti sulla piattaforma*" e indica l'esigenza di aumentare la "trasparenza dei criteri con i quali i dati vengono analizzati ed elaborati" da tali piattaforme.

Da ultimo, l'AGCM si focalizza sugli **algoritmi di prezzo**, che consentono alle imprese di assumere decisioni automatizzate sulla base di una serie di variabili, quali ad esempio, i prezzi dei concorrenti, le preferenze dei consumatori e i picchi della domanda. Al riguardo, l'Autorità ha rilevato che il ricorso agli algoritmi è in grado di "agevolare fenomeni collusivi" e deve, pertanto, essere valutato con estrema cautela in tutti quei casi in cui il loro concreto operare sia in grado di "*facilitare la stabilità di cartelli o la creazione di contesti di mercato favorevoli ad equilibri collusivi*".

³ Si tratta dell'istruttoria avviata dalla Commissione Europea a luglio del 2019 e ancora in corso, in riferimento alla quale la Commissaria Vestager ha dichiarato: "*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 they get from the little guys? Does this give them an advantage that cannot be matched?*".

⁴ Si tratta del caso AT.3790 *Google Search (Shopping)* ad esito del quale la Commissione Europea ha comminato a Google una sanzione pari a 2,42 milioni di Euro.

3. Riflessioni conclusive

I risultati dell'indagine conoscitiva sui *Big Data* e le diverse istruttorie in materia avviate negli ultimi mesi, non solo nei confronti dei grandi colossi digitali ma anche nei confronti di *player* attivi nei più disparati settori, certificano il **fortissimo interesse dell'AGCM a perseguire e sanzionare** eventuali fenomeni distortivi connessi alle **attività di acquisizione e sfruttamento dei dati**.

Si tratta, come visto, di una competenza **parallela e complementare rispetto a quella attribuita al Garante Privacy**, volta a monitorare il fenomeno *Big Data* da una diversa prospettiva, ossia quella della tutela della concorrenza e dei consumatori.

Il tutto, in un contesto in cui, se da un lato le violazioni della normativa *antitrust* espongono le imprese a sanzioni elevatissime che possono arrivare fino al 10% del loro fatturato annuo, dall'altro, il pieno rispetto delle previsioni in materia di pratiche commerciali scorrette è destinato ad assumere sempre maggiore rilevanza a fronte del futuro aumento delle sanzioni ad un valore anche superiore al 4% del fatturato annuo realizzato dalla società responsabile di una violazione del Codice del Consumo.⁵

Alla luce di quanto sopra, le imprese - qualunque sia il settore in cui operano - sono chiamate ad un **attento momento di riflessione** volto a verificare, in un'ottica di piena **compliance interna**, se le loro politiche commerciali basate sull'acquisizione o sull'utilizzo dei dati siano effettivamente conformi con quanto previsto dalla normativa *antitrust* e in materia di pratiche commerciali scorrette. Al contempo, il **grande interesse mostrato dall'AGCM per il fenomeno dei Big Data**, potrà rivelarsi anche un'**opportunità** per tutte quelle imprese interessate a **denunciare** comportamenti illeciti di propri concorrenti o fornitori di cui dovessero essere vittime.

⁵ Cfr. Direttiva (UE) 2019/2161, del 27 novembre 2019.



Focus Team Innovazione e Trasformazione Digitale

Il Focus Team è una costellazione di competenze in diversi ambiti di attività con focus su innovazione e trasformazione digitale.

Tommaso Faelli
Proprietà intellettuale

Vittorio Pomarici
Lavoro

Marco Adda
Fiscale

Maurizio Pappalardo
Antitrust

Giulia Bianchi Frangipane
Societario

Federico Vezzani
Regolamentare

Alessandro Musella
Societario

Gianpaolo Ciervo
Bancario

Barbara Napolitano
Societario