

Gabriella Muscolo

Introduzione

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il ruolo della *Fairness* nel diritto della concorrenza nell'era digitale. – 3. La concorrenza sui mercati digitali e il *trade-off* con l'innovazione. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

La nuova economia digitale e basata sui dati ha dato vita a nuovi modelli di business, tecnologie e innovazioni che stanno rapidamente cambiando interi settori di industriali ma anche e soprattutto lo stile di vita delle persone.

Lo sviluppo dell'intelligenza artificiale è ormai divenuto realtà fintantoché un mondo con leggi robotiche alla Asimov non sembra più poi così fantascientifico. Lo stesso Parlamento Europeo, in una prospettiva “futuribile”, si è spinto a parlare di una nuova categoria giuridica: quella delle “persone elettroniche”. Senza però andare così oltre, i temi che ricorrono come un *leit motiv* agli albori di questa quarta rivoluzione industriale e che ci proponiamo di affrontare oggi, sono quelli della *fairness*, dell'innovazione e della concorrenza e il rapporto fra queste tre nozioni.

2. Il ruolo della *Fairness* nel diritto della concorrenza nell'era digitale

Perché *fairness*? Innanzitutto, così come ricordava recentemente il Direttore Generale UE della Concorrenza Johannes Laitenberger, il concetto di *fairness* nelle regole di concorrenza dell'UE è antico quanto le regole di concorrenza stesse.

Il divieto di abuso di posizione dominante sul mercato, ora contenuto nell'art. 102 TFUE, ha sempre esplicitamente vietato “*condizioni di transazione non eque*” e “*prezzi d'acquisto o di vendita non equi*”. Le società a cui hanno imputato accordi o pratiche anticoncorrenziali vietate dall'art. 101, par. 1, del Trattato sono sempre state messe in condizione di sottrarsi alle sanzioni se capaci di dimostrare che sono generate efficienze e che ai consumatori è concessa “*un'equa parte*” dei benefici che ne derivano”.

In questa nuova economia digitale e basata sui dati, l'esigenza di *fairness* si sta diffondendo più intensamente sia a livello dei consumatori/utenti finali che a livello di business. Ciò è attribuibile all'evoluzione tecnologica e a quella connessa dei mercati.

La *fairness* è insieme un principio guida e uno strumento che le autorità garanti della concorrenza possono utilizzare nel loro lavoro. Essa ormai fa parte del *tool box* a disposizione delle autorità della concorrenza.

Nell'*enforcement* antitrust esistono due dimensioni principali di *fairness*: la nozione procedurale di equità, che include l'imparzialità del processo decisionale ed i diritti di difesa delle parti nei procedimenti dinanzi alle autorità garanti e la nozione materiale di equità, sancita dalle regole sulla concorrenza del Trattato e dalle leggi nazionali della concorrenza. La *fairness* si applica nei procedimenti antitrust e si applica in modo non discriminatorio, trasparente e prevedibile attraverso il diritto di essere ascoltato, la protezione della riservatezza o la revisione giudiziaria indipendente. Questi sono tutti gli standard minimi che l'Antitrust applica nelle sue pratiche quotidiane di *enforcement* e che promuove in tutto il mondo.

In primo luogo, la rapida evoluzione tecnologica ha portato all'emersione di veri e propri giganti del web. Questi ultimi, attraverso modelli di business basati su servizi free o “*freemium*” – e cioè l'erogazione di servizi in cambio della profilazione degli utenti o con l'aggiunta di un corrispettivo monetario per servizi premium – e caratterizzati da effetti di rete, economia di scala ed effetti di *lock-in*, stanno causando i cd. “*winner takes all effects*”.

In secondo luogo, lo sviluppo tecnologico comporta la nascita di innovazioni spesso complementari fra loro e quindi aumenta le esigenze di interoperabilità, in particolare fra standard di prodotto ed eventuali nuovi prodotti.

Aumentano quindi i rischi concorrenziali sui quali le autorità di concorrenza nazionali ed europea sono chiamate a intervenire. Tuttavia, l'*enforcement* pubblico deve misurarsi col rapporto fra concorrenza e innovazione specie quella dinamica.

In particolare, il ruolo della *Fairness* nel diritto della concorrenza è emerso nel tempo, soprattutto con riguardo agli abusi di sfruttamento.

Invero, sui nuovi mercati digitali sono emerse nuove possibili configura-

zioni di abusi di sfruttamento strettamente connessi alle specificità di questi mercati.

Ad esempio già si discute di prezzi non equi sui mercati ad alta tecnologia. E quindi ci si chiede se, in ambito Standard Essential Patents (SEPs), si possano configurare abusi per *excessive royalties*.

Sui *digital zero-price markets*, alcune autorità nazionali hanno già avviato e sanzionato abusi di sfruttamento non di prezzo, basati, ad esempio, sui livelli di privacy garantiti da piattaforme online dominanti o sulla sproporzione dei dati raccolti sugli utenti da quest'ultime rispetto ai servizi offerti.

È allora corretto utilizzare la tutela del consumatore oppure il GDPR come “*normative yardsticks*” per l'intervento antitrust?

Come valutare la personalizzazione dei prezzi? Tale pratica, infatti, può essere percepita dai consumatori come ingiusta ma allo stesso tempo può aumentare l'efficienza allocativa delle risorse.

3. La concorrenza sui mercati digitali e il *trade-off* con l'innovazione

Inoltre, come anticipato, l'*enforcement* pubblico antitrust deve confrontarsi con il *trade-off* fra concorrenza e innovazione. In questi mercati altamente tecnologici, infatti, non rileva solo la cd. concorrenza statica, e cioè quella prevalentemente basata sui prezzi, ma anche e soprattutto la concorrenza dinamica vale a dire l'innovazione futura. Pertanto, l'intervento antitrust non può tener conto soltanto degli effetti nel breve periodo ma deve essere lungimirante ovvero salvaguardare il processo innovativo che può aumentare il benessere sociale nel medio/lungo periodo.

Quindi, è importante un approccio caso per caso in tema sia di abusi escludenti che necessitano, ad esempio, di valutazioni dell'essenzialità di determinati input produttivi, sia di abusi di sfruttamento con particolare riferimento a quelli non di prezzo.

Inoltre, in questa fase storica di cambiamento, il *trade-off* fra concorrenza e innovazione emerge soprattutto nella valutazione delle operazioni di concentrazione. In questo ambito, ad esempio, l'analisi dei dati come prodotto, come vantaggio concorrenziale e come input è ormai divenuta prassi (Ad esempio l'operazione di concentrazione M.8788 Apple/Shazam).

In questo *trade-off* occorre domandarsi quale ruolo assume quindi la *fairness*. Se la *fairness* accompagna l'intervento antitrust, allora, nell'equazione “intervento antitrust *vs* preservare l'innovazione dinamica”, il “parametro”

fairness potrebbe aggiungere nuove variabili da considerare nell'accrescimento del benessere del consumatore? Se sì, c'è bisogno di un aggiornamento dell'approccio economico al diritto antitrust? Secondo alcuni si dovrebbe ritornare a un approccio ordoliberal a favore di un certo pluralismo sul mercato, altri inseriscono tra le *policy* antitrust obiettivi non solo microeconomici ma anche macroeconomici, come ad esempio i livelli di occupazione. Ancora, alcuni vorrebbero parametri più ampi nella valutazione del potere di mercato come ad esempio l'iscrizione a bilancio dei dati e/o della capacità computazionale, ecc.

4. Conclusioni

È difficile risolvere questo tipo di equazioni specie se a più variabili: concorrenza-innovazione e *fairness*.

Un elemento certo, però, deve essere l'approccio. Le Autorità antitrust, in quanto *enforcer* pubblici, hanno una posizione di privilegio poiché intervengono *ex post* e, quindi, possono adottare un approccio caso per caso che al momento sembra essere l'approccio ideale.