

Giorgio Giannone Codiglione

**LIBERTÀ D'IMPRESA,
CONCORRENZA E NEUTRALITÀ
DELLA RETE NEL MERCATO
TRANSNAZIONALE DEI DATI
PERSONALI**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE

LIBERTÀ D'IMPRESA, CONCORRENZA E NEUTRALITÀ DELLA RETE NEL MERCATO TRANSNAZIONALE DEI DATI PERSONALI

SOMMARIO: 1. Oggetto ed effetti della sentenza *Schrems*: protezione dei dati ed efficacia transnazionale delle tutele. — 2. Una seconda lettura: mercato dei dati e libertà d'impresa. — 3. Internet e i *social network*. — 4. Nuovi mercati rilevanti e posizioni dominanti tra UE ed USA. — 5. Convergenza dei rimedi e neutralità della rete.

1. OGGETTO ED EFFETTI DELLA SENTENZA *SCHREMS*: PROTEZIONE DEI DATI ED EFFICACIA TRANSNAZIONALE DELLE TUTELE.

La sentenza della Grande sezione della Corte di giustizia europea resa nel caso *Schrems c. Facebook* focalizza la propria attenzione sulla conformità della decisione 2000/520/CE della Commissione¹ ai parametri di “protezione adeguata” prescritti *in primis* dalla direttiva 95/46/CE (art. 25, par. 6, nonché artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali²), con particolare riguardo al principio di effettività delle tutele di cui all'art. 47 della Carta.

Come era avvenuto nelle pronunzie “*Digital rights Ireland*”³ e “*Google Spain*”⁴, i giudici del Lussemburgo intervengono sul tema della tutela dei dati personali affermando e rafforzando alcuni principi al fine di riequilibrare il rapporto tra l'interesse pubblico alla sicurezza nazionale ed il diritto e la libertà degli

¹ Commissione europea, decisione del 26 luglio 2000, a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adeguatezza della protezione offerta dai principi di approdo sicuro e dalle relative « Domande più frequenti » (FAQ) in materia di riservatezza pubblicate dal Dipartimento del commercio degli Stati Uniti, in *GUCE*, L 215 del 25 agosto 2000, pp. 7-47.

² Si vedano *ex multis* V. D'ANTONIO, *Il trasferimento dei dati all'estero*, sub artt. 42-45, in S. SICA - P. STANZIONE (dir. da), *La nuova disciplina della privacy*, Bologna,

2005, pp. 155-197; R. MIRANDA, *Trasferimento dei dati all'estero*, in C.M. BIANCA - F.D. BUSNELLI, *La protezione dei dati personali*, Padova, 2007, pp. 818 e ss.; I.J. LLOYD, *Information Technology Law*, 6th ed., Oxford, 2011, pp. 132-205.

³ CGE Grande sez., 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital rights Ireland Ltd*, in questa Rivista, 4/5, 2014, pp. 851-886.

⁴ CGE Grande sez., 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain, Google Inc. c. AEPD, Costeja González*, *ivi*, pp. 535-562.

utenti di conoscere e disporre dei propri dati personali veicolati sulla rete.

Nei casi citati si applica un parametro interpretativo generale di progressiva gerarchizzazione del sistema dei diritti fondamentali, che favorisce la protezione della privacy sull'interesse pubblico e quello economico dei prestatori dei servizi ⁵. Tale tutela può prescindere dall'azionamento di meccanismi giurisdizionali: volendo adottare una prospettiva rimediale, il diritto fondamentale diviene giustiziabile *ex se*, permettendo una *reazione* immediata alla violazione subita.

Un altro aspetto riguarda l'efficacia territoriale delle tutele: sulla scorta del caso *Google Spain*, alcuni giudici o autorità amministrative hanno esteso le proprie decisioni a tutti i nomi di dominio riferibili ad un dato prestatore di servizi, chiamando in causa (o ammettendo l'intervento volontario) dell'impresa-madre (di solito ubicata in paesi extra-UE) ⁶. Seguendo questo trend nel caso *Schrems* la Corte invalida la decisione della Commissione sul c.d. *safe harbor* e afferma che ogni cittadino comunitario può adire l'autorità nazionale competente per vedere applicata la normativa sui dati personali anche qualora siano stati trasferiti in un paese terzo.

2. UNA SECONDA LETTURA: MERCATO DEI DATI E LIBERTÀ D'IMPRESA.

Da una attenta lettura del corpo della sentenza *Schrems*, emergono alcuni elementi che non attengono strettamente al binomio privacy individuale/sicurezza globale (una costante nel *reasoning* dei giudici del Lussemburgo), conducendo verso una questione di importanza non secondaria:

a) la decisione invalidata affronta il tema del trasferimento transfrontaliero di dati intesi in primo luogo come beni economici ⁷,

⁵ S. RODOTÀ, *Solidarietà*, Bari-Roma, 2014, p. 92 s.

⁶ Sul punto, paradigmatica è la recente esperienza francese: v. TGI Paris, ord. 24 novembre e 19 dicembre 2014, in questa *Rivista*, 2015, pp. 532 e 541. Ancora in maniera più esplicita si è posta la Commission nationale de l'informatique et des libertés, affermando che la deindicizzazione, "per essere effettiva, deve essere effettuata su tutte le estensioni del motore di ricerca, senza limitazione ai soli nomi di dominio europei" (cfr. CNIL, dec. nn. 2015-047 del 21 maggio 2015, spec. p. 2 ss. e 2015-170 dell'8 giugno 2015, spec. p. 2, reperibili all'URL: www.cnil.fr/).

⁷ Il tema dell'informazione intesa come "bene" si presta a letture diverse, a volte discordanti, strettamente connesse alla multiforme natura che essa può ricoprire (sotto un profilo soggettivo ed oggettivo), anche sincronicamente, in un determinato contesto. Ciò che si vuole rilevare in questa sede è che il regime giuridico dell'informazione in rete declinata nel senso di protezione dei dati personali rappresenta una risposta alla "dematerializzazione" degli attributi umani in ambito digitale basato su parametri qualitativi che riguardano la classificazione del singolo dato e le modalità e tempistiche di trattamento e conservazione. Per una riflessione generale sul tema si rimanda a J. LITMAN, *Information Privacy/Information*

scambiabili liberamente tra imprese e necessari a “promuovere lo sviluppo del commercio internazionale”⁸.

Negli ultimi anni, il regime di utilizzo dei dati da parte dei prestatori ha superato la mera funzione di volano delle strategie commerciali⁹ (si pensi alle preferenze d’acquisto desumibili dal c.d. *profiling* e alle proposte individuali effettuabili attraverso il *behavioural advertising*): sono i dati stessi l’oggetto principale dell’attività imprenditoriale. Il dato — sia esso personale che anonimo — viene captato, veicolato, trattato e nella maggior parte conservato ed accumulato¹⁰, rappresentando una forma di “capitale”¹¹ diverso e alternativo al plusvalore ottenuto dalla vendita dei servizi o degli spazi pubblicitari¹².

Property, in 52 *Stan. L. Rev.* 1283 (2000); S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, pp. 52 e ss.; K.J. ARROW, *Il benessere economico e l’allocazione delle risorse per l’attività inventiva*, trad. it. in M. EGIDI - M. TURVANI (a cura di), *Le ragioni delle organizzazioni economiche*, Torino, 1994, pp. 117-139, spec. p. 124 s.; V. ZENO-ZENCOVICH, voce *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IX, Torino, 1993, pp. 420 e ss.; R. PARDOLESI - C. MOTTI, *L’informazione come bene*, in G. DE NOVA (a cura di), *Dalle res alla new properties*, Milano, 1991, p. 37 ss.; G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 209 e ss.

⁸ CGE Grande sez., 6 ottobre 2015, causa C-362/14, *Maximilian Schrems c. Data Protection Commissioner*, par. 8, 12 e 48: « Riconoscendo al contempo, al suo considerando 56, che i trasferimenti di dati personali dagli Stati membri verso paesi terzi sono necessari allo sviluppo degli scambi internazionali, la direttiva 95/46 pone come principio, al suo articolo 25, paragrafo 1, che siffatti trasferimenti possano avere luogo soltanto se tali paesi terzi garantiscono un livello di protezione adeguato ».

La dottrina ha da sempre inquadrato il trasferimento dei dati come fattore essenziale per lo sviluppo del commercio elettronico: sul punto si v. ad es. R.W. BROWN, *Economic and Trade Related Aspects of Transborder Data Flow*, in 6 *Nw. J. Int’l L. & Bus.* 1 (1984); V. FROSINI, *La libera circolazione dei beni e dei servizi informatici nel mercato comune europeo*, in questa *Rivista*, 1995, spec. pp. 21 e ss.

⁹ V. ad. es. il considerando 18 della direttiva 2000/31/CE: « I servizi della società dell’informazione abbracciano una vasta gamma di attività economiche svolte in linea (*on line*). Tali attività possono consistere, in particolare, nella vendita in linea di merci.

(...) Non sempre si tratta di servizi che portano a stipulare contratti in linea ma anche di servizi non remunerati dal loro destinatario, nella misura in cui costituiscono un’attività economica, come l’offerta di informazioni o comunicazioni commerciali in linea o la fornitura di strumenti per la ricerca, l’accesso e il reperimento di dati. I servizi della società dell’informazione comprendono anche la trasmissione di informazioni mediante una rete di comunicazione, la fornitura di accesso a una rete di comunicazione o lo stoccaggio di informazioni fornite da un destinatario di servizi. (...) ».

¹⁰ Il riferimento è ai “Big data”, che rappresentano la più moderna frontiera dello sfruttamento dei dati personali connessa alla quantità delle informazioni raccolte e non alle loro intrinseche qualità. Il risultato è lo stravolgimento del ruolo del rapporto di causalità, scalfato dal concetto di “correlazione”. Sul punto si rimanda all’illuminante disamina svolta da V. MAYER-SCHÖNBERGER - K. CUKIER, *Big data*, Milano, 2013, *passim*.

¹¹ Sulla nozione di “capitale” e “plusvalore” in politica dell’economia si rimanda, in una sconfinata e discordante messe di opinioni, ad es. a J. EATON, *Economia Politica*, Torino, 1971, *passim*. Il tema è stato esplorato con riguardo all’attuale assetto economico, sociale e tecnologico da A. GORZ, *L’immateriale. Conoscenza, valore e capitale*, ed. it., Torino, 2003, spec. pp. 24 e ss.

¹² Secondo alcune stime, il valore creato dalle nostre identità digitali in Europa corrisponderà ad oltre 1 trilione di euro entro il 2020, ossia circa l’8% del PIL combinato dei 27 paesi UE. L’uso dei dati personali porterà un beneficio economico, ovviamente non solo per aziende private, di 330 miliardi di euro l’anno entro il 2020. Così BOSTON CONSULTING GROUP, *The Value of our Digital Identity*, reperibile all’URL: ht-

b) La nozione di “benessere individuale”¹³ richiamata è anche quella del consumatore¹⁴: tale aspetto è confermato dalla competenza riconosciuta nella decisione 2000/520/CE alla *Federal Trade Commission* sul controllo del trattamento dei dati trasferiti negli Stati Uniti¹⁵.

c) La tutela dei dati personali è rappresentata come un fattore che condiziona il perseguimento dell’interesse economico, imponendo alle imprese dei costi “normativi” che influenzano in via mediata l’assetto generale del mercato. Come è stato rilevato dalla Commissione in alcune comunicazioni (che anticipano gli esiti della sentenza in commento), la creazione di un “canale preferenziale” di trasferimento di dati tra un paese comunitario ed un paese terzo sfavoriva le imprese unicamente operanti in Europa poiché, di fatto, venivano eluse le normative sulla sicurezza dei dati e la durata del trattamento per scopi di interesse generale (come emerso dallo scandalo Snowden-NSA¹⁶) e in senso più ampio si creava un vantaggio competitivo in termini di costi di

https://www.bcgperspectives.com/content/articles/digital_economy_consumer_insight_value_of_our_digital_identity/.

¹³ Considerando 2 della direttiva 95/46/CE, richiamato dalla sentenza *Schrems* al par. 3.

¹⁴ CGE Grande sez., 6 ottobre 2015, causa C-362/14, cit., par. 9.

¹⁵ Alla base di tale effetto confusorio tra le aspettative di tutela europee e i rimedi statunitensi vi è la differente percezione, consistenza e il ruolo che la privacy ha da sempre svolto nei due continenti. Si ponga solo mente al fatto che proprio uno dei padri del c.d. *right to let be alone*, Louis Brandeis, si occupò di riformare la *Federal Trade Commission* investendola di “un ampio e flessibile mandato” con poteri che ne potessero garantire l’adattamento al mutare dei tempi, intorno al 1912, a cavallo tra la pubblicazione del celebre saggio *The Right To Privacy* sull’*Harvard Law Journal* (1890) e la cristallizzazione per via giurisprudenziale di quei principi in *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928). In argomento v. M. WINERMAN, *The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control, and Competition*, in 71 *Antitrust L. J.* 1 (2003).

Commissione europea, decisione 2000/520/CE, cit., all. II, FAQ 11: « (...) La Commissione federale per il commercio (FTC) si è impegnata ad esaminare in via prioritaria i casi trasmessi da organizzazioni di autoregolamentazione in materia di riservatezza (quali BBBOnline e TRUSTe) e

dagli Stati membri dell’UE per denunciare la presunta non conformità ai principi dell’approdo sicuro, al fine di stabilire se vi siano state violazioni della sezione 5 del FTC Act, che vieta azioni o pratiche sleali od ingannevoli nel commercio (...) ».

Si vedano anche i paragrafi 44 e 205 delle conclusioni dell’avvocato generale Yves Bot sul caso *Schrems*, presentate il 23 settembre 2015: « La competenza della FTC è limitata agli atti e alle pratiche sleali o ingannevoli in materia commerciale o collegata al commercio, ed essa non si estende pertanto alla raccolta e all’impiego di informazioni personali a fini non commerciali. L’ambito di competenza limitato della FTC restringe il diritto dei singoli alla protezione dei loro dati personali. La FTC è stata creata non già per assicurare la protezione del diritto individuale alla vita privata, come avviene in seno all’Unione per le autorità nazionali di controllo, bensì per garantire un commercio leale ed affidabile per i consumatori, il che limita, *de facto*, le sue capacità di intervento nella sfera relativa alla protezione dei dati personali. La FTC non svolge pertanto un ruolo equiparabile a quello delle autorità nazionali di controllo previste all’articolo 28 della direttiva 95/46 ».

¹⁶ F. BIGNAMI, *European Versus American Liberty: A Comparative Privacy Analysis Of Antiterrorism Data Mining*, in 48 *B.C. L. Rev.* 609 (2007); P.M. SCHWARTZ, *The Eu-U.S. Privacy Collision: A Turn To Institutions And Procedures*, in 126 *Harv. L. Rev.* 1966 (2013).

conformazione ai concorrenti con sede sul territorio statunitense¹⁷.

Il tema del “costo della privacy” nel senso di analisi dell’impatto della regolamentazione sull’attività di impresa, è stato ampiamente esplorato dalla dottrina¹⁸, sulla falsariga di quanto fatto per le regole di responsabilità civile e vicaria del *provider*¹⁹.

In questo caso, invece, a meritare una riflessione è il rapporto “inverso” tra libertà costituzionale d’impresa (artt. 16 della Carta e art. 41 Cost.)²⁰ e trasferimento dei dati personali, nel complessivo assetto concorrenziale modulare e multilivello della rete²¹, tenendo in debita considerazione l’opportunità di una progressiva

¹⁷ CGE Grande sez., 6 ottobre 2015, causa C-362/14, cit., par. 24: « Secondo il punto 8 della comunicazione COM(2013) 847 final, fra le imprese certificate figuravano « [l]e imprese del web come Google, Facebook, Microsoft, Apple, Yahoo », le quali contano « milioni di clienti in Europa » e trasferiscono dati personali negli Stati Uniti a fini del loro trattamento ».

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 27 novembre 2013, *Ripristinare un clima di fiducia negli scambi di dati fra l’UE e gli USA*, COM(2013) 846 final, p. 7: « A causa di una mancanza di trasparenza e di carenze nell’attuazione, alcuni membri auto-certificati del regime non ne osservano, in pratica, i principi. Questo ha un impatto negativo sui diritti fondamentali dei cittadini dell’UE, e mette inoltre in svantaggio le imprese europee rispetto alle loro concorrenti americane che operano nell’ambito dello stesso regime ma che in pratica non ne rispettano i principi. Questi squilibri incidono anche sulla maggior parte delle imprese americane che invece applicano correttamente il regime. Approdo sicuro funge inoltre da interfaccia per il trasferimento di dati personali di cittadini dell’UE dall’Unione europea agli Stati Uniti da parte di imprese che sono tenute a consegnare dati ai servizi di intelligence americani nell’ambito dei programmi di raccolta statunitensi. Se le carenze riscontrate non vengono corrette, si crea pertanto uno svantaggio competitivo per le imprese dell’UE e un impatto negativo sul diritto fondamentale alla protezione dei dati dei cittadini dell’Unione ».

Comunicazione della Commissione del 27 novembre 2013, *Sul funzionamento del regime “Approdo sicuro” dal punto di vista dei cittadini dell’UE e delle società ivi stabilite*, COM(2013) 847 final, p. 14: « Le carenze sopra indicate in materia di trasparenza e di applicazione suscitano preoccupazione fra le imprese europee per quanto

riguarda l’incidenza negativa del regime Approdo sicuro sulla loro competitività. Una società europea che compete con una società statunitense operante nell’ambito di Approdo sicuro senza applicarne i principi si trova rispetto ad essa in una situazione di svantaggio ».

¹⁸ Si vedano ad es. G.S. GROSSMANN, *Transborder Data Flow: Separating the Privacy Interests of Individuals and Corporations*, in *Nw. J. Int’l L. & Bus.* 1 (1982); A. MANTELEO, *Il costo della privacy tra valore della persona e ragione d’impresa*, Milano, 2007, spec. pp. 87-201.

¹⁹ V. ad es. G.M. RICCIO, *La responsabilità civile degli Internet providers*, Torino, 2002; A.C. YEN, *A Preliminary Economic Analysis of Napster: Internet Technology, Copyright Liability, and the Possibility of Coasean Bargaining*, in 26 *U. Dayton L. Rev.* 248 (2001); W.M. LANDES - D.G. LICHTMAN, *Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective*, *J. M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n. 179*, 2003.

²⁰ Per una visione d’insieme cfr. F. GALGANO, *Sub art. 41*, in F. GALGANO - S. RODOTÀ, *Rapporti economici, II, Commentario della Costituzione a cura di G. Biondi*, Bologna-Roma, 1982, spec. pp. 61 e ss.; G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, pp. 7 e ss.

²¹ Multilivello perché si sviluppa su più piani (infrastruttura, gestione, accesso, servizi), modulare perché l’interazione tra *device*, rete e servizi si presta al reciproco dialogo ed interconnessione. Per un primo quadro d’insieme dei rapporti tra libertà d’impresa ed Internet v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Internet e concorrenza*, in questa *Rivista*, 4/5, 2010, pp. 697 e ss.; Id., R. PARDOLESI, *La concorrenza sleale nell’era di Internet*, in R. PARDOLESI - R. ROMANO, *La concorrenza reale e la tutela dell’innovazione*, in *Diritto civile*, vol. IV, t. I, dir. da N. LIPARI - P. RESCIGNO, coord. da A. ZOPPINI, Milano,

convergenza dell'efficacia operativa delle normative di settore ²².

La sentenza *Schrems* non modifica in maniera definitiva una prassi diffusa quale quella del trasferimento transnazionale dei dati: in attesa di un nuovo accordo, infatti, esistono ed operano modalità differenti ed alternative per garantire l'appropriabilità e la trasferibilità dei dati personali da un server all'altro, eludendo, o comunque minando il complessivo obiettivo di tutela di stampo comunitario ²³.

Non viene ad esempio censurata l'efficacia dell'atto di registrazione (o di successiva cancellazione) alle piattaforme di *social networking* ²⁴, espressione più moderna ed istantanea di "consenso" al trattamento dei propri dati.

L'argomento appare meritevole di un approfondimento almeno sotto tre aspetti, tra di essi collegati:

1) Ove si inquadri la libertà d'impresa come preconditione necessaria alla realizzazione di un sistema economico proteso verso il progresso ²⁵ e l'innovazione ²⁶, si è sostenuto come sia necessario favorire l'accesso al mercato di più imprese e, al

2009, pp. 105 e ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *I rapporti tra gestori di reti e fornitori di contenuti nel contesto europeo*, in questa Rivista, 2004, pp. 421 e ss.; G. ROSSI, *Cyber-antitrust, Internet e tutela della concorrenza*, in questa Rivista, 2003, pp. 247-279; A. GENTILI, *Internet e antitrust*, in AIDA, 1996, pp. 45-58; G.M. RICCIO, *Concorrenza sleale e tutela dei consumatori nelle reti telematiche*, in questa Rivista, 3, 2006, pp. 307 e ss.; G. GORKAYNAK - D. DURLU - M. HAGAN, *Antitrust on the Internet: a Comparative Assessment of Competition Law Enforcement in the Internet Realm*, in 14 Bus. L. Int'l 51 (2013); F. CUGIA DI SANT'ORSOLA - R. NOORMOHAMED - D. ALVES GUIMARÃES, *Communication and Competition Law*, Alphen aan den Rijn, 2015, spec. pp. 69 e ss.

²² Questo tema è stato recentemente oggetto di grande attenzione da parte della dottrina statunitense e, al contempo, di enti ed autorità di stampo comunitario: si vedano ad es. Commissione europea, *Strategia per il mercato unico digitale in Europa*, 6 maggio 2015, COM(2015) 192 final; EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Privacy and competitiveness in the age of big data*, Bruxelles, 5/2014; EUROPEAN PARLIAMENT - Directorate General For Internal Policies Policy Department A: Economic And Scientific Policy, *Challenges for competition policy in a Digitalised Economy*, IP/A/ECON/2014-12, Bruxelles, 7/2015, spec. pp. 25 e ss.; P. JONES HARBOUR, *The Transatlantic Perspective: Data Protection and Competition Law*, in H. HIJMAN - H. KRANENBORG (a

cura di), *Data Protection anno 2014: How to Restore Trust?: Contributions in Honour of Peter Hustinx*, European Data Protection Supervisor (2004-2014), Bruxelles, 2014, p. 25 ss.; A.P. GRUNES, *Another Look at Privacy*, in 20 Geo. Mason L. Rev. 1107 (2013); N. NEWMAN, *Search, Antitrust, and the Economics of the Control of User Data*, in 31 Yale J. on Reg. 401 (2014).

²³ In argomento si rimanda ai contributi di G.M. RICCIO, *Model contract clauses e corporate binding rules: valide alternative al Safe harbor agreement?* e A. MANTELLERO, *Il trattamento dati nelle imprese nel post Safe harbour. Strategie di breve, medio e lungo periodo*, in questo Fascicolo.

²⁴ CGE Grande sez., 6 ottobre 2015, causa C-362/14, cit., par. 27: « Chiunque risieda nel territorio dell'Unione e desideri utilizzare Facebook è tenuto, al momento della sua iscrizione, a sottoscrivere un contratto con Facebook Ireland, una controllata di Facebook Inc., situata, da parte sua, negli Stati Uniti ».

²⁵ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1956, p. 12 ss.

²⁶ Ad esempio nel senso di sviluppo tecnologico ed innalzamento della qualità dei servizi resi: F.A. VON HAYEK, *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, London, 1978, pp. 148-149: « Only when a great many different ways of doing things can be tried will there exist such a variety of individual experience, knowledge and skills, that a con-

contempo, incentivare le dinamiche “naturali” della concorrenza, limitando, ove possibile, gli interventi regolatori e/o sanzionatorio/conformativi ²⁷.

La rete però, come d'altronde è accaduto negli ultimi due secoli con la maggior parte dei mezzi di comunicazione di massa, si presta alla formazione di monopoli ed oligopoli ²⁸.

2) L'esistenza di posizioni di vantaggio affida nelle mani di soggetti privati un “patrimonio informazionale” che, da una parte, aumenta la forza degli stessi nei confronti dei concorrenti e, dall'altra, corrisponde ad immense porzioni di potere pubblico.

3) L'affermata natura di Internet quale bene essenziale ²⁹ (non solo di carattere economico ai sensi dell'art. 36 della Carta ³⁰) e la presenza di principi immanenti alla sua genesi e natura (quale quello di neutralità della rete), contrasta con l'interesse economico sotteso alla prestazione di servizi, facendo emergere l'importanza di declinare la libertà d'impresa come diritto strumentale alla tutela ed al soddisfacimento dei diritti fondamentali dell'individuo.

Non si può pertanto guardare al limite dell'utilità sociale solo come garanzia dell'abbassamento dei “prezzi” (si pensi al para-

tinuous selection of the most successful will lead to steady improvement ».

²⁷ Una delle teorie economiche maggiormente diffuse nell'ultimo sessantennio, propugnata dalla c.d. Scuola di Chicago, ha adottato l'efficienza del sistema economico come obiettivo generale del diritto della concorrenza: M. FRIEDMAN, *Capitalismo e libertà*, ed. it., Pordenone, 1987, p. 26 s.: « l'esistenza di un libero mercato naturalmente non elimina il bisogno di un governo. Al contrario, il governo è essenziale sia come foro per la fissazione delle regole del gioco, sia come arbitro per l'interpretazione delle regole stesse per imporne il rispetto. Il merito del mercato è quello di ridurre enormemente il numero delle questioni che devono essere decise per via politica, e quindi di ridurre al minimo l'area di diretto intervento del governo nel gioco ». V. anche D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto*, Bologna, 2004, spec. pp. 459-492 e R. COOTER - U. MATTEI - P.G. MONATERI - R. PARDOLESI - T. ULEN, *Il mercato delle regole*, I, 2ª ed., 2006, pp. 26 e ss.

²⁸ R. MANSELL - M. JAVARY, *Emerging internet oligopolies: a political economy analysis*, in E.S. MILLER - W.J. SAMUELS, *An Institutionalist Approach to Public Utilities Regulation*, East Lansing, 2002, pp. 162-201.

Si pensi alle vicende sulla gestione delle reti telefoniche negli Stati Uniti e, ancora, a quelle che hanno interessato la televisione italiana sin dalla sua nascita: F. CAIRNCROSS,

La fine delle distanze, trad. it., Milano, 2002, pp. 281 e ss.; J. RYAN, *Storia di Internet e il futuro digitale*, Torino 2011, pp. 71 e ss.; J. RIFKIN, *La società a costo marginale zero*, Milano, 2014, spec. p. 286 s.; A. GENTILI, *La concorrenza nelle telecomunicazioni*, in AIDA, 1995, pp. 21 e ss.; R. PARDOLESI, *Antitrust e multimedialità*, ivi, pp. 93-103; F. CARDARELLI - V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni. Principi, normativa, giurisprudenza*, Bari, 1997; V. ZENO-ZENCOVICH, *Plurality of political opinions and the concentration of media*, in 15 *Cardozo El. L. Bull.* 1 (2010); S. SICA - V. ZENO-ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, 3ª ed., Padova, 2015, p. 89 e ss.

²⁹ In giurisprudenza si rimanda, tra le decisioni più rappresentative, alle massime affermate in *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997); Conseil Constitutionnel, 10 giugno 2009, n. 580, in questa *Rivista*, 2009, p. 524 ss., trad. e nota di G. VOTANO; BGH, 14 maggio 2013, III ZR 98/12, in questa *Rivista*, 2013, pp. 541 e ss., trad. e n. di G. GIANNONE CODIGLIONE.

³⁰ L'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, compreso al capo IV, della solidarietà, riconosce e afferma l'autonomo diritto all'accesso ai servizi d'interesse economico generale « al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione ».

dosso della gratuità dei servizi web) e l'innalzamento della qualità e l'accessibilità di un prodotto o servizio in Internet, ma è forse opportuno concentrare l'attenzione sugli effetti trasversali che la garanzia di una reale competizione tra operatori sortisce in un mercato solo all'apparenza modulato su parametri ordinari ³¹.

3. INTERNET E I SOCIAL NETWORK.

Questa breve disamina si focalizzerà sul mercato della prestazione dei servizi di *social networking*, implicitamente investito dalla pronuncia della Grande sezione ed esempio paradigmatico della repentina ascesa di determinate figure imprenditoriali in Internet.

I *social network* forniscono servizi di comunicazione e condivisione di contenuti digitali destinati a più utenti registrati e legati tra di loro da un vincolo virtuale di amicizia che sovente è precondizione dell'interazione stessa ³².

Dall'altra parte, operando in un mercato che gli economisti hanno definito *two- (o multi-) sided* ³³, essi offrono sincronicamente ad altri soggetti privati servizi e spazi pubblicitari, consistenti ad esempio nell'elaborazione di appositi studi desunti dalle informazioni relative alle interazioni e alle semplici azioni poste in essere sulla piattaforma, o ancora riguardanti la comunicazione di messaggi pubblicitari ai propri utenti registrati.

Sotto un profilo classificatorio, i *social network* (o SNs) si pongono a cavallo tra i *caching* e gli *hosting providers* di cui alla direttiva 2000/31/CE: la loro attività è infatti volta a favorire la trasmissione di informazioni da un destinatario all'altro del servizio (art. 13 dir. cit.) e a memorizzare informazioni fornite da un destinatario del servizio (art. 14 dir. cit.) ³⁴.

Volendo adottare una diversa prospettiva, non necessariamente

³¹ Si rifletta ad esempio sulle dinamiche attinenti i requisiti di accesso, sulla natura e raccolta dei proventi, o ancora sulle tipologie e modalità di erogazione del servizio.

³² Sul punto si rinvia a S. SICA - G. GIANNONE CODIGLIONE, *I social network sites e il "labirinto" delle responsabilità*, in *Giur. mer.*, 12, 2012, pp. 2714-2733; S. VIGLIAR, *Consenso consapevolezza e responsabilità*, Padova, 2012; G.M. RICCIO, *Social networks e responsabilità civile*, in questa *Rivista*, 6, 2010, pp. 859 e ss.; V. D'ANTONIO - S. VIGLIAR, *Studi di diritto della comunicazione. Persone, Società e Tecnologie dell'Informazione*, Padova, 2009, pp. 87 e ss.; G. RIVA, *I social network*, Bologna, 2010.

³³ Sul punto v. M. COLANGELO - V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione on-line*

e la disciplina della concorrenza: i servizi di viaggio, soggiorno e svago, in questa *Rivista*, 1, 2015, spec. pp. 49-56; D.S. EVANS - R. SCHMALENSSEE, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*, Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 623, 2012.

³⁴ In termini di responsabilità aquiliana, nella giurisprudenza dell'ultimo decennio il problema si è "risolto" nella definizione del parametro di "effettiva conoscenza" di un'eventuale attività illecita posta in essere sulla piattaforma, a volte modulato rispetto all'"effettivo controllo" delle informazioni veicolate: per un quadro della giurisprudenza italiana cfr. Trib. Milano, 9 settembre 2011, in *Giur. it.*, 2012, p. 4; Trib. Roma, 16 giugno 2011, in *Dir. ind.*, 2012, 1, p. 79 ss.; Trib. Roma, 16 dicembre

collegata alle regole di responsabilità civile degli ISP, essi sono più semplicemente degli *edge providers*, differenziandosi dalle *backbone networks*, le compagnie che approntano grandi reti in fibra in tutto il mondo e ancora dai *broadband providers*, le imprese che forniscono servizi dati di tipo domestico, professionale o individuale.

Secondo una recente ricerca pubblicata dall'Eurostat³⁵, il 46% della popolazione europea attiva su Internet compresa tra i 16 e i 74 anni utilizza la rete per il *social networking*, avendo accesso a piattaforme quali *Facebook* e *Twitter*.

Sotto il profilo della tipologia del servizio reso, il mercato dei *social network* si distingue per il fatto che in genere nessuno degli operatori offra agli utenti lo stesso identico servizio: ogni prestatore difficilmente trova a confrontarsi direttamente con un avversario nel proprio settore di competenza³⁶.

Volendo semplificare e fornire al contempo dei dati indicativi sul numero di utenti registrato singolarmente ad ogni *network*, si può distinguere tra:

1) SNs generalisti (offrono servizi base di comunicazione e condivisione di media e messaggi): *Facebook*, *Twitter* (che a differenza del primo impone un limite di lunghezza ai messaggi pubblici) e *Google+* (che sfrutta indirettamente la fama del *search engine* e dei servizi di mailing offerti), si collocano ai primi posti in assoluto rispetto al numero di iscritti (rispettivamente 82%, 60%, 52%) e attivi (42%, 22%, 21%)³⁷; il medesimo fenomeno si

2009, in *questa Rivista*, 2010, p. 278 ss., n. L. GUIDOBALDI; Trib. Roma, 15 aprile 2010, in *Riv. dir. ind.*, 2010, II, p. 248 ss., n. D. MULA; Trib. Roma, 22 marzo 2011, in *Danno e resp.*, 7, 2011, pp. 753-764, n. G.M. RICCIO; Trib. Firenze, 25 maggio 2012, in *questa Rivista*, 2012, 6, 1210 (s.m.), n. T. SCANNICCHIO, e in *Corr. giur.*, 4, 2013, pp. 505-510, n. S. SICA. In dottrina v. da ultimo M. BASSINI, *La rilettura giurisprudenziale della disciplina sulla responsabilità degli Internet service provider. Verso un modello di responsabilità "complessa"?*, in *federalismi.it*, 9/2015 e L. BUGIOLACCHI, *Ascesa e declino della figura del provider « attivo »? Riflessioni in tema di fondamento e limiti del regime privilegiato di responsabilità del hosting provider*, in *Resp. civ. prev.*, 4, 2015, pp. 1261 e ss.

³⁵ EUROSTAT, *Information society statistics - households and individuals*, 6/2015, p. 5, reperibile all'URL: <http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/>.

³⁶ Questa situazione si avvicina alla c.d. concorrenza monopolistica, in cui in un

mercato senza barriere in entrata, un certo numero di imprese minori si affianca ad un operatore di maggiori dimensioni (c.d. *incumbent*) offrendo prodotti e servizi simili, ma distinguibili per alcune particolari qualità. Guardando alla situazione dei *social network*, si potrebbe discorrere di una concorrenza non basata sul prezzo, ma sull'appetibilità del servizio offerto. Ove si ravvisassero delle barriere in entrata per le altre imprese (legali, strategiche, reputazionali, economie di scala), si discuterebbe invece di un oligopolio. Sul punto v. H. LEVY, *Monopole, Kartelle und Truste in ihren Beziehungen zur Organisation der kapitalistischen Industrie: Dargestellt an der Entwicklung in Grossbritannien*, Jena, 1909; P.S. LABINI, *Oligopolio e progresso tecnico*, 2^a ed., Torino, 1967, pp. 31 e ss.

³⁷ GLOBALWEBINDEX, *Quarterly report on the latest trends in social networking*, 1/2015, p. 5 ss. Lo studio è svolto trimestralmente, in base ai dati raccolti su un campione di 200.000 utenti intervistati in 33 paesi del globo.

registra ad esempio in Asia, dove solo poche piattaforme generaliste attraggono il maggior numero di internauti ³⁸.

2) SNs specialisti (dedicati ad una determinata categoria di utenti o di media oggetto dell'interazione): *Linkedin* (professionisti), *Academia* (ricercatori), *Instagram* (foto amatoriali), *Flickr* (fotografia professionale), *Last.fm* (gusti musicali) e detengono quote minoritarie, ancorché in crescita del numero complessivo di utenze registrate ed attive.

In poco meno di dieci anni, *Facebook* e *Twitter* hanno acquisito più di cinquanta imprese a testa, tra le quali spiccano *Instagram* (2011) e il colosso delle chat vocali per telefonia mobile *Whatsapp* (2014), o ancora *Periscope*, la *mobile-app* per effettuare *streaming* video in diretta (2015) ³⁹.

L'utente, per accedere ai servizi deve registrarsi (c.d. piattaforma chiusa), accettando le condizioni generali d'utilizzo — comprensive delle clausole di comportamento e di esonero dalla responsabilità del prestatore, le licenze d'uso sui contenuti immessi ⁴⁰ — e prestando contestualmente il consenso al trattamento dei dati personali ⁴¹.

L'iscrizione può essere effettuata indifferentemente e discrezio-

³⁸ In Cina sono Sina Weibo, Qzone e Tencent Weibo (tutti di tipo generalista) ad avere il maggior numero di utenti iscritti ed attivi.

³⁹ Le liste complete sono consultabili su WIKIPEDIA, *List of mergers and acquisition by Facebook* (12/11/2015): https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_mergers_and_acquisitions_by_Facebook/; *List of mergers and acquisition by Twitter* (12/11/2015): https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_mergers_and_acquisitions_by_Twitter/.

⁴⁰ Dai termini d'uso di Facebook (12/11/2015): « (...) l'utente ci fornisce una licenza non esclusiva, trasferibile, che può essere concessa come sottoliscenza, libera da royalty e valida in tutto il mondo, che consente l'utilizzo dei Contenuti PI pubblicati su Facebook o in connessione con Facebook ("Licenza PI"). La Licenza PI termina nel momento in cui l'utente elimina il suo account o i Contenuti PI presenti nel suo account, a meno che tali contenuti non siano stati condivisi con terzi e che questi non li abbiano eliminati. Quando l'utente li elimina, i Contenuti PI vengono eliminati in modo simile a quando si svuota il cestino del computer. Tuttavia, è possibile che i contenuti rimossi vengano conservati come copie di backup per un determinato periodo di tempo (pur non essendo visibili ad altri). (...) ».

Dai termini d'uso di Twitter (12/11/2015): « L'utente manterrà i propri diritti

sui Contenuti che invierà, posterà o renderà disponibili sui Servizi, o mediante gli stessi. Con l'invio, la pubblicazione o visualizzazione di Contenuti sui Servizi, o mediante gli stessi, l'utente concede a Twitter una licenza mondiale, non esclusiva e gratuita (con diritto di sublicenza) per l'utilizzo, copia, riproduzione, elaborazione, adattamento, modifica, pubblicazione, trasmissione, visualizzazione e distribuzione di tali Contenuti con qualsiasi supporto o metodo di distribuzione (attualmente disponibile o sviluppato in seguito). (...) la presente licenza autorizza Twitter a rendere i Tweet dell'utente realizzati tramite i Servizi Twitter disponibili al resto del mondo e autorizza altri soggetti a fare altrettanto. (...) Twitter potrà modificare o adattare i Contenuti dell'utente al fine di trasmetterli, visualizzarli o distribuirli attraverso reti informatiche e vari supporti e/o apportare le modifiche ai Contenuti che saranno necessarie per renderli conformi e adattarli agli eventuali requisiti o restrizioni di qualsiasi rete, dispositivo, servizio o supporto. (...) ».

⁴¹ R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *AIDA*, 2011, p. 96 e ss.; S.A. CERRATO, *I rapporti contrattuali (anche associativi) tra i soggetti del social network*, ivi, pp. 189-191; P. SAMMARCO, *Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del web 2.0*, in questa *Rivista*, 4/5, 2010, p. 631 e

nalmente su ogni piattaforma: i dati immessi e prodotti all'interno del singolo *network*, proprio a causa di tali barriere contrattuali in entrata, non possono essere cancellati e sottratti in maniera univoca, né agevolmente trasferiti da un sito all'altro ⁴².

Tale ragionamento può essere esteso ai legami di amicizia virtuale intercorrenti tra un utente e l'altro: una volta avviata ed implementata quella cerchia di relazioni ramificate che permette di "connetter(c)i e rimanere in contatto con le persone della (nostra) vita" ⁴³, all'atto della rimozione del proprio profilo (o della cancellazione senza preavviso disposta dal prestatore), non è possibile portare in dote quel bagaglio di collegamenti relazionali in maniera semplice ed intuitiva.

La dislocazione geografica della struttura societaria si connota per la presenza di una sede centrale ubicata in territorio statunitense ed alcuni stabilimenti in Europa che svolgono per lo più mansioni di gestione dei nomi di dominio nazionali ai fini della vendita e la raccolta di proventi di carattere pubblicitario.

Sotto un profilo tecnico, la maggior parte dei dati personali raccolti dai *social network* transitano oltreoceano al fine di essere trattati e/o conservati dalla casa-madre: attualmente *Facebook* utilizza quattro *data-center* negli Stati Uniti e uno in Svezia; *Twitter* invece sfrutta *data-center* già esistenti corrispondendo delle quote di locazione degli spazi ai gestori, anch'essi tutti operanti all'interno del territorio statunitense ⁴⁴.

Le attività svolte dai responsabili del trattamento con ogni singolo dato appreso nel corso della permanenza dell'utente all'interno del *network* (o anche solo ove esso interagisca con *tools* predisposti dal prestatore senza essere registrato o aver effettuato il login ⁴⁵), sono varie e difficilmente classificabili, in termini qualitativi, quantitativi e temporali.

Scorrendo le *privacy policies* è possibile affermare che esse — tenute fuori tutte le attività di *disclosure* connesse alle richieste delle autorità competenti — consistano principalmente in: a)

ss.; F. AGNINO, *Disponibilità dei diritti nei s.n.: fino a che punto è possibile disporre contrattualmente dei propri diritti? (vedi contratto fb)*, in *Giur. mer.*, 2012, p. 2556 e ss.; S. SCALZINI, *I servizi di online social network tra privacy, regole di utilizzo e violazione dei diritti dei terzi*, ivi, pp. 2570 e ss.

⁴² M. GRANIERI, *Le clausole ricorrenti nei contratti dei social networks dal punto di vista della disciplina consumeristica dell'Unione europea*, in *AIDA*, 2011, cit., p. 125 e ss.; S. SICA - G. GIANNONE CODIGLIONE, *I social network sites e il "labirinto" delle responsabilità*, cit., p. 2724.

⁴³ È lo storico motto di Facebook.

⁴⁴ S. COSIMI, *Facebook & co., dall'Oregon alla Svezia: ecco dove sono i data center nel mondo*, in *Repubblica.it*, 6 ottobre 2015.

⁴⁵ Una recentissima sentenza della sezione in lingua olandese del Tribunale de première Instance di Bruxelles (9/11/2015), ancora inedita, si sofferma proprio sulla raccolta di informazioni di coloro che non hanno un profilo sui SN attraverso l'uso dei tool "like" e dei tasti di condivisione collocati su siti terzi. La Corte ha intimato a Facebook di interrompere tale attività entro 48 ore dalla pronuncia, pena il pagamento di un'*astreinte* di 250 mila euro al giorno: <http://www.privacycommission.be/en/news/judgment-facebook-case/>.

studio ed elaborazione dei contenuti prodotti e/o visualizzati, delle preferenze, delle azioni e delle interazioni dell'utente ai fini a1) del rafforzamento e dell'ampliamento delle relazioni virtuali, a2) della comunicazione di suggerimenti pubblicitari, a3) dell'implementazione delle stesse informazioni raccolte con maggiori dettagli (ad es. geolocalizzazione + *tagging* in luoghi pubblici, caffè, ristoranti); b) miglioramento dei servizi e/o della fidelizzazione dell'utente; c) confronto incrociato dei dati personali ricavati dalla piattaforma con quelli forniti da partner commerciali ⁴⁶; d) trasferimento a siti terzi controllati dalla casa-madre (legame contrattuale o proprietario) ⁴⁷; e) trasferimento a seguito di contratto di vendita dell'azienda stessa o di una sua controllata ⁴⁸; f) controllo del rispetto della *netiquette*.

Ogni attività suindicata, oltre che venire espressamente consentita dall'interessato, dovrà rispettare i precetti normativi che regolano le modalità e la durata del trattamento o della conservazione.

La dinamica dei trattamenti occulti dei dati personali, soprattutto nei casi in cui le attività del prestatore si svolgono ad un livello inferiore rispetto a quello di accesso pubblico alle informazioni sul web, è un fenomeno ricorrente e oggetto di studio ⁴⁹.

⁴⁶ Dai termini d'uso di Facebook (13/11/2015): « Riceviamo le informazioni su di te e sulle tue attività all'interno e all'esterno di Facebook da partner terzi, ad esempio le informazioni da parte di un partner quando offriamo servizi congiunti o di un inserzionista sulla tua esperienza e sulle tue interazioni con lui ».

Dai termini d'uso di Twitter: « richiediamo a fornitori di servizi terzi di svolgere funzioni e di fornirci servizi negli Stati Uniti, in Irlanda e in altri Paesi. Potremmo condividere le tue informazioni personali private con questi soggetti nel rispetto degli obblighi di riservatezza previsti da questa Informativa sulla Privacy e di eventuali altre misure appropriate in materia di riservatezza e sicurezza, a condizione che tali soggetti terzi usino le tue informazioni personali private unicamente per nostro conto e nel rispetto delle nostre istruzioni. Condividiamo le tue Informazioni di pagamento con i provider di servizi a pagamento per elaborare i pagamenti, prevenire, individuare e indagare su frodi e altre attività illecite; facilitare la risoluzione di controversie come i rimborsi o i riaddebiti e per altri scopi legati all'accettazione di carte di credito o di debito. Potremmo comunicare il tuo numero di carta di credito o di debito ai provider di servizi a pagamento o ai circuiti delle carte per monitorare le transazioni

tramite carta presso i commercianti e tenere traccia dell'attività di riscossione allo scopo di fornire servizi a pagamento ».

⁴⁷ Dai termini d'uso di Facebook (13/11/2015): « Condividiamo le informazioni in nostro possesso con le aziende che fanno parte di Facebook. (...) ».

⁴⁸ *Ibidem*: « Se la proprietà o il controllo di tutti o parte dei nostri Servizi o delle relative risorse cambia, potremmo trasferire le tue informazioni al nuovo titolare ».

Dai termini d'uso di Twitter (13/11/2015): « nel caso in cui Twitter sia coinvolto in una procedura di fallimento, in una fusione, acquisizione, riorganizzazione o vendita dei suoi beni, le tue informazioni potrebbero essere vendute o trasferite nell'ambito della relativa operazione. Quanto stabilito nella presente Informativa sulla Privacy si applicherà alle tue informazioni trasferite al nuovo soggetto. Potremmo divulgare informazioni su di te anche alle nostre società affiliate con lo scopo di contribuire a fornire, personalizzare e migliorare i nostri Servizi e i servizi dei nostri affiliati, tra cui la fornitura di annunci ».

⁴⁹ Si veda ad. es. A. MANTELERO, *Il costo della privacy*, cit., p. 173 ss.; V. LUBELLO, *Behavioural advertising e la privacy degli androidi*, in O. POLICINO - A.M. MAZZARO, *Tutela del copyright e della privacy*

Nell'attuale contesto la questione si arricchisce di nuovi elementi, di centrale importanza per questa discussione.

L'approccio qualitativo delle normative comunitarie di settore presuppone che il dato, una volta immesso nella piattaforma, si contraddistingua "morfologicamente" per elementi che ne permettano *ex ante* la classificazione⁵⁰, con la conseguente attribuzione del relativo regime di tutela.

Il consenso, in linea generale, investe preventivamente il tipo di dato immesso ed è valido solo per quelle attività espressamente dichiarate dal responsabile.

I dati personali, trattati in blocchi di elementi combinati e combinabili innumerevoli volte, sono forieri di produrre "nuovo valore" nel senso di correlazioni e risultati utili.

Lo stesso dato anonimo o "pseudonimizzato", ovvero sottoposto ad un processo di cancellazione di tutti gli elementi astrattamente identificativi, generalmente non protetto dalle norme sulla privacy, fornisce valore aggiunto e, combinato con altri dati anonimi può anche condurre all'identificazione di un soggetto. In altre parole, un *data-set* anonimo, qualora venga sottoposto ad un determinato trattamento, può dar vita a dati nuovi (anche di carattere personale), a loro volta riutilizzabili in maniera imprevedibile finché non si riterranno più utili, ovvero una volta esaurite le tecniche (e le idee) per una loro combinazione⁵¹.

I trattamenti "secondari" dei dati risultano quindi potenzialmente più importanti in termini economici di quelli primari, con il rischio evidente di elusione ed inefficacia delle normative di settore.

La legge italiana sulla privacy afferma l'importanza che il trattamento non contrasti con i diritti, le libertà e la dignità dell'interessato (art. 1, d.lgs. 196/2003) e venga effettuato soltanto ove necessario (art. 3, d.lgs. cit.), in maniera lecita e secondo correttezza (art. 11, lett. a), d.lgs. cit.).

I dati devono essere conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti (art. 11, lett. e), d.lgs. cit.).

Tali regole di condotta poste in capo al responsabile, nonostante siano permeate da principi di portata ampia e flessibile anche *pro futuro* (dignità e compatibilità con i diritti fondamentali), rischiano sovente di rimanere disattesi⁵².

sul web: *quid iuris?*, Roma, 2012, pp. 239 e ss.

⁵⁰ V. ad es., l'art. 4, lett. a) - e), d.lgs. 196/2003.

⁵¹ V. MAYER-SCHÖNBERGER - K. CUKIER, *Big data*, cit., pp. 237 e ss.

⁵² S. RODOTÀ, *Il mondo della rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, 2014, p. 36 s.

Dal punto di vista dei ricavi, le aziende in questione traggono profitto in primo luogo dalle vendite di spazi pubblicitari⁵³. Inoltre, la recente quotazione in borsa influenza sensibilmente il loro valore di mercato. Le attività concernenti il trattamento dei dati si pongono a cavallo tra due settori, poiché foraggiano indirettamente la pubblicità sulle piattaforme e aumentano il patrimonio complessivo dell'impresa stessa, ad esempio in termini di titoli negoziabili (*marketable securities*) o di avviamento (*goodwill*), come d'altronde è stato rilevato dalle autorità giudiziarie: si pensi alla cessione dell'attività imprenditoriale e al connesso valore attribuito ai dati raccolti e trasferiti, spesso solo virtualmente, da un soggetto privato all'altro⁵⁴.

4. NUOVI MERCATI RILEVANTI E POSIZIONI DOMINANTI TRA UE ED USA.

Al fine di poter approntare un tentativo di applicazione della normativa antimonopolistica vigente in Europa e negli Stati Uniti, alla porzione di mercato in cui operano i *social network*, è opportuno tracciare un breve quadro dei concetti-chiave che ne sostengono l'intera architettura, verificandone ove possibile le evoluzioni interpretative ed applicative.

La normativa *antitrust* comunitaria, inscindibilmente connessa agli obiettivi di promozione di un libero mercato interno competitivo e convergente nei risultati (art. 2 TUE), integra gli strumenti di regolazione *ex ante* e contrasto degli squilibri di mercato con una legislazione settoriale protesa a garantire una tutela trasversale del consumatore, attenta ai suoi bisogni non solo in termini di riduzione dei prezzi o varietà dei prodotti⁵⁵.

Tale strategia bipartita è deducibile dallo stesso Trattato sul funzionamento dell'U.E., che agli artt. 101-109 fissa le regole generali di concorrenza, ampliate nel dettaglio da appositi rego-

⁵³ Secondo l'ultimo rapporto trimestrale reso noto agli azionisti, Facebook ha ottenuto più del 90% del totale dei ricavi per il terzo trimestre del 2015 dalle pubblicità, di cui il 78% proveniente dal settore mobile. V. *Facebook Reports Third Quarter 2015 Results*, reperibile all'URL: <http://investor.fb.com/>.

⁵⁴ Un esempio paradigmatico è rappresentato dal caso *Toysmart*, in cui un'impresa in crisi della *new economy* dei primi anni 2000 tentò di cedere le banche di dati personali dei propri acquirenti per migliorare la situazione economica. Il caso è citato, unitamente ai suoi estremi, da A. MANTELERO, *Attività di impresa in Internet e tutela della persona*, Padova, 2004, p. 152 s. e nota 169. Sul punto v. anche F. MORANDO - R. IEMMA - E. RAITERI, *Privacy eva-*

luation: what empirical research on users' valuation of personal data tells us, in *Int. Pol'y Rev.*, 2, 2014.

⁵⁵ Per un primo quadro v. G. GHIDINI, *La concorrenza sleale*, Torino, 2001; A. FRIGNANI - R. PARDOLESI, *La concorrenza*, in G. AJANI - A. BENACCHIO (dir. da), *Tratt. dir. priv. U.E.*, VII, Torino, 2006; M. LIBERTINI, *Principi e concetti fondamentali del diritto antitrust*, in C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, III, Milano, 2006, pp. 159 ss.; P. AUTIERI - G. FLORIDIA - V. MANGINI - G. OLIVIERI - M. RICOLFI - P. SPADA, *Diritto industriale*, Torino, 2012, pp. 417 e ss.; G. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione Europea*, 6ª ed., Padova, 2013, pp. 453 e ss.; S. VIGLIAR, *Antitrust*, in M. COLUCCI - S. SICA, *L'Unione Europea*, Bologna, 2005, pp. 297 e ss.

lamenti (si vedano ad es. i Regolamenti del Consiglio n. 1/2003 sulle procedure e n. 139/2004 sulle concentrazioni), mentre all'art. 169 dedica un intero (seppur succinto) titolo alla protezione del consumatore: un altro tassello indicativo in tal senso è rappresentato dalla direttiva 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori ⁵⁶.

Lo sforzo di armonizzazione del legislatore comunitario investe il rapporto tra diritto sovranazionale e municipale e promuove una visione coordinata tra i singoli comparti di tutela (concorrenza, rapporto di consumo, teoria generale del contratto, contratti tipici) ⁵⁷: in questa prospettiva dialettica giocano poi un ruolo preminente i diritti fondamentali, in termini declamatori e con riguardo al controllo e all'applicazione giurisprudenziale delle regole.

La vigenza della disciplina concorrenziale è assicurata dalla Commissione, dalla Corte di giustizia e dal Tribunale e, su un diverso livello, dalle Autorità amministrative nazionali competenti (senza dimenticare il ruolo del giudice ordinario) ⁵⁸, qualora si registrino pratiche imprenditoriali volte a pregiudicare il commercio tra stati membri o tra imprese operanti in uno stesso stato, impedendo, restringendo o falsando "il gioco della concorrenza" ⁵⁹.

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione riconosce tre fattispecie tipiche, ma sufficientemente "aperte" di illecito concorrenziale: *a*) gli accordi o le pratiche concordate (art. 101 TFUE), *b*) l'abuso di posizione dominante sul mercato (art. 102 TFUE), *c*) gli aiuti degli Stati membri alle imprese (art. 107 TFUE).

Sull'altra sponda dell'oceano, la più matura disciplina *antitrust* statunitense fa capo allo *Sherman Act* del 1890 ⁶⁰, al *Clayton Act* del 1914 ⁶¹ in materia di concentrazioni, al *Federal Trade Commission Act* (1914) ⁶² e al *Robinson Patman Act* (1936) ⁶³, che si applica in caso di discriminazione sul prezzo di vendita di prodotti del medesimo grado e tipo di qualità sul territorio americano: autorità competenti in materia a livello federale sono la

⁵⁶ R. PARDOLESI, *La disciplina della concorrenza: uno sguardo d'insieme*, in *La concorrenza e la tutela dell'innovazione*, cit., p. 8; L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2011, p. 97 e ss.

⁵⁷ Si veda ad es. A. SOMMA, *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007; C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, cit., II, pp. 249 e ss.; M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2008, p. 33 e ss.; P. STANZIONE

- A. MUSIO, *La tutela del consumatore*, in M. BESSONE (dir. da), *Trattato di diritto privato*, XXX, Torino, 2009.

⁵⁸ V. DE LUCA, *Innovazione tecnologica e concorrenza nello spazio giuridico globale*, in *Riv. dir. comm.*, 7-8, 2004, pp. 891 e ss.

⁵⁹ Art. 101 TFUE.

⁶⁰ 15 U.S.C. §§ 1-7.

⁶¹ 15 U.S.C. §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53.

⁶² 15 U.S.C. §§ 41-58.

⁶³ 15 U.S.C. § 13.

sezione *antitrust* del *Department of Justice* (DOJ), e il *bureau of competition* della *Federal Trade Commission* (FTC) ⁶⁴.

In particolare, la sec. 1 dello *Sherman Act* proibisce qualsiasi accordo che limiti in maniera irragionevole il libero commercio, ad esempio concordando i prezzi di un prodotto, riducendone convenzionalmente la produzione, ripartendosi i mercati o rifiutando di contrarre rapporti commerciali con terzi non coinvolti nell'intesa.

La sec. 2, invece, vieta in generale la formazione di monopoli e si estende alle condotte di singole persone fisiche o giuridiche volte a controllare il mercato o a condurre trattative e accordi strumentali a tal fine.

Dotata di un valore di clausola generale è la sec. 5 (a) (1) del *FTC Act* ⁶⁵ (citato nel corpo della sentenza *Schrems*), per cui è illecito ogni metodo scorretto di concorrenza ed ogni azione o pratica scorrette o ingannevole: per la sua ampiezza essa può abbracciare le fattispecie descritte nelle restanti normative di settore, garantendo astrattamente alla *Federal Trade Commission* competenza su tutte le pratiche distorsive.

Un fattore determinante per la valutazione dei comportamenti anticoncorrenziali di un'impresa è la definizione del "mercato rilevante" in cui essa opera.

Questa nozione è strettamente connessa a quella di "prodotto": è quindi necessario individuare quei prodotti che per le loro proprietà, l'uso o il prezzo non siano considerati facilmente interscambiabili dal consumatore ⁶⁶.

Il *relevant product market* viene costruito sulla base di parametri materiali, spaziali e temporali, abbracciando ogni tipologia di relazione che si crea intorno ad un medesimo prodotto ⁶⁷ e valorizza la percezione soggettiva del consumatore: l'analisi del mercato è difatti basata sulla domanda e mira in senso più ampio a verificare l'impatto di una determinata condotta sui benefici ricavati dal consumatore ⁶⁸.

⁶⁴ W. KOVACIC - P. MAVROIDIS - D. NEVEN, *Merger control procedures and institutions: a comparison of the EU and US practice*, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, 2014; F. CENGİZ, *Antitrust federalism in the EU and the US*, London, 2012; E.M. FOX, *US and EU Competition law. A Comparison*, in E.M. GRAHAM - J. D. RICHARDSON (a cura di), *Global Competition Policy*, Washington, 1997, pp. 339 e ss.

⁶⁵ 15 U.S.C. § 45(a)(1): « Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful. (...) ».

⁶⁶ A. FRIGNANI - R. PARDOLESI, *Fonti fini e nozioni generali di diritto della concorrenza nella CE*, in *La concorrenza*, cit., p. 15.

⁶⁷ È il caso del già citato "mercato a più versanti": M. GRANIERI, *Two-sided markets and the credit card industry: are antitrust authorities missing the big picture?*, *Law & Economics Working Paper*, 2011, (www.law-economics.net); M. COLANGELO - V. ZENO-ZENCOVICH, *La intermediazione online e la disciplina della concorrenza*, cit., p. 53 s.; A. FRIGNANI - R. PARDOLESI, *Fonti, fini e nozioni generali*, cit., p. 19.

⁶⁸ M. LIBERTINI, *Principi e concetti fon-*

Una volta definito il mercato di riferimento, sarà necessario calcolare le sue quote e il potere attribuibile ad una data impresa (*market power*), adottando caso per caso parametri specifici e funzionali, variabili in base alla tipologia di consumatore (anziano, bambino, adulto) o di prodotto e ancora rispetto ad ogni singola ipotesi di divieto *antitrust* (abuso di posizione dominante, concentrazione, intesa restrittiva).

Secondo la Commissione, l'incremento del potere di mercato consiste "(nel)la possibilità per una o più imprese di aumentare i prezzi, ridurre la produzione, la scelta o la qualità dei beni e servizi, diminuire l'innovazione o influenzare in altro modo i parametri di concorrenza per ricavarne un vantaggio"⁶⁹.

La casistica *antitrust* nel mercato dei servizi in Internet si caratterizza per la lunga durata dei procedimenti, il sincronico coinvolgimento delle autorità comunitarie e di quelle statunitensi e per gli esiti sovente favorevoli alle imprese oggetto di indagine.

Nel caso *Google/DoubleClick*⁷⁰, l'acquisizione da parte del motore di ricerca generalista di una società che fornisce tecnologie di collocamento di messaggi pubblicitari attraverso servizi di tracciamento (ad es. con i c.d. *cookies*), è stata approvata sia dalla FTC che dalla Commissione, sulla base della normativa sulle concentrazioni.

In ambito europeo, il regolamento n. 139/2004 si applica a tutte le concentrazioni di dimensione comunitaria⁷¹ che producono una modifica duratura del controllo sul mercato unico, "in funzione della loro incidenza sulla struttura della concorrenza" (considerando 6).

L'impatto anticompetitivo della concentrazione va verificato anche guardando ai principi generali sull'abuso di posizione dominante *ex art.* 102 TFUE e quindi alla capacità di una data impresa di determinare i prezzi e controllare la produzione in un determinato mercato, attraverso: i) comportamenti volti ad escludere i concorrenti con mezzi diversi dalla competizione basata sui meriti dei prodotti o dei servizi forniti (accordi di esclusiva, vendite abbinate o aggregate, comportamenti predatori, rifiuto ad effettuare forniture)⁷² o ii) preclusioni anticoncorrenziali in

damentali del diritto *antitrust*, cit., p. 165 ss.

⁶⁹ Commissione europea, *Orientamenti relativi alla valutazione delle concentrazioni orizzontali a norma del regolamento del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*, in GUUE, C 31, 5 febbraio 2004, pp. 5-18.

⁷⁰ FTC, *Google/DoubleClick*, FTC File No. 071-0170 (Dec. 20, 2007), disp. all'URL: [http://www.ftc.gov/os/caselist/](http://www.ftc.gov/os/caselist/0710170/071220statement.pdf)

0710170/071220statement.pdf/; Commissione europea, decisione 11 marzo 2008, Caso COMP/M.4731 - *Google/DoubleClick*, C(2008) 927 final.

⁷¹ Reg. n. 139/2004, art. 1, n. 2 e 3.

⁷² V. Commissione europea, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concor-*

danno dei consumatori, quali l'aumento ingiustificato dei prezzi ⁷³.

Nel caso di specie, il mercato di riferimento è stato identificato con quello dell'*on-line advertising* (fornitura di spazi pubblicitari per *Google* e collocamento di inserzioni per *DoubleClick*) e segmentato in base alla tipologia di comunicazione commerciale veicolata (per *Google*) ⁷⁴ e al tipo di contraente (distinzione tra inserzionisti o editori per *DoubleClick*).

La definizione di mercato rilevante non è stata però affermata in via assoluta, ma tenuta aperta a future evoluzioni interpretative ⁷⁵.

Rispetto a tali indici, l'acquisizione di *DoubleClick* è stata ammessa sia sotto un profilo orizzontale (concorrenza tra i due operatori), sia verticale (concorrenza dei due distinti operatori sui mercati in cui operano, ovvero il collocamento per le inserzioni pubblicitarie per *DoubleClick* e la pubblicità collegata alle ricerche e i servizi di intermediazione di inserzioni pubblicitarie per *Google*).

Inoltre, FTC e Commissione si sono soffermate sul possibile effetto anticompetitivo sortito dalla combinazione delle banche dati delle due imprese. A causa dei vincoli contrattuali intercorrenti tra *DoubleClick* e i propri clienti, i *data-set* non si sarebbero prestati ad un "uso incrociato", essendo fruibili soltanto dall'inserzionista che ha proposto l'annuncio pubblicitario all'utente in visita alla pagina web ⁷⁶.

Ad ogni modo, a seguito della concentrazione, tale complesso di dati non avrebbe rappresentato un input decisivo atto a determi-

renti, 2009/C 45/02, in *GUUE*, C 45/7, 24 febbraio 2009.

⁷³ Rileva la dottrina che, diversamente, l'ordinamento americano non ritiene in generale incompatibile con i principi della concorrenza la libertà di determinare il prezzo che massimizzi il profitto: A. FRIGNANI, *L'abuso di posizione dominante, in La concorrenza*, cit., p. 202.

⁷⁴ Inserzioni testuali e non testuali, anche illustrate e collegate o meno alle ricerche o ai vari canali di vendita diretta e/o tramite reti e scambi di inserzioni pubblicitarie.

⁷⁵ FTC, *Google/DoubleClick*, cit., p. 13: « The markets within the online advertising space continue to quickly evolve, and predicting their future course is not a simple task. Accounting for the dynamic nature of an industry requires solid grounding in facts and the careful application of tested anti-trust analysis ».

⁷⁶ FTC, *Google/DoubleClick*, cit., p. 12: « (...) However, the customer and com-

petitor information that DoubleClick collects currently belongs to publishers, not DoubleClick. Restrictions in DoubleClick's contracts with its customers, which those customers insisted on, protect that information from disclosure, and we understand that Google has committed to the sanctity of those contracts. Furthermore, if, post-transaction, Google were to change or breach those contracts, the evidence does not support the conclusion that the aggregation of consumer or competitive information accessible to Google as a result of its acquisition of DoubleClick is likely to confer market power. The evidence, for instance, does not support the suggestion that Google would be able to use competitively sensitive information in DFP - particularly pricing information - to disadvantage its ad intermediation competitors. (...) ».

Commissione europea, *Google/DoubleClick*, cit., par. 361: « The notifying party submitted that DoubleClick's current contracts with advertisers do not allow the

nare un vantaggio sul mercato di riferimento ⁷⁷, posto anche che tutti i concorrenti di *Google* avevano già integrato nei propri portali le tecnologie in questione.

Le motivazioni proposte dalle due autorità — risalenti a quasi dieci anni or sono — nascondono alcuni limiti: il mercato rilevante è inquadrato soltanto sotto il profilo delle vendite pubblicitarie e le giustificazioni addotte per “sminuire” il potere di mercato connesso alla fusione dei *data-set* sono messe in discussione dalle prassi contrattuali che coinvolgono utente e prestatore.

Le clausole predisposte dai maggiori *social media* riconoscono esplicitamente, come si è avuto modo di rilevare, un utilizzo alternativo e incrociato dei dati personali o anonimi degli utenti che hanno avuto accesso alla piattaforma.

Inoltre, la prospettiva adottata dalla Commissione è esclusivamente di tipo qualitativo: essa valuta il “dato” oggetto di trattamento come un’informazione precisa che può servire solo al singolo inserzionista per modulare una determinata offerta ⁷⁸, senza tenere in considerazione che i nuovi sistemi di trattamento traggono indicazioni fondamentali (e relativo plusvalore) finanche dalla quantità di dati raccolti ed elaborati.

Nel successivo caso *TomTom/Tele Atlas* ⁷⁹, la Commissione ha esplorato l’integrazione verticale tra un’azienda produttrice di *software* e *hardware* per la navigazione GPS e un’altra fornitrice di mappe digitali.

Dalle risultanze dell’indagine è emersa l’importanza di proteggere il grado di “confidenzialità” delle informazioni prodotte dagli utilizzatori delle mappe di *Tele Atlas* e passibili di acquisizione.

La prospettiva di una “migrazione” di utenti verso un’impresa concorrente ha attribuito all’aspettativa di privacy un valore che influenza direttamente il potere di mercato dell’impresa in predi-

use of data regarding which web pages a user visited, in order to better target ads from other advertisers than those that were instrumental in bringing this data into existence, that is to say, the advertiser that had served an ad to the user when the user was visiting the web page. By extension, the merged entity would also be contractually prevented from using that part of its enlarged database originating from DoubleClick to improve, for example, targeting of search ads on Google’s sites or contextual ads in the AdSense network. (...)».

⁷⁷ FTC, *Google/DoubleClick*, cit., p. 12: « (...) Yet, the evidence indicates that neither the data available to Google, nor the data available to DoubleClick, constitutes an essential input to a successful online

advertising product. (...) »; Commissione europea, *Google/DoubleClick*, cit., par. 365.

⁷⁸ Commissione europea, *Google/DoubleClick*, cit., par. 362: « (...) advertisers have no interest in other advertisers having access to their data and thus getting insight into competitively important information such as information about the pricing of ads across different websites. Given this probable lack of *ability* to force a change in contractual relations, it is also doubtful whether DoubleClick would have an *incentive* to try to do so since stopping to be a neutral service provider might prompt customers to switch over. (...) »

⁷⁹ Commissione europea, decisione 14 maggio 2008, Caso COMP/M.4854 - *TomTom/Tele Atlas*, C(2008) 1859.

cato di essere assorbita, con effetti paragonabili a quelli di degradazione del prodotto ⁸⁰.

In *Microsoft/Yahoo* ⁸¹, sia la Commissione che il DOJ hanno reputato ammissibile la commistione tra servizi di ricerca e servizi pubblicitari offerti a pagamento agli inserzionisti da entrambe le imprese. La possibilità di poter entrare in competizione con *Google* in entrambi i mercati giustificava la concentrazione.

Il fattore procompetitivo è stato individuato proprio nell'acquisizione di un vasto set di dati attinenti le *queries* ⁸², che avrebbe favorito i due motori di ricerca (*Bing!* e *Yahoo*) sul piano dell'innovazione ⁸³.

Più di recente, le autorità competenti si sono misurate con alcune acquisizioni condotte da *social network*.

In *Facebook/Whatsapp* ⁸⁴, la Commissione ha considerato tre mercati rilevanti: i servizi di comunicazione tra consumatori, quelli di *social networking* e l'*on-line advertising*.

Con riferimento a quest'ultimo mercato, si è constatato come in quel tempo non fosse prassi di *Facebook* quella di cedere i dati raccolti agli inserzionisti o a terzi come "prodotto nuovo e di-

⁸⁰ Commissione europea, *TomTom/Tele Atlas*, cit., par. 273 s.: « (...) Therefore it has to be examined whether the incentive to protect its customers' confidential information would change post-merger, should the merged company be in a position to obtain confidential information from its customers. The Commission's analysis reveals that Tele Atlas would have incentives to keep its current customers from switching to NAVTEQ, since losing a customer would not be compensated by sufficient additional gains downstream independently of whether NAVTEQ significantly raised its prices. The market investigation showed that in this case confidentiality concerns can be considered as similar to product degradation in that the perceived value of the map for PND manufacturers would be lower if they feared that their confidential information could be revealed to TomTom. As a consequence, Tele Atlas's map database could be perceived as relatively less valuable than NAVTEQ's map database. Confidentiality concerns could thus lead Tele Atlas's customers to consider switching to NAVTEQ. (...) ».

⁸¹ U.S. Department of Justice, *Statement of the Department of Justice Antitrust Division on Its Decision to Close Its Investigation of the Internet Search and Paid Search Advertising Agreement Between Microsoft Corporation and Yahoo! Inc.*, 18 febbraio 2010, reperibile all'URL: http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2010/255377.pdf; Commissione europea, decisione 18 febbraio 2010, Caso COMP/

M.5727 - *Microsoft/ Yahoo/Search Business*, C(2010) 1077.

⁸² U.S. Department of Justice, *Statement*, cit.: « (...) because it will have access to a larger set of queries, which should accelerate the automated learning of Microsoft's search and paid search algorithms and enhance Microsoft's ability to serve more relevant search results and paid search listings, particularly with respect to rare or "tail" queries. The increased queries received by the combined operation will further provide Microsoft with a much larger pool of data than it currently has or is likely to obtain without this transaction. This larger data pool may enable more effective testing and thus more rapid innovation of potential new search-related products, changes in the presentation of search results and paid search listings, other changes in the user interface, and changes in the search or paid search algorithms. This enhanced performance, if realized, should exert correspondingly greater competitive pressure in the marketplace (...) ».

⁸³ Commissione europea, *Microsoft/ Yahoo/Search Business*, cit., par. 223: « (...) Furthermore, as submitted by the notifying party and as analysed above, the effects of scale are likely to allow the merged entity to run more tests and experiments on the algorithm in order to improve its relevance. (...) ».

⁸⁴ Commissione europea, decisione 3 ottobre 2014, Caso COMP/M.7217 - *Facebook/Whatsapp*, C(2014) 7239 final.

verso” dal servizio di *advertising* ⁸⁵. Dall'altra parte, *Whatsapp* non conservava i dati delle conversazioni (non fungibili per scopi di *advertising*) sui propri server, poiché stoccati unicamente nei dispositivi mobili degli utenti o nelle *cloud* agli stessi riconducibili ⁸⁶.

Ad ogni modo, la concentrazione avrebbe comportato la raccolta da parte di *Facebook* dei dati personali degli utenti *Whatsapp*: tale conseguenza è stata in astratto valutata come non conveniente per l'impresa controllata, riconoscendo implicitamente il peso dell'aspettativa di *privacy* dei consumatori ai fini della scelta sull'utilizzo di un dato servizio di comunicazione multi-piattaforma ⁸⁷.

Nel caso di specie, il potere di raccolta dei dati sul mercato pubblicitario derivante dalla concentrazione non sarebbe cresciuto in maniera lesiva della concorrenza, in ragione della presenza di un numero consistente di imprese nel settore di riferimento: la quota percentuale di dati controllati da *Facebook* avrebbe valicato la soglia del 9% globale registrato nel 2013, lasciando ancora una grossa “fetta della torta” nelle mani di terzi ⁸⁸.

I casi analizzati evidenziano come spesso la nozione di “mercato rilevante” sia stata apprestata privilegiando l'attività di *advertising*, fonte dei maggiori profitti dichiarati.

La percezione dell'importanza dei dati raccolti è via via cresciuta negli interpreti, slegandosi a volte dalla mera logica dell'uso per fini pubblicitari (*TomTom/Tele Atlas*; *Facebook/Whatsapp*).

Alla luce degli elementi sin qui raccolti, è possibile approcciare alla nozione di mercato rilevante nei *social network* da tre differenti angoli visuali: *a*) il servizio reso all'utente, nelle sue molteplici declinazioni; *b*) le tipologie di *advertising* vendute agli operatori commerciali; *c*) l'attività di trattamento dei dati, che coinvolge e può influenzare sia *a*) che *b*), ma invero valica anche questa concezione restrittiva affermandosi come autonomo “prodotto” ⁸⁹.

⁸⁵ In definitiva analogamente a quanto affermato in *Google/DoubleClick*.

⁸⁶ Commissione europea, *Facebook/Whatsapp*, cit., par. 70 s.

⁸⁷ *Ibidem*, par.186: « As regards the incentive of the merged entity to start collecting data from WhatsApp users (for example, age, gender, country, message content), a number of respondents pointed out that, if the merged entity were to do so, this may prompt some users to switch to different consumer communications apps that they perceive as less intrusive.106 Moreover, the Commission notes that, as explained above

(174), the need to abandon WhatsApp's plan for [...] may reduce Facebook's incentive to start collecting data from WhatsApp messages ».

⁸⁸ *Ibidem*, par.188. Secondo le stime, il 33% spetterebbe a Google, mentre il 58, 67% sarebbe suddiviso tra imprese minori.

⁸⁹ Sul punto, la dottrina si assesta su posizioni differenti: il dibattito è cresciuto, soprattutto in ambito extra-UE. V. G. Rossi, *Social network e diritto antitrust*, in *AIDA*, 2011, pp. 77 e ss.; E. CAMILLERI, « *Facebook credits* » e commercializzazione di beni virtuali per social games: l'abuso di posizione

Ci si concentri ad esempio *a1*) sull'opportunità che gli utenti possano scegliere dei servizi analoghi ma maggiormente attenti al profilo della privacy (nel senso quindi della possibilità di accedere ad un servizio qualitativamente migliore), *b1*) sulle attività commerciali di *profiling* e *beavihoural advertising* alimentate dalla raccolta di dati, *c1*) sul valore intrinseco dei dati stoccati e conservati dal prestatore.

Sotto questo ultimo profilo, tali attività sono precondizione di nuovi ed indefiniti trattamenti, rappresentando per certi versi un'attività diversa da quella per cui si è prestato il consenso ⁹⁰ e configurando un differente mercato rilevante avente come oggetto un servizio non sostituibile, nel senso di [*c1*) ≠ *b*) e *a*)].

Volendo adottare tale ampia e flessibile nozione di mercato rilevante, la disponibilità, presente e futura di *data-set* personali ed anonimi, potrebbe essere valutata almeno in tre modi:

1) [*a*) + *b*)]: La celerità dei meccanismi di registrazione alla piattaforma non è adeguatamente bilanciata con strumenti di estrazione e trasferimento dei dati personali che permettano all'utente di spostarsi da un servizio di *social networking* all'altro ⁹¹.

Ad esempio, l'impossibilità di esportare l'insieme dei contenuti connessi ai legami di amicizia virtuale (dagli indirizzi e-mail cui fanno capo sino a conversazioni e foto), impedirebbe agli utenti di scegliere se prendere parte, alternativamente o cumulativamente, a reti sociali che ad esempio non effettuano la raccolta e il trattamento dei dati personali per fini commerciali ⁹².

Ancora, si guardi alla facoltà di spostare il proprio patrimonio di immagini su piattaforme specializzate o di esercitare liberamente il diritto all'anonimato, dalla giurisprudenza affermato come "immanente in Internet" ⁹³ e invero spesso negato da pratiche che costringono gli utenti ad identificarsi con nomi reali (c.d. *Nymwar*).

dominante alla prova di un mercato con piattaforma plurilaterale, ivi, pp. 144 e ss.; P. JONES HARBOUR - T.I. KOSLOV, *Section 2 In A Web 2.0 World: An Expanded Vision Of Relevant Product Markets*, in 76 *Antitrust L. J.* 769 (2011); C. TUCKER - A. MARTHEWS, *Social networks, Advertising and Antitrust*, in 19 *Geo. Mason L. Rev.* 1211 (2012); M.K. OHLHAUSEN - A.P. OKULIAR, *Competition, Consumer Protection, And The Right [Approach] To Privacy*, in 80 *Antitrust L. J.* 121 (2015).

⁹⁰ Sul punto ad es. S.D. SEYBOLD, *Somebody's Watching Me: a Civilian Oversight of Data-Collection Technologies*, in 93 *Tex. L. Rev.* 1029 (2015), spec. p. 1035.

⁹¹ E. CAMILLERI, « Facebook credits », cit., p. 155.

⁹² Alcune dottrina prospetta ancora la configurabilità di « un abuso di dipendenza economica per interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto da parte del gestore a fronte di un utente professionista che abbia riposto nel social network dati e contatti indispensabili all'esercizio dell'attività economica e che li perda senza preavviso ». Così M. GRANIERI, *Le clausole ricorrenti nei contratti dei social networks dal punto di vista della disciplina consumeristica dell'Unione europea*, cit., p. 139.

⁹³ BGH, 23 settembre 2014 - VI ZR 358/13, in questa *Rivista*, 1, 2015, p. 169 ss.

Tali vincoli agirebbero da barriere di accesso per consumatori e concorrenti sul mercato dei servizi di *social networking* e di *advertising*, con un effetto vicino, a livello concettuale, al diniego opposto da *Microsoft* a fornire informazioni indispensabili per l'interoperabilità tra *Windows* e altri sistemi operativi, censurato in più occasioni dalla Commissione e dal Tribunale di primo grado ⁹⁴.

L'informazione creata dall'utente è sottoposta ad un regime legale e tecnico di *enclosure* connesso all'architettura in cui lo stesso si muove ⁹⁵.

Nel caso *Microsoft* — come d'altronde nel recente caso *Google search* ⁹⁶ — la necessità di garantire l'interoperabilità è stata affermata sulla base della *essential facility doctrine*.

La barriera in entrata equivarrebbe a un rifiuto di accesso ad un'infrastruttura essenziale: tale eccessiva estensione del concetto di *essential facility*, prima circoscritto a porti, aeroporti, reti elettriche o di comunicazione, è sottoposta a costanti critiche da parte della dottrina ⁹⁷.

In questo caso, invece, l'oggetto dell'istanza non è un codice sorgente o un *software* (sistema operativo o algoritmo) e, più in generale una peculiarità della piattaforma che conchiude in termini di innovazione l'essenza del servizio stesso nonché la sua diversità ed appetibilità, ma coincide con le pure e singole informazioni apprese dal prestatore, siano esse personali che anonime.

La titolarità dei diritti di autodeterminazione o privativa sui contenuti riconosciuta all'utente dalle condizioni d'uso e dalle leggi conferma la genuinità di una pretesa di interoperabilità e

⁹⁴ Commissione europea, decisione 24 marzo 2004 n. 2007/53/CE, caso COMP/C-3/37.792 - *Microsoft*, in *GUUE*, L 32, 2007, pp. 23 e ss.; Tribunale primo grado UE, 17 settembre 2007, caso *Microsoft/Commissione* (T-201/04), in *Foro it.*, 2008, IV, 114 (solo mass.), n. R. PARDOLESI - G. COLANGELO; Tribunale UE (Seconda Sezione), 27 giugno 2012, *Microsoft/Commissione* (T-167/08), in *Racc.*, 2012, p. 3232 e ss.

La vicenda aveva in primo luogo coinvolto gli Stati Uniti, rappresentando in definitiva un unico, grande *leading case* in tema di concorrenza in Internet: *United States v. Microsoft Corp.*, 84 F. Supp. 2d 9, 20 (D.D.C. 1999); *Massachusetts v. Microsoft Corp.*, 373 F.3d 1199, 1226 (D.C. Cir. 2004). La casistica su *Microsoft* comprende altresì alcune decisioni concernenti l'installazione seriale sui sistemi operativi *Windows* di browser Internet quali *I. Explorer* o *Netscape*: Commissione europea, decisione 16 dicembre 2009, Caso COMP/C-3/39.530 -

Microsoft (tying), United States v. Microsoft Corporation, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

⁹⁵ Tale situazione è stata da alcuni paragonata al rifiuto di accesso ad un'infrastruttura o un servizio essenziale: EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, *Privacy and competitiveness in the age of big data*, cit., p. 30 s.

⁹⁶ V. FTC, *In the manner of Motorola Mobility LLC, and Google Inc.*, Docket No. C-4410 (14/07/2013).

Per seguire l'iter quinquennale (ancora non concluso) d'indagine della Commissione si consulti l'URL: http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseif/case_details.cfm?proc_code=1_39740/.

⁹⁷ Per tutti v. R. PARDOLESI, « *Goooo-glaw* ». *Del ricorso alla disciplina antitrust per colpire il tiranno benevolente*, in *Foro it.*, 2013, V, 18 e M. LAO, « *Neutral* » *Search As A Basis for Antitrust Action?*, in *Harv. J. of L. & Tech. Occasional Paper Series* - July 2013.

controllo delle informazioni, anche ai fini di una fuoriuscita dalla piattaforma stessa.

Si potrebbe obiettare che i consumatori non sono costretti a rimanere nella piattaforma e lo fanno solo perché si tratta di un servizio qualitativamente superiore e di successo o, ancora perché spinti dalla *path dependence*⁹⁸: la visione “datacentrica” del mercato dei servizi di *social networking*, confermata dall’esistenza di operatori più piccoli e già in grado di soddisfare tali richieste⁹⁹, suggerisce quantomeno una possibile verifica in termini di dominanza di tali scenari¹⁰⁰.

2) $[a) + b) + c)]$: Il trasferimento e la concentrazione di *data-set* sottrarrebbe alle imprese concorrenti l’accesso a contenuti indispensabili (si pensi alla lista di utenti di *Whatsapp*, inglobati nel servizio *Facebook*), alla stregua della cessione di un’ampia libreria di brani musicali.

Nel caso *AOL/Time Warner*¹⁰¹, la Commissione ha sostenuto che il controllo di un catalogo musicale di grandi dimensioni può garantire “un potere di mercato sostanziale”, consistente ad esempio nel rifiuto di concedere i propri diritti o la minaccia di non concederli, oppure l’imposizione di prezzi elevati o discriminatori, o altre condizioni commerciali non eque ai propri clienti desiderosi di acquisire tali diritti¹⁰².

A livello operativo, una banca dati di brani musicali digitali protetti da diritti d’autore agli inizi degli anni 2000, può essere comparata in termini di portata proprietaria e prospettive di sfruttamento ed appetibilità al consumo (*must-stock product*)¹⁰³ all’insieme di dati personali utilizzabili separatamente e sincronicamente per scopi pubblicitari, di fidelizzazione dell’utente o di accumulo del 2015¹⁰⁴, con analoghi effetti di *foreclosure*¹⁰⁵.

Si deve aggiungere che i *data-set* hanno un valore d’uso e di

⁹⁸ G. ROSSI, *Social network e diritto antitrust*, cit., p. 87 s.

⁹⁹ Nel campo dei social network si segnalano ad esempio UmeNow e Sgrouples, mentre per i motori di ricerca esistono servizi quali DuckDuckGo.

¹⁰⁰ P. JONES HARBOUR - T.I. KOSLOV, *Section 2 In A Web 2.0 World: An Expanded Vision Of Relevant Product Markets*, cit., p. 790 s.; C. TUCKER - A. MARTEWS, *Social networks, Advertising and Antitrust*, cit., p. 1211 ss.

¹⁰¹ Commissione europea, decisione 11 ottobre 2000, caso n. 2001/718/CE - *AOL/Time Warner*, in *GUCE.*, L 268, 9 ottobre 2001, pp. 28 ss.

¹⁰² *Ibidem*, par. 47.

¹⁰³ Sul punto v. Commissione europea, 13 maggio 2009, Caso COMP/C-3/37.990 - *Intel*), 2009/C 227/07.

¹⁰⁴ Alcuni rilievi sul progressivo avvicinamento tra le due categorie in termini rimediali sono proposti, seppur in maniera differente da G. RESTA, *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato*, in questa *Rivista*, 2, 2014, p. 199 s.; V. MAYER-SCHÖNBERGER - K. CUKIER, *Big data*, cit., pp. 233 ss.

¹⁰⁵ Sul punto v. anche Commissione europea, decisione del 13 ottobre 2000, Caso COMP/M.2050 - *Vivendi / Canal+ / Seagram*, in *GUCE.*, C 311, pp. 3 e ss., citata da G. ROSSI, *Cyber-antitrust*, cit., pp. 269 e ss., cui si rimanda per le interessanti conclusioni proposte.

Per una rassegna degli altri interessanti precedenti negli Stati Uniti si rimanda alla disamina offerta da v. P. JONES HARBOUR - T.I. KOSLOV, *Section 2 In A Web 2.0 World*:

scambio¹⁰⁶ che varia rispetto al numero di singoli atti di sfruttamento autorizzati dal soggetto titolare dell'esclusiva (ad es., la vendita e l'ascolto di un brano musicale), ma soprattutto cresce in maniera esponenziale parallelamente all'indefinita possibilità di combinazioni cui si prestano le informazioni raccolte nell'era della "datizzazione"¹⁰⁷.

Il "dato", in definitiva, rappresenta la fonte dei molteplici input cui deve essere ricondotta ogni relazione rilevante ai fini della definizione del mercato.

3) [a) + c)]: Inquadrata la pretesa di privacy dell'utente come una legittima aspirazione di miglioramento del servizio, l'analisi si sposta sul concorso tra tutela dei dati personali e disciplina consumeristica in tema di consenso, accettazione espressa e contenuto delle clausole di utilizzo¹⁰⁸.

L'analisi dei termini d'uso dei maggiori SNs denota ancora un'opacità delle informazioni sui trattamenti che pone dubbi sulla genuinità della raccolta del consenso dell'utente e in termini paracontrattuali sull'eccessivo squilibrio del sinallagma¹⁰⁹.

Indicativi in tal senso appaiono i recenti ordini con cui la FTC ha imposto ai maggiori *social media* obblighi di trasparenza e diligenza nella raccolta, conservazione e trattamento dei dati personali degli utenti, constatando altresì la violazione dei *safe harbor principles*¹¹⁰.

An Expanded Vision Of Relevant Product Markets, cit., pp. 787-792.

¹⁰⁶ È infatti fondamentale comprendere come le due prospettive si incrocino: ogni dato, combinato e correlato ad altri, può rappresentare un autonomo risultato in termini di valore d'uso e, conseguentemente un diverso profitto per chi lo sfrutta ed utilizza sotto forma di merce. V. J. EATON, *Economia Politica*, cit., pp. 29 e ss.

¹⁰⁷ Trattandosi di beni "non competitivi": V. MAYER-SCHÖNBERGER - K. CUKIER, *Big data*, cit., p. 139.

¹⁰⁸ Si è affrontato l'argomento in S. SICA - G. GIANNONE CODIGLIONE, *I social network sites e il "labirinto" delle responsabilità*, cit., spec. p. 2716 ss. e ivi ampia bibliografia citata.

¹⁰⁹ Del resto, la gratuità "interessata" o "mascherata", dei servizi di *social networking* non rientra ad alcun titolo entro il classico schema gratuità/liberalità: « l'assenza di un sacrificio economico immediato non è affatto indice di uno spirito di liberalità e può essere, invece, perfino interno ad una logica dello scambio patrimoniale che domina tutta la materia dei rapporti sociali

ed economici nel sistema dei codici civili ». A. GALASSO - S. MAZZARESE (a cura di), *Il principio di gratuità*, Milano, 2008, p. 496.

¹¹⁰ Cfr. FTC, *In the Matter of Twitter, Inc.*, File No. 092 3093 (March 3, 2011); *In the Matter of Google, Inc.*, File No. 102 3136 (Oct. 13, 2011); *In the Matter of Myspace, LLC*, File No. 102 3058 (Aug. 30, 2012); *In the Matter of Facebook, Inc.*, File No. 092 3184 (July 27, 2012), p. 4: « (...) IT IS ORDERED that Respondent and its representatives, in connection with any product or service, in or affecting commerce, shall not misrepresent in any manner, expressly or by implication, the extent to which it maintains the privacy or security of covered information, including, but not limited to: (...) the extent to which Respondent is a member of, adheres to, complies with, is certified by, is endorsed by, or otherwise participates in any privacy, security, or any other compliance program sponsored by the government or any third party, including, but not limited to, the U.S.-EU Safe Harbor Framework. (...) ». Tutta la documentazione sui casi è reperibile all'URL: <http://www.ftc.gov/>. Per una disamina delle deci-

5. CONVERGENZA DEI RIMEDI E NEUTRALITÀ DELLA RETE.

Di là del tecnicismo della materia e delle connesse difficoltà applicative dovute, in primo luogo, alle diverse accezioni di “mercato” e “libertà d’impresa” su cui può fondarsi un’opinione sul punto, lo studio delle regole antimonopolistiche nello spettro della preminenza, in linea di principio, del diritto fondamentale alla tutela dei dati personali sull’interesse economico dei gestori e sul connesso interesse pubblico all’accesso alle informazioni, fornisce indicazioni sull’efficienza e l’effettività delle diverse tutele meritevoli di futuri approfondimenti ¹¹¹.

Un’implicita conferma sull’inizio di un (difficile) processo di convergenza dei rimedi sembra giungere dalla bozza di Regolamento europeo sulla tutela dei dati personali e, ad un diverso livello, dai recenti interventi normativi che hanno interessato, prima negli Stati Uniti e poi in Europa, la c.d. neutralità della rete ¹¹².

Nell’ultima bozza del Regolamento privacy, approvata dal Consiglio d’Europa l’11 giugno 2015 ¹¹³, all’art. 6, n. 3 bis, la liceità del trattamento viene valutata anche con riguardo ad “ulteriori trattamenti”. In questo senso, il considerando 23 aggiunge che è *“necessario applicare i principi di protezione dei dati a tutte le informazioni relative ad una persona fisica identificata o identificabile. I dati, compresi i dati pseudonimizzati, che potrebbero essere attribuiti ad una persona fisica dall’utilizzo di ulteriori informazioni, dovrebbero essere considerati come informazioni su una persona fisica identificabile (...)”*.

All’art. 18, si stabilisce poi un nuovo ed autonomo diritto alla portabilità dei dati personali immessi sulle piattaforme ¹¹⁴, che segue l’art. 17 sul “diritto alla cancellazione e all’oblio” e il 17 bis sulla “limitazione di trattamento”.

sioni più significative v. S. SICA - V. D’ANTONIO, *I Safe Harbour privacy Principles: genesi, contenuti, criticità*, in questo Fascicolo, par. 4.

¹¹¹ V. ad es. J.C. COOPER, *Privacy And Antitrust: Underpants Gnomes, The First Amendment, And Subjectivity*, in 20 *Geo. Mason L. Rev.* 1129 (2013), spec. p. 1146.

¹¹² T. WU, *Network Neutrality, Broadband Discrimination in J. on Telecomm. & High Tech. L.*, 2003, p. 141 ss., 2003; S. SICA - V. ZENO-ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell’informazione e della comunicazione*, cit., pp. 351 e ss.

¹¹³ Il testo del regolamento è disponibile all’URL: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9565-2015-INIT/it/pdf/>.

¹¹⁴ « L’interessato ha il diritto di ricevere in un formato strutturato, di uso comune e leggibile a macchina i dati personali che lo riguardano forniti ad un responsabile del trattamento e ha il diritto di trasmettere tali dati a un altro responsabile del trattamento senza impedimenti da parte del responsabile del trattamento cui li ha forniti qualora:

a) il trattamento si basi sul consenso ai sensi dell’articolo 6, paragrafo 1, lettera a) o dell’articolo 9, paragrafo 2, lettera a) o su un contratto ai sensi dell’articolo 6, paragrafo 1, lettera b); e

b) il trattamento sia effettuato con mezzi automatizzati.

2 bis. L’esercizio di tale diritto lascia impregiudicato l’articolo 17. Il diritto di cui al paragrafo 2 non si applica al trattamento

L'*Open Internet order* della *Federal Communicatio Commission* e il Regolamento riguardante “il mercato unico europeo delle comunicazioni elettroniche e per realizzare un continente connesso”, approvato ed in attesa di firma, reintroducono e consolidano principi e regole atte a promuovere la crescita di una rete veloce, imparziale e aperta (*fast, fair and open network*).

L'ordine del 26 febbraio 2015¹¹⁵, rappresenta una conseguenza della sentenza *Verizon v. FCC*¹¹⁶: la nuova regolamentazione estende il proprio ambito d'applicazione ad ogni tipo di servizio a banda larga, mobile o fisso e riclassifica l'accesso ad Internet come servizio di telecomunicazione e non più come mero servizio informativo, equiparandolo ad un bene di utilità primaria a rilevanza pubblica come il telefono (c.d. *common carrier*)¹¹⁷.

Le regole dell'*Open Internet order* (*bright line rules*) investono il gestore della rete con i divieti di bloccare l'accesso a contenuti leciti, applicazioni, servizi, o dispositivi non dannosi (*no blocking*), di ridurre o degradare il traffico Internet legale sulla base di contenuti, applicazioni, servizi o dispositivi non dannosi (*no throttling*) e di offrire a pagamento particolari servizi di traffico Internet rispetto ad altri (*no paid prioritization*), creando disparità di connessione alla Rete attraverso l'offerta di *fast lanes*¹¹⁸.

Fondamentale appare inoltre il principio di “*no unreasonable interference or disadvantage to consumers or edge providers*”, che modula l'azione regolatoria più in generale attorno agli interessi dell'utente e dei prestatori di servizi web. L'*order* ammette in astratto che anche l'*edge provider* (quale un *social network*) possa offrire ai propri utenti servizi differenziati di tipo *premium*, a patto che venga rispettata la regola di ragionevole non interfe-

necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il responsabile del trattamento.

2 bis bis. Il diritto di cui al paragrafo 2 non si applica se la divulgazione di dati personali viola i diritti di proprietà intellettuali relativamente al trattamento di tali dati personali ».

¹¹⁵ FCC, *In the Matter of Protecting and Promoting the Open Internet*, Docket No. 14-28, 12 marzo 2015. Un interessante commento dell'*order* è stato redatto da un gruppo di esperti coordinato dal prof. M. Décina, in seno al MISE, nel corso della discussione in Consiglio del Regolamento europeo: AA.Vv., *Riflessioni sull'Open Internet Order della FCC*, reperibile all'URL: http://www.sviluppoeconomico.gov.it/images/stories/documenti/Open_internet.pdf/.

¹¹⁶ 740 F.3d 623 (D.C. Cir. 2014).

¹¹⁷ Il richiamo è al Title II del *Communications Act* e ancora alla sec. 706 del *Telecommunications Act of 1996*.

¹¹⁸ L'*order* dispone inoltre l'imposizione di uno standard di condotta univoco e chiaro; l'implementazione degli obblighi di trasparenza, attraverso la previsione di un *duty to disclose* posto in capo agli operatori con più abbonati avente per oggetto ogni limitazione di carattere tecnico ed economico che possa in qualche modo compromettere o limitare il servizio offerto. Si impone altresì un formato standard di divulgazione di tali informazioni, che agisce come una sorta di *safe harbor* per i prestatori e, infine si fa salva la possibilità di adottare ragionevoli forme di gestione per fini non commerciali di alcuni tipi di rete (es. reti Wi-Fi senza licenza).

renza o svantaggio nei confronti di tutti gli altri consumatori o concorrenti ¹¹⁹.

La nozione comunitaria di “neutralità tecnologica” può essere considerata lo specchio delle evoluzioni normative sulle comunicazioni elettroniche nel quadro della c.d. convergenza registratesi a partire dal pacchetto di direttive del 2002 sino alle modifiche intercorse tra il 2006 e il 2009 ¹²⁰.

In Italia, ad esempio, l’art. 4 del Codice delle comunicazioni elettroniche, al comma 3, lett. h), fissa tra gli obiettivi della disciplina delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica quello di garantire la neutralità tecnologica, intesa come la « *non discriminazione tra particolari tecnologie, non imposizione dell’uso di una particolare tecnologia rispetto alle altre e possibilità di adottare provvedimenti ragionevoli al fine di promuovere taluni servizi indipendentemente dalla tecnologia utilizzata* ».

A tale definizione si collegano tre principi-cardine quali: a) l’accesso, inteso come obbligo di rendere accessibili risorse e servizi ad un’altra impresa al fine di fornire servizi di comunicazione elettronica; b) l’interconnessione, ovvero il collegamento fisico e logico tra reti pubbliche di comunicazione, anche tra diversi operatori, per consentire a tutti gli utenti di comunicare tra di loro o di accedere ai servizi offerti da altro operatore e c) l’interoperabilità dei servizi, che si concreta nella rimozione di tutti quegli ostacoli regolamentari, tecnici e funzionali che impediscono la fruizione aperta ed interattiva dei servizi di comunicazione ¹²¹.

Poste queste premesse, il nuovo Regolamento europeo su neutralità e *roaming* telefonico ¹²², seppur con maggiore indefinità, ricalca le previsioni adottate oltreoceano confermando la necessità di affrontare con un approccio *user-based* il problema della *governance* di Internet.

L’art. 3, n. 1 del Regolamento afferma infatti il diritto per gli

¹¹⁹ FCC, *In the Matter of Protecting and Promoting the Open Internet*, cit., pp. 9, 60 s. e 285; « § 8.11: Any person engaged in the provision of broadband Internet access service, insofar as such person is so engaged, shall not unreasonably interfere with or unreasonably disadvantage (i) end users’ ability to select, access, and use broadband Internet access service or the lawful Internet content, applications, services, or devices of their choice, or (ii) edge providers’ ability to make lawful content, applications, services, or devices available to end users. Reasonable network management shall not be considered a violation of this rule ». V. AA.VV., *Riflessioni sull’Open Internet Order della FCC*, cit., p. 2 s.

¹²⁰ Cfr. V. FRANCESCHELLI, *Convergenza*, Milano, 2009; V.M. SBRESCIA, *Le comunicazioni elettroniche tra tecnologia e regolazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2011, p. 1207 ss.; F. BASSAN, *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, Milano, 2010.

¹²¹ O. POLLICINO, *Accesso, interconnessione ed interoperabilità: le novità apportate dal recepimento del “pacchetto telecom” ne confermano il ruolo chiave nel nuovo assetto regolatorio del settore delle comunicazioni elettroniche*, in questa *Rivista*, 2012, p. 743 ss.

¹²² Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 27 ottobre 2015, (10788/2/2015 - C8-0294/2015 - 2013/0309(COD)).

utenti di “accedere e distribuire informazioni e contenuti, utilizzare e fornire applicazioni e servizi e utilizzare i dispositivi da loro scelti, a prescindere dalla sede dell’utente finale o del prestatore o dalla localizzazione, dall’origine o dalla destinazione delle informazioni, dei contenuti, delle applicazioni o del servizio”.

Il principio procompetitivo di “ragionevole non interferenza” viene poi frammentato in termini soggettivi: il prestatore di contenuti è libero di offrire servizi qualitativamente migliori, a patto che essi non vadano a discapito della disponibilità o della qualità generale dei servizi di accesso a internet per gli altri utenti (art. 3, n. 4 e 5).

Ai sensi dell’eccezione di cui all’art. 3, n. 3, secondo periodo e ss., il fornitore di accesso è invece autorizzato ad attuare misure ragionevoli di implementazione del traffico nel senso che esse siano trasparenti, non discriminatorie, proporzionate e non si basino su considerazioni di tipo commerciale, ma sull’oggettiva differente qualità tecnica dei requisiti di servizio di specifiche categorie di traffico. Tali misure inoltre non dovranno monitorare lo specifico contenuto né durare più a lungo del necessario ¹²³.

Nel rapporto competitivo e osmotico tra i diversi livelli di gestione della rete (infrastruttura, accesso, servizi, raggio d’azione del *prosumer*), un ruolo di equilibrio essenziale è occupato dalla necessità di garantire una tutela flessibile ed articolata dei dati che circolano in un “mercato” senza confini geografici e di elaborazione, sia in senso protettivo e qualitativo, che ancora in termini concorrenziali (controllo dei trattamenti secondari, portabilità/interoperabilità ¹²⁴) e di tutela dell’utente/consumatore (informazione, trasparenza ¹²⁵).

Tali declinazioni del diritto alla privacy [a] autodeterminazione

¹²³ Il Regolamento, in maniera analoga a quanto affermato nelle *bright line rules*, impone inoltre al fornitore di accesso di non bloccare, rallentare, modificare, limitare, interferire con, degradare o discriminare a specifici contenuti, applicazioni o servizi, ad eccezione di quanto necessario e solo per il tempo necessario, al fine di: attuare una norma o un ordine giudiziario comunitario; preservare l’integrità e la sicurezza della rete, dei servizi apprestati e del terminale utente; prevenire la congestione della rete o mitigarne gli effetti.

¹²⁴ V. ad es. *Risoluzione Internet aperta*, cit., Considerando 8a: “(...) Le regole contro l’alterazione di contenuti, servizi o applicazioni si riferiscono ad una modifica del contenuto della comunicazione, ma non vietano tecniche di compressione dati non discriminatorie che riducono

la dimensione di un file di dati senza alcuna modifica del contenuto. Tale compressione permette un uso più efficiente delle scarse risorse e serve l’interesse degli utenti finali nella riduzione dei volumi di dati, aumentando la velocità e migliorando l’esperienza di utilizzo dei contenuti, servizi o applicazioni in questione” ».

¹²⁵ COM(2015) 192 final, cit., p. 12: « (...) Sebbene l’impatto che esercitano dipenda dal tipo e dal potere di mercato di ciascuna, alcune piattaforme sono in grado di controllare l’accesso ai mercati online e di influire pesantemente sulla remunerazione dei diversi operatori del mercato. Questo stato di cose suscita preoccupazione per il potere sempre maggiore che alcune piattaforme esercitano sul mercato, non da ultimo in termini di opacità sul modo in cui usano le informazioni che acquisiscono, di

informativa; b) prodotto di un mercato rilevante a più versanti; c) legittima aspettativa del consumatore/utente], convergono verso la nozione di neutralità della rete, intesa come « *diritto che i dati trasmessi e ricevuti in Internet non subiscano discriminazioni, restrizioni o interferenze in relazione al mittente, ricevente, tipo o contenuto dei dati, dispositivo utilizzato, applicazioni o, in generale, legittime scelte delle persone* »¹²⁶.

L'effettività delle tutele in tema di dati personali rappresenta, pertanto, la preconditione per il pieno esercizio della libertà fondamentale di accedere e svolgere la propria personalità in Internet¹²⁷.

Abstract

Moving from the ECJ's decision in the Schrems case, the paper explores the connections between competition, privacy and net neutrality in relation to EU-USA transborder data flows.

Collection, manipulation and accumulation of personal and anonymous information by social media, search engines and other big players in web 2.0., seems to engender a new type of economic surplus that may affect market balance, building and strengthening dominant positions.

In the "big-data" era, stands out the need to promote a data protection policy more devoted to a "quantitative" approach, trying to ensure the convergence between anti-monopolistic and privacy rules, in the frame of a stronger and more effective enforcement of fundamental rights of solidarity.

forte potere contrattuale rispetto a quello dei clienti, che si riflette talvolta nel tenore delle clausole (soprattutto per le PMI), di promozione dei loro propri servizi a scapito dei concorrenti e di politiche di prezzo non trasparenti o limitazioni sui prezzi e le condizioni di vendita ».

¹²⁶ È la versione dell'art. 4, n. 1 della Dichiarazione dei diritti in Internet redatta dalla Commissione per i diritti e i doveri in Internet istituita in seno alla Camera dei deputati e presieduta dal prof. S. Rodotà, che fornisce una lettura maggiormente incisiva. L'art. 3, n. 3 della bozza di Regolamento consultata afferma che "I fornitori di servizi di accesso a Internet sono tenuti a trattare tutto il traffico allo stesso modo, quando prestano servizi di accesso a Internet, senza discriminazioni, restrizioni o in-

terferenze, indipendentemente dal mittente e il destinatario, dal contenuto acquisito o distribuiti, dalle applicazioni o servizi utilizzati o forniti, o dal terminale utilizzato".

¹²⁷ B. CROCE, *Revisione filosofica dei concetti di « Libertà » e « Giustizia »*, in *La Critica. Rivista di Letteratura, Storia e Filosofia*, 1943, p. 284: « (...) Non c'è cautela che la libertà non possa e non debba all'occorrenza, usare nel maneggiare le cose dell'economia, che sono rette dalla propria legge alla quale non si comanda *nisi parendo*; ma, del pari, non c'è ardimento che non possa e non debba, in altre occorrenze, osare. Un ardimento tanto più risoluto e sicuro in quanto ubbidisce non a singoli interessi economici di una singola classe sociale, ma unicamente alla voce della coscienza e alla ispirata visione delle vie della storia. (...) ».