

Big Data e Concorrenza

Quale rapporto?

Seminario formazione giornalisti

25 ottobre 2017

Gabriella Muscolo

- **Introduzione: economia digitale, mercato concorrenziale e *big data*.**

- a. La Commissione europea, nel contesto della sua Indagine di settore sul commercio digitale ha evidenziato come l' emersione di Internet e la creazione di un mercato unico digitale costituiscano una grande opportunità di crescita per la economia europea, sottolineando che“ *Digital technologies have already made a major contribution to economic growth. Between 2001 and 2011, digitalisation accounted for 30% of GDP growth in the EU*”

- i. La economia digitale è largamente caratterizzata dalla presenza di mercati a due o più versanti, su cui operano piattaforme di interfaccia tra consumatori e altri attori del mercato, o tra questi ultimi tra loro, distinte in letteratura tra *attention platforms* (quali i motori di ricerca e i *social networks*) e *matching platforms* (vere e proprie piazze di scambi virtuali),

- 1. le prime definite nella quasi totalità come “ *no transaction platforms*”

- 2. le seconde nella maggioranza dei casi come “*transaction platforms*”con il criterio della ricorso o no a transazioni commerciali tra i soggetti dei diversi versanti.

- b. Sulla definizione di big data tuttavia non vi è in letteratura chiarezza;

- i. la definizione richiamata dall'OCSE è quella di De Mauro e al: “*Big Data is the information asset characterized by such an high volume,*

velocity and variety to require specific technology and analytical methods for its transformation into value”.

1. Dunque, come affermato da alcuni autori, i Big Data sono caratterizzati dalla presenza delle tre V, Volume, Velocità e Varietà.
 2. La V finale, cioè il Valore dei dati, è insieme una causa e una conseguenza dell’ aumento del loro volume, varietà e velocità.
- c. La letteratura economica evidenzia come la gestione dei dati da parte delle piattaforme generi economie di scala e di scopo e dia origine ai *data driven network effects*:
- i. La presenza di effetti esterni tra un lato e l’ altro della piattaforma dunque crea una relazione tra il valore del servizio offerto su un versante e la numerosità dei soggetti che operano sull’altro.
- d. Da quanto sin qui esposto appare chiara la rilevanza dei *Big Data* su un mercato digitale competitivo
- i. Vi sono comunque differenti opinioni sugli effetti pro o anti-concorrenziali del fenomeno.
 1. Le economie di scala e di scopo sopra evidenziate da un lato possono tradursi in benefici per il consumatore digitale, e i mercati *data-driven* possono essere altamente contendibili;
 2. dall’ altro esse possono favorire la concentrazione e la dominanza, causando il c.d. *winner takes all outcome* e innalzando significative barriere all’ entrata di concorrenti in grado di sfidare l’ *incumbent* sul mercato.
- **Mercato rilevante, potere di mercato e *big data*.**
 - a. Alla specificità dei mercati a più versanti, che costituiscono il principale ecosistema dei *Big Data*, consegue la necessità di ripensare in relazione alle piattaforme che raccolgono i dati le categorie proprie dell’ indagine *antitrust* ed in particolare il mercato rilevante e il potere di mercato.
 - b. Circa la definizione di mercato rilevante, la peculiarità più volte evidenziata in letteratura è la mancanza di transazioni economiche.

- i. Invero sulle piattaforme i dati sono oggetto di uno scambio economico, anche se il consumatore non ne ha consapevolezza al momento della cessione; tuttavia la specificità consiste nel fatto che sono i cessionari, fornitori del servizio *on-line*, e non i consumatori cedenti, che unilateralmente decidono quante e quali informazioni costituiscono oggetto della cessione e determinano il corrispettivo, nei termini di cui in appresso, con una offerta definita “prendere o lasciare”.
 - ii. La gratuità o no del servizio corrispettivo alla cessione dei dati e la conseguente natura della transazione invero costituiscono diversa questione: sul versante del consumatore, anche se questi, in difetto di sufficiente trasparenza, ritiene che il servizio *on line* gli sia ceduto gratuitamente, lo sta pagando con il corrispettivo delle informazioni. Sul versante del fornitore del servizio e acquirente dei dati, nella maggioranza dei casi i dati acquisiti sono utilizzati dalla stessa piattaforma e non sono venduti a terzi.
- c. I mercati a più versanti-che costituiscono come sopraesposto il principale ecosistema dei *Big Data* –rendono particolarmente complesso l’ accertamento del mercato rilevante ai fini *antitrust*.
- i. Secondo le letteratura economica, le maggiori difficoltà insorgono in presenza di *attention platform*, in cui l’ opinione dominante è nel senso di definire un mercato separato per ogni versante della piattaforma, in ragione del diverso grado di sostituibilità dell’ offerta per i diversi attori.
 - ii. In questi casi inoltre la assenza di un meccanismo di prezzo rende inidonea la applicazione dei tradizionali SSNIP test e test del monopolista ipotetico, che entrambi presuppongono tale meccanismo. L’alternativa proposta il ricorso al parametro della misurazione quantitativa della qualità, con l’ utilizzo di un SSNDQ (“*small but significant non-transitory decrease in quality*”), sia pur con tutti i dubbi relativi alla misurazione della qualità.
- d. In presenza delle caratteristiche sopraevidenziate, e della tendenza delle imprese digitali a competere non “sul” mercato ma “per” il mercato, con l’

effetto *winner takes all*, anche l' accertamento del potere di mercato nella *data driven economy* presenta non poche difficoltà.

- i. Da un lato il potere di mercato può essere esercitato su un versante della piattaforma diverso da quello su cui avviene l' offerta gratuita, dall' altro può esserlo con una dimensione della concorrenza diversa dal prezzo, relativa alla qualità della offerta o alle *policy* di raccolta e uso dei dati stessi.
- ii. Inoltre, in una impresa *data driven* il potere di mercato non è attribuito tanto dal mero possesso dei dati, quanto dalla sua capacità di *data mining*, cioè dalla sua capacità di raccolta e gestione di ingenti quantità di dati degli utenti finali, trasformandoli in valore economico.
- iii. Infine i mercati digitali costituiscono un contesto dinamico, in cui la rapida evoluzioni della innovazione tecnologica ed altri fattori concorrenti possono causare repentini cambiamenti di assetti. Gli stessi dati utili per la profilatura dell' utente sono suscettibili di una rapida modificazione nel tempo, con conseguenti variazioni del loro valore.
 1. Il tradizionale criterio delle quote di mercato quindi risulta inadeguato e si preferisce parlare di "quote di controllo dei dati" e loro contendibilità.

- **Abusi di posizione dominante e pratiche collusive nell' era dei *big data*. Cenni alla rilevanza degli algoritmi.**

- a. In presenza di potere di mercato connesso ai dati, una impresa verticalmente integrata può abusarne, usando il proprio vantaggio competitivo a monte per escludere o discriminare i concorrenti nel mercato a valle. Anche in assenza di relazioni verticali sono configurabili condotte escludenti o discriminatorie nei confronti dei concorrenti.
- b. Proprio la modalità di uso della capacità di *data mining* può rappresentare una barriera all'entrata o all'espansione per i concorrenti a causa dei significativi effetti di rete che caratterizzano i mercati a due versanti che dei *big data* costituiscono l' ecosistema.
- c. Le condotte ipotizzabili sono sia escludenti, sia discriminatorie.

- a. A proposito delle prime e in particolare del rifiuto di accedere ai dati,
 - i. in letteratura è dubbia la applicabilità al fenomeno dei *big data* della *essential facility doctrine*, in base all' argomento per cui, se anche i dati possono essere qualificati come un *input* essenziale, essi difettano della caratteristica di non replicabilità, giacché il titolare dei dati ha la libertà di fornire le medesime informazioni a più imprese concorrenti. A questo proposito assume rilevanza la teoria della portabilità dei dati, di cui in appresso.
 - ii. Anche la esistenza di contratti di esclusiva con *provider* terzi è stata ricondotta al novero di abusi escludenti, oltretchè di intese vietate.
 - iii. Infine, in alcuni casi i *tied sales* e l' uso incrociato dei *dataset* sono stati qualificati come abusi escludenti nell' uso dei dati.
- d. Circa gli abusi discriminatori favoriti dall' uso dei dati, e in particolare alla profilatura dell' utente, sono state indagate le discriminazioni di prezzo, con speciale riferimento ai loro effetti sul benessere del consumatore, valutati in termini di ambiguità.
 - a. Una questione postasi nella ricostruzione dell' abuso è se l' uso di *policy* quali la *privacy policy* o la *consumer policy*-di cui tratterò in seguito- possano costituire a loro volta mezzi di acquisizione di indebito vantaggio concorrenziale.
- e. Sul rapporto tra *big data* e intese anticoncorrenziali, la letteratura è meno cospicua, forse in conseguenza del minor numero di casi all' esame degli *enforcers*.
 - a. A questo proposito poi assume rilevanza il dibattito sull' uso degli algoritmi.
- f. Costituendo le piattaforme *on line* l' ecosistema dei dati, il contesto del discorso sulle intese a questi connesse è quello dei cartelli digitali, oggetto di indagine, almeno negli Stati Uniti, già prima dell' emersione della questione *big data*.
- g. Un recente studio in argomento individua quattro fattispecie di rilevanza dei

dati in rapporto ai cartelli:

- a. le prime tre attengono alla formazione della intesa stessa.
 - i. La prima è l'uso di algoritmi di prezzo per una collusione esplicita;
 - ii. la seconda è l'utilizzo dei dati, in un contesto di maggiore trasparenza del mercato, per favorire la collusione tacita;
 - iii. la terza è il ricorso alla intelligenza artificiale per creare algoritmi che, attraverso il c.d. *machine learning*, portino a una collusione tacita.
- b. La quarta fattispecie invece riguarda la messa in esecuzione di un cartello, anche tradizionale: infatti l'analisi dei dati può essere utilizzata anche per monitorare il rispetto da parte degli aderenti.
- h. In relazione alla dominanza delle imprese e alle condotte anticoncorrenziali di cui sopra assume rilevanza la valutazione delle efficienze.
 - a. Tuttavia, giacché dalle Autorità *antitrust* tale valutazione è stata effettuata prevalentemente in casi di concentrazioni ne parlerò nel capitolo che segue.

- **Concentrazioni e *big data***

- a. L'OCSE ha rilevato di recente che nei settori interessati dai Big Data “The number of Mergers and Acquisitions (M&A) has increased rapidly from 55 deals in 2008 to almost 164 deals in 2012”.
- b. All'aumento statistico delle concentrazioni in questo settore ha fatto riscontro l'attenzione per le criticità concorrenziali da queste sollevate.
- c. La prima questione è quella congruità del parametro delle soglie ai fini di un effettivo controllo delle concentrazioni sul mercato concorrenziale.
 - i. Proprio il valore dei dati fa sì che il criterio del valore della transazione, già adottato in alcune giurisdizioni e che tiene in conto il prezzo che l'acquirente è disposto a pagare per l'acquisto dei dati, appaia più adeguato ed eviti che M&A in cui le imprese interessate hanno ridotte quote di mercato ma l'operazione ha effetti sul potere di mercato conferito dal

possesso dei dati sfuggano a ogni controllo.

- b. Le ipotesi di criticità concorrenziali conseguenti a siffatte operazioni sono diverse: infatti la M&A può avere effetti sull' accesso ai dati delle parti interessate, sulla concentrazione dei dati stessi nella *newco*, sulla capacità di combinare differenti *set* di dati, sino a renderne impossibile la replicabilità per i concorrenti.
 - c. Inoltre la acquisizione può costituire uno strumento per impedire, magari ad alto prezzo, l' entrata sul mercato di un concorrente potenzialmente portatore di *disruptive innovation*, ed in particolare di *data driven innovation*.
 - d. La seconda questione è quella della rilevanza delle *privacy policy* come parametro di concorrenza non fondata sul prezzo nel controllo delle concentrazioni. Su questo tornerò nel paragrafo che segue.
 - e. La terza questione è quella della possibile rilevanza dei *Big Data* nelle concentrazioni conglomerali, in cui proprio la acquisizione dei dati, consentendo una migliore profilazione delle caratteristiche della domanda, può essere valutata ai fini degli effetti dell'operazione su mercati differenti.
 - f. La quarta questione è quella, anticipata nel paragrafo precedente, della valutazione delle efficienze nelle concentrazioni implicanti acquisti di dati. Infatti in molti casi di M&A la *efficiency defense* delle parti si è fondata proprio sulla acquisizione dei dati.
- ***Privacy policy, consumer policy e concorrenza nell' uso dei dati.***
 - a. I Big Data sono anche, in larga parte, personal data dei consumatori che li forniscono. Perciò il discorso del rapporto tra dati e concorrenza è intersecato dai discorsi sulla protezione della privacy, sulla tutela del consumatore e dei diritti, di proprietà sui dati del consumatore e di proprietà intellettuale sul processo di elaborazione dei dati in capo all' impresa.
 - b. Nella letteratura in argomento e in alcuni casi *privacy standard* e *consumer policy* sono ritenuti rilevanti come indice di abusi o di effetti anticoncorrenziali di concentrazioni.
 - a. In particolare, la *privacy policy* può costituire una *no price dimension*

del processo competitivo

- i. da un lato la concentrazione dei dati, che può aumentare il potere di mercato in fattispecie di abusi e nei *merger*, può porre a rischio anche la tutela della *privacy* del consumatore, riducendo l' incentivo all' impresa dominante a competere sul quel profilo di *quality policy* costituito proprio dalla tutela della riservatezza.
- ii. D' altro canto la *privacy policy* dell' impresa può diventare fonte di suo vantaggio competitivo illecito, se termini e condizioni di contratto in violazione della riservatezza del consumatore costituiscono un mezzo per acquisire o rafforzare il suo potere di mercato e creare barriere all' entrata per i concorrenti.
 1. Tuttavia, se i dati non sono qualificabili come *essential facility* non replicabile, la possibilità che essi siano raccolti da più imprese assume rilevanza nel *trade off* tra concorrenza e *privacy*.
- c. L' art. 20 del regolamento sulla protezione dei dati prevede il diritto del consumatore alla portabilità dei dati, cioè il suo diritto a scaricare i propri dati da ogni piattaforma *on line* trasferendoli ad altra impresa.
 - a. La *ratio* della norma è indubbiamente quella di prevenire il *lock in*, tuttavia alcuni autori hanno osservato che la sua applicabilità indifferenziata a tutte le imprese, incluse quelle che non hanno alcun potere di mercato, può allocare a piccole *start up* di settore un costo tale da comprometterne la competitività.
 - b. Altra osservazione critica alla norma in esame è relativa alla sua indifferenza agli effetti di efficienza dinamica, giacchè l' obbligo per l' impresa di condividere i dati raccolti ne riduce le aspettative di profitto e gli incentivi a innovare.

- **Conclusioni: il ruolo dei *decision maker* e il ruolo dei *policy maker*. In particolare il ruolo delle Autorità *Antitrust*.**

- a. In questo contesto, in anni recenti numerose istituzioni ed enforcers di concorrenza a livello internazionale hanno centrato la loro attenzione sui Big Data.
- b. Ciò posto, considerato il rischio che i *Big Data* siano utilizzati ed analizzati in maniera inappropriata, si rinviene la necessità di acquisire specifiche competenze tecniche, che permettano di comprendere come avviene l'analisi e l'uso dei dati in questione.
- c. In tale contesto appare necessario adottare un approccio multisetoriale e multidisciplinare, ricorrendo il più possibile ad un dialogo continuo ed ad una proficua collaborazione tra le autorità competenti in materia di concorrenza, *privacy* e tutela del consumatore.
- d. In ambito europeo le prime autorità di concorrenza ad analizzare le questioni concorrenziali che possono sorgere dai *Big Data* sono state l'*Autorité de la concurrence* francese e la *Bundeskartellamt* tedesca con la pubblicazione di un *report* congiunto nel maggio del 2016.
 - a. In particolare, nel *report* viene affrontato il tema dei *Big Data* quale fonte di costituzione o rafforzamento di posizione di dominanza sui mercati dell'economia digitale caratterizzati da effetti di rete. Inoltre le autorità passano in rassegna le possibili condotte anticoncorrenziali connesse ai *Big Data*, quali gli abusi escludenti e le discriminazioni di prezzo.
- e. In tale contesto, è intervenuto anche il Garante europeo della Protezione dei Dati con un parere preliminare sulla “vita privata e la competitività nell'era dei *megadata*”, ove si rileva la sussistenza di sinergie evidenti nel contesto dei mercati digitali. Ad avviso del Garante risulta dunque opportuno istituire una “struttura di coordinamento digitale” (*cd Digital Clearing House*) per l'applicazione delle normative nel settore digitale dell'UE, ovvero una rete che consenta agli organismi di regolamentazione di condividere informazioni circa i possibili abusi nell'ecosistema digitale e contrastarli in maniera più efficace.
- f. In Italia, in data 30 maggio 2017, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, l'Autorità delle Garanzie nelle Comunicazioni e il Garante per la protezione dei dati personali hanno avviato un'indagine congiunta sui *Big data*.
 - a. L'indagine ha ad oggetto l'individuazione di eventuali criticità connesse

all'uso dei cosiddetti *Big data* e la definizione di un quadro di regole in grado di promuovere e tutelare la protezione dei dati personali, la concorrenza dei mercati dell'economia digitale, la tutela del consumatore, nonché i profili di promozione del pluralismo nell'ecosistema digitale.

g. Sul versante dell' *enforcement* numerosi procedimenti *antitrust* relativi ai *Big data* sono stati avviati sia a livello internazionale ed euro-unitario sia a livello nazionale.

a. Con particolare riferimento alle operazioni di concentrazione, di rilievo è la decisione con cui la Commissione europea ha approvato l'acquisizione di *LinkedIn* da parte di *Microsoft*

i. La decisione affronta la questione se i *Big data* possano causare effetti escludenti a livello orizzontale a seguito delle concentrazioni.

b. Tra i casi più recenti, si annovera la decisione *Facebook/WhatsApp*, mediante la quale la Commissione ha approvato l'acquisizione in esame, statuendo che, nonostante la sussistenza degli effetti di rete, la società risultante dall'operazione sarebbe stata comunque esposta alla concorrenza.

c. Sul fronte dell' *enforcement*, nella recente decisione *Google Shopping* adottata dalla Commissione è stata affrontata la questione dello sfruttamento da parte di Google del proprio algoritmo.

i. Secondo la Commissione, Google, tramite l'uso di tale algoritmo, ha accordato una posizione di maggior favore, nei risultati di ricerca generali, ai propri servizi di "*shopping comparison*", rispetto agli analoghi servizi *on line* offerti dai concorrenti.

d. A livello nazionale europeo uno dei primi casi avviati è stato quello nei confronti di *Facebook* in Germania. Ad avviso del *Bundeskartellamt* la previsione da parte di *Facebook* di termini e condizioni contrastanti con la normativa *Privacy* vigente costituisce una forma di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 lett. a) TFUE. Tali termini e condizioni in violazione della disciplina sulla *privacy* potrebbero infatti integrare "condizioni di transazione inique".

- i. A tal riguardo, si sottolinea che, in tali ipotesi nel nostro ordinamento si può ricorrere alla tutela del consumatore applicando le norme del Codice del consumo.
 - 1. Ed invero, recentemente, l'AGCM ha chiuso due procedimenti istruttori avviati nei confronti di *WhatsApp*, condannando quest'ultima al pagamento di una sanzione. In particolare, a detta dell'autorità, *WhatsApp* ha agito in violazione del Codice del Consumo inducendo gli utenti a prestare consenso alla condivisione dei dati con *Facebook* e introducendo nei propri termini contrattuali clausole vessatorie.
- e. Il dilemma principale a proposito per i *policy maker* è quello della scelta nell'intervento pubblico tra una regolazione *ex ante* del fenomeno, sia essa a livello legislativo e primario, sia essa a livello secondario, con la partecipazione anche delle c.d. Autorità di regolazione, e un approccio *ex post*, caso per caso, affidato alle varie Autorità di *enforcement*, siano esse Autorità di concorrenza, di protezione della *privacy* o del consumatore.
 - i. A mio parere, in una fase in cui il fenomeno è ancora allo studio, a livello multidisciplinare, la opzione regolatoria presenta l'indubbio rischio di scelte i cui effetti non sono ancora sufficientemente ponderati o ponderabili.
 - ii. La opzione di affrontare le questioni connesse all'uso dei *Big Data* caso per caso, da parte delle Autorità indipendenti o di Corti, in sede di *private litigation*, appare come la più opportuna, e, in ultima istanza è quella sinora scelta a livello internazionale.
 - iii. In particolare, data la natura trasversale del fenomeno, che interessa mercati *on line* in diversi settori, e la correlazione tra le questioni di *enforcement* della concorrenza e di tutela del consumatore, le Autorità nazionali di Concorrenza che sviluppato una esperienza su svariati mercati, e in particolare quelle che hanno competenza duale anche per la tutela del consumatore, appaiono le meglio situate per affrontare il fenomeno, anche in collaborazione con altre

Autorità, quali quelle di protezione della *privacy*, altrettanto coinvolte.

1. Le autorità sono dunque pronte per affrontare, nel fenomeno dei *Big Data*, ciò che Jean Tirole definisce “*a la fois une opportunité et un défi*”.