

Antonio Perrucci

L'intervento pubblico nell'evoluzione verso la Data Economy: il ruolo dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni *

SOMMARIO: 1. L'impatto del digitale sui sistemi economici e sociali: uno sguardo d'insieme. – 2. La Data Economy e l'Ecosistema Digitale: profili metodologici. – 3. Il caso dei Big Data. – 4. Un approfondimento sul ruolo dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

1. L'impatto del digitale sui sistemi economici e sociali: uno sguardo d'insieme

L'importanza delle tecnologie digitali per lo sviluppo economico e sociale dei paesi industrializzati (e non) è stata indagata già all'inizio degli anni Novanta, come testimoniano, ad esempio, due importanti studi dell'OECD sulla diffusione delle tecnologie della comunicazione e dell'informazione (ICT, Information and Communication Technologies)¹.

In questi contributi, e nei numerosissimi che sono seguiti, la questione della diffusione delle tecnologie digitali è stata – per lungo tempo – esaminata sotto il profilo degli impatti settoriali: in particolare, molta attenzione è stata posta sul processo di convergenza – che da tecnologico diviene di mercato – tra le industrie delle telecomunicazioni, dell'audiovisivo e dell'informatica. In breve, l'analisi si è concentrata sui settori in cui originano

* Il presente contributo è una versione aggiornata della presentazione tenuta in occasione del seminario, *Fairness, innovazione e concorrenza nella Data Economy*, Università Europea di Roma, 12 marzo 2019.

¹ OECD, *Convergence between Communications Technologies*, Paris, 1992; OECD, *Telecommunications and Broadcasting: Convergence or Collision?*, Paris, 1992.

le molteplici innovazioni di processo e di prodotto che rientrano nell'ambito della "rivoluzione digitale".

Anche le politiche pubbliche, ed in particolare la regolamentazione dei mercati, sono state impostate secondo una logica settoriale. In effetti, gli impatti del digitale sono risultati di grande ed "immediata" evidenza nei mercati che appartengono al sistema ICT: la profonda trasformazione dell'industria musicale e dei mercati editoriali, quindi il passaggio alla televisione digitale (sia terrestre che satellitare) e la progressiva digitalizzazione delle reti di telecomunicazione (fisse e mobili).

Solo più di recente, ed in virtù di ulteriori progressi tecnologici che hanno investito sia le reti di comunicazione (in particolare, l'affermazione della banda larga ed ultra-larga, con le reti in fibra ottica e l'avvento del 5G), sia i terminali d'utente (*smartphone*, *tablet*, tv connesse), sia le accresciute capacità di conservazione (*cloud*) ed elaborazione (algoritmi e supercalcolo) di enormi quantità di dati (Big data), si è acquisito che la rivoluzione digitale non ha confini merceologici, né territoriali. In altri termini, è ormai convinzione diffusa che nessun mercato di beni e servizi sarà "risparmiato" dai processi di trasformazione strutturale legati alla diffusione delle tecnologie digitali.

In tal senso, da una logica verticale, ossia settoriale, si sta passando ad un approccio orizzontale, che considera cioè gli effetti delle nuove tecnologie digitali sull'intero sistema economico, oltre che sulla stessa società. Ad avviso di chi scrive, quindi, è fondamentale avere una visione di sistema che – necessariamente – passa per la definizione delle caratteristiche di un ecosistema digitale: soggetti, mercati che lo popolano, relazioni che intercorrono tra questi ultimi, strategie e politiche d'intervento².

Questo – assolutamente cruciale – passaggio dall'approccio settoriale a quello orizzontale per l'analisi del digitale e dei suoi impatti sui sistemi economici e sociali non ha tuttavia trovato ancora riflesso nelle politiche pubbliche, con riferimento soprattutto alla regolazione ed alla tutela della concorrenza, tralasciando, in questa sede, la riflessione sulle politiche industriali e, più in generale, sulle politiche economiche.

In realtà, in molti paesi industrializzati, è chiaro da almeno un decennio che il digitale ha carattere trasversale, come attestano – ad esempio – le importanti iniziative promosse dall'Unione europea (l'Agenda Digitale, nel 2010, la Strategia per il Mercato Unico Digitale, nel 2015). Tuttavia, per restare all'Unione europea, sul versante regolamentare continua l'approc-

²Sulla categoria di ecosistema digitale, si veda più avanti. Per una trattazione più estesa, sia consentito rinviare a PERRUCCI, *Dai Big Data all'ecosistema digitale*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1, 2019.

cio settoriale, come sancito dal recentissimo varo della direttiva sui Media Audiovisivi (novembre 2018) e del Codice Europeo delle Comunicazioni Elettroniche (dicembre 2018).

La percezione che discipline settoriali, come pure la regolamentazione di specifici temi (privacy, diritto d'autore online, ecc.), non siano in grado di risolvere tutti i problemi concorrenziali, di tutela del consumatore e dell'utente, che si accompagnano alla diffusione dei servizi digitali, sembra indurre la Commissione europea ad un ripensamento dell'approccio fin qui seguito. Al momento, esiste solo un riferimento in tal senso: l'iniziativa lanciata a giugno 2019 dalla Commissione europea per valutare un possibile quadro regolamentare per tutti i servizi digitali, con particolare attenzione alle piattaforme online³.

Sul versante delle conseguenze del digitale sul diritto antitrust e la sua applicazione, il dibattito è avviato da più tempo, e sono ormai disponibili diverse proposte di modifica dell'impianto, più o meno radicali, che vengono avanzate dal mondo della ricerca, ma anche da parte di talune istituzioni in Europa, Stati Uniti ed Australia⁴.

In conclusione, il dibattito sulle modifiche agli impianti regolamentari ed antitrust connessi alle tecnologie digitali ha ormai superato l'ambito meramente scientifico, per investire i *policy makers* e le stesse istituzioni preposte alla tutela dei mercati e degli utenti.

2. La Data Economy e l'Ecosistema Digitale: profili metodologici

La ricerca di un approccio diverso, di sistema, alla disciplina degli impatti di mercato e sociali delle tecnologie digitali, che – chiaramente – non possono essere lasciati alla autoregolazione, necessita di una maggiore, più approfondita conoscenza delle trasformazioni in atto, e – contemporaneamente – della massima tempestività dell'intervento pubblico, in quanto le dinamiche di mercato, soprattutto le strategie dei *big player*, mutano continuamente, con conseguenti effetti di contesto.

Si tratta di due esigenze difficilmente conciliabili, per cui si dovrà accettare una soluzione subottimale, nel senso di definire una strategia di sistema per il digitale, con specifico riferimento agli eventuali adeguamenti re-

³ Si veda lo *scoping paper* relativo ad una ipotesi di European Digital Service Act, predisposto dai servizi della Commissione europea e reso disponibile da Cullen International.

⁴ Vedi più avanti. Più in generale, si rinvia a PERRUCCI, *op. cit.*, par. 3.2.

golamentari ed antitrust, mentre deve comunque proseguire l'analisi degli impatti che le tecnologie digitali producono sugli assetti di mercato e sui diritti dei cittadini.

Sotto questo ultimo profilo, non aiuta certo la proliferazione di termini, espressioni, categorie di analisi connessi al digitale, come anche una certa confusione definitoria su alcuni "temi" sempre più ricorrenti nel dibattito, ora divenuto anche politico, fino ad essere oggetto di campagne elettorali.

A mio avviso, accanto a concetti sostanzialmente auto-esplicativi, quali quelli di Data Economy e Data Driven Economy, altre categorie di analisi appaiono maggiormente complesse, come è per quello di ecosistema digitale, anche se cominciano ad essere disponibili formulazioni che tendono a convergere.

Altrettanto complesso appare il percorso per una rappresentazione chiara e metodologicamente consolidata di alcune delle componenti fondamentali dell'Ecosistema digitale, quali i Big Data, gli Algoritmi, l'Intelligenza Artificiale.

In realtà, sui Big Data, dopo un dibattito assai ricco, si sta pervenendo ad un inquadramento sostanzialmente condiviso; per gli Algoritmi, vi sono minori incertezze definitorie, in virtù di una consolidata tradizione degli studi di natura tecnica. Viceversa, nel caso dell'intelligenza artificiale, si registrano formulazioni ancora molto divergenti, come si può riscontrare anche da un veloce esame di documenti della stessa Commissione europea, che propongono formulazioni differenti.

È chiaro, allora, che serve un lavoro approfondito di analisi e studio che coinvolga le molteplici discipline interessate: dall'economia all'informatica, dal diritto alla tecnologia delle reti, per citare le principali.

Intanto, in questa sede, si fornisce una schematica illustrazione dell'Ecosistema digitale, sulla base degli spunti forniti dalla letteratura in materia⁵.

I soggetti che popolano l'Ecosistema digitale operano su più versanti. Dal lato dell'offerta, dove troviamo i gestori di reti (fisse e mobili) di comunicazione elettronica, gli operatori televisivi, i produttori e distributori di apparati e terminali (di rete e di utente), le cosiddette piattaforme tecnologiche, definiti anche Over the Top (OTT). Sul versante della domanda, si trovano sia le aziende utilizzatrici di reti e servizi digitali, sia i consumatori e gli utenti, nonché la Pubblica Amministrazione, sempre in qualità di soggetto che utilizza beni e servizi digitali. La terza categoria di soggetti presenti nell'ecosistema digitale è rappresentata dalle Istituzioni: Parlamento, Governo, Autorità amministrative indipendenti, Giustizia amministrativa.

⁵Al riguardo, si vedano, tra gli altri, la Relazione 2011 dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (introduzione) e MARTIN FRANSMAN, *The New ICT Ecosystem*, Cambridge, 2010.

Bisogna, poi, tenere presente che la produzione di beni e servizi digitali è resa possibile dall'interazione di tre livelli infrastrutturali: *i*) le reti fisiche e logiche di TLC e dell'audiovisivo; *ii*) le tecnologie legate ai Big data, agli Algoritmi, all'Intelligenza Artificiale, ossia le piattaforme abilitanti; *iii*) gli apparati di utente (*smartphone*, *tablet*, tv connesse), nonché i sensori, che interagiscono tra i due precedenti livelli e consentono così la fruizione di servizi e prestazioni digitali.

Una volta chiarito, sia pure in modo didascalico e preliminare, quali siano le componenti che popolano l'Ecosistema digitale, si deve esaminare il sistema di relazioni che intercorre tra questi diversi soggetti.

Così, ad esempio, è necessario analizzare le relazioni biunivoche che intercorrono tra le decisioni delle amministrazioni pubbliche, ad esempio quelle delle autorità di regolazione e vigilanza, e le strategie di investimento e commerciali delle imprese sottoposte alla loro disciplina. Analogamente per quanto riguarda le relazioni *user/producer*, sui quali peraltro esiste una vasta letteratura, soprattutto nel campo dell'economia dell'innovazione. E così via, per tutti i rapporti bilaterali tra i diversi soggetti che abitano l'Ecosistema digitale.

Questa analisi è di fondamentale importanza nel momento in cui si ragioni sull'evoluzione delle politiche pubbliche per il digitale, fino alla definizione dei profili di *governance*.

3. Il caso dei Big Data

Un esempio interessante della ricerca di un approccio innovativo e di sistema alle tematiche poste dalla diffusione delle tecnologie digitali riguarda l'indagine sui Big data, svolta congiuntamente da tre Autorità amministrative indipendenti italiane: Garante per la protezione dei dati personali, Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCom).

In questa sede, si accenna ad alcuni risultati preliminari cui è pervenuta AGCom nell'ambito dell'analisi delle caratteristiche economiche dei Big Data, mentre per le Linee Guida e le raccomandazioni di policy, condivise dalle tre istituzioni, si rinvia ai rispettivi siti istituzionali.

In estrema sintesi, l'ecosistema dei Big Data, che rappresenta un sottoinsieme dell'Ecosistema digitale, è costituito da imprese (fornitrici ed utilizzatrici), consumatori ed utenti, enti pubblici (regolatori, pubblica amministrazione).

In questo ecosistema, emerge il consistente potere di mercato di alcune

grandi imprese multinazionali, con forte grado di integrazione (verticale, orizzontale e diagonale): in particolare, ci si riferisce alle piattaforme tecnologiche, i cosiddetti GAF A (Google, Amazon, Facebook e Apple) nel mondo occidentale, i cosiddetti BAT (Badu, Alibaba, Tencent), per il mondo orientale. Il potere di mercato di questi soggetti si manifesta sia nei confronti delle imprese di minori dimensioni loro (potenziali) rivali, sia nei riguardi degli utenti, soprattutto a causa delle notevoli asimmetrie informative di cui godono le piattaforme tecnologiche.

In secondo luogo, i mercati che fanno parte dell'ecosistema sono generalmente mercati a due versanti dove le piattaforme online assumono un connotato tecnico di piattaforma, nel senso della teoria dei mercati a più versanti, ossia di intermediario tra agenti economici che si situano in ambiti di mercato distinti e che comunicano attraverso la loro presenza.

Quindi, nei mercati in esame, si registrano elevate economie di scala dal lato dell'offerta, in virtù dell'enorme crescita dei dati e della loro capacità di produrre rendimenti crescenti di scala, ed anche economie di scopo (o varietà), grazie alla opportunità di combinare quantità di dati sempre maggiori.

Da ultimo, si riscontrano elevate barriere all'entrata, soprattutto con riguardo alla fase di raccolta dei dati. Tali barriere riguardano diversi segmenti della filiera produttiva: sistemi operativi, motori di ricerca, social network, data center, app ed anche pubblicità on line.

Sulla base di queste evidenze, e della consistente letteratura in materia, si può tentare qualche valutazione circa i possibili ruoli delle tre principali istituzioni che hanno competenza in materia di Big Data e, più in generale, di economia digitale. Si tratta, ovviamente, delle tre autorità che hanno promosso e svolto l'indagine conoscitiva congiunta in esame.

Per quanto riguarda l'Autorità Antitrust, è indiscutibile la sua competenza nella tutela della concorrenza e del consumatore nei mercati digitali, laddove la questione che si sta discutendo riguarda fundamentalmente se ed in che modo vadano rivisti l'impianto normativo e/o gli strumenti di analisi e valutazione (ad esempio, la definizione del mercato rilevante, oppure la valutazione della posizione dominante). Al riguardo, come si accennava, sono state formulate diverse opzioni, sia in Europa, sia negli Stati Uniti ed in Australia⁶.

Su un diverso piano, l'approvazione e l'entrata in vigore del regolamento generale sulla protezione dei dati (RGPD) ha, indubbiamente, rafforzato ruolo e competenze del garante Privacy, chiamato, tra le altre cose, a ridurre

⁶Per il rilievo "istituzionale" che riveste, essendo stato promosso dal Commissario alla Concorrenza, Margrethe Vestager, si segnala soltanto il rapporto predisposto da CRÉMER, DE MONTJOYE e SCHWEITZER, *Competition Policy in a Digital Era. Final Report*, 2019.

le citate asimmetrie informative tra piattaforme ed utenti, come prevede l'art. 20 del RGPD, relativo alla portabilità dei dati personali dell'utente.

4. Un approfondimento sul ruolo dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Più complesso ed articolato è il ruolo dell'AGCom, anche per il suo peculiare carattere di autorità convergente, ossia di istituzione che, per un verso, tutela diritti costituzionalmente rilevanti, *in primis* il pluralismo dell'informazione (art. 21 Cost.), e che, per altro verso, assolve a compiti di regolazione di mercati che debbono transitare dal monopolio alla concorrenza (TLC e servizi postali).

I profili dei Big Data legati alla tutela del pluralismo sono stati esaurientemente affrontati dal Commissario AGCom, Antonio Martusciello, il quale ha accennato anche ad aspetti legati alla tutela del consumatore.

Pertanto, mi concentrerò sul profilo che è maggiormente controverso, sia in letteratura, sia con riguardo alla naturale dialettica tra le Istituzioni, ossia la possibilità di considerare una regolazione dell'accesso ai Big Data, quale misura complementare all'intervento antitrust (e del Garante Privacy).

Presupposto per una eventuale disciplina dell'accesso ai Big Data, limitatamente a quelli detenuti dalle grandi piattaforme tecnologiche, è che si registrino sostanziali fallimenti di mercato nel processo di raccolta, elaborazione ed analisi, commercializzazione dei dati degli utenti.

A tal fine, soccorrono le conclusioni dell'analisi svolta dall'AGCom, di cui si è già detto. In particolare, si ricordano la strutturale asimmetria informativa a vantaggio delle piattaforme, che non consente agli utenti di effettuare scelte consapevoli e convenienti, la generazione di esternalità positive per le grandi piattaforme, che minano la possibilità di una effettiva concorrenza da parte degli operatori di minori dimensioni e delle *start up* in particolare.

Certamente, l'applicazione del RGPD potrà attenuare le asimmetrie informative ed accrescere – almeno in teoria – l'appropriabilità dei dati da parte degli utenti. Tuttavia, rimane aperta la questione se ciò sia condizione necessaria ma anche sufficiente a ripristinare una effettiva competizione nel mercato ed un maggiore equilibrio nei rapporti tra utente e piattaforma. Il dubbio appare più che legittimo.

Un esempio di disciplina dell'accesso ai dati, e quindi una testimonianza significativa dello spazio che sembra esservi per una disciplina di natura regolamentare (legislativa), è rappresentato dalla direttiva sui servizi di pa-

gamento (PSD2), la quale obbliga le banche a dare accesso alle informazioni dei conti correnti bancari, al fine di introdurre maggiore concorrenza nel mercato dei pagamenti.

La questione che si pone, al riguardo, è la replicabilità di questa disciplina anche a settori diversi da quelli dei servizi bancari. In realtà, vi sono altri esempi che riguardano i mercati dei trasporti e dell'energia, come segnalato da Assonime⁷, ma è da dimostrare la plausibilità di una disciplina generale dell'accesso ai dati personali detenuti dalle grandi piattaforme tecnologiche. Ancora più complesso è poi definire quale sia la misura che dovrebbe controbilanciare la posizione di dominanza delle piattaforme: ad esempio, se prevedere un obbligo di accesso oppure di condivisione dei dati, ed a quali condizioni. Senza considerare le ipotesi di *break up* delle piattaforme tecnologiche suggerite da alcuni studiosi⁸, ma anche proposte da personaggi politici (Elizabeth Warren, l'economista candidata democratica alla presidenza degli Stati Uniti).

Come attestano le conclusioni del citato rapporto Crémer, ed altri recenti studi di istituzioni e centri di ricerca, si è avviata – finalmente – una discussione aperta sulle competenze delle diverse autorità indipendenti nel processo di progressiva digitalizzazione dei sistemi economici. Talune posizioni manichee, improntate ad una logica continuista e di rigida compartimentazione delle competenze, stanno così lasciando il campo ad approcci più innovativi, che danno luogo a scenari di *governance* in cui prevalgono la complementarità ed il coordinamento degli interventi delle diverse autorità, fino a prevedere, in alcuni casi, la costituzione di nuove autorità.

In ogni caso, è sicuramente giunto il momento di affrontare il tema delle politiche di regolazione e vigilanza dei servizi digitali, sia a livello europeo che nazionale, tenuto conto che il ruolo egemone delle grandi piattaforme tecnologiche è ormai acclarato e, di conseguenza, si iniziano a formulare ipotesi di intervento, spesso sulla base di motivazioni che vanno al di là della tutela della concorrenza e degli utenti. La materia, come già richiamato, fa ormai parte dell'agenda politica di molti partiti ed è tema di campagna elettorale, negli Stati Uniti come in Europa.

Grande merito, quindi, all'Università Europea che ha promosso questa occasione di confronto scientifico.

⁷G. BRUZZONE, *Il terzo pacchetto europeo sui dati: rapporti tra imprese e P.A.*, Assonime, 34/2018.

⁸Ad esempio, si veda A. CANDEUB, *Behavioral Economics, Internet Search and Antitrust*, in *Journal of Law and Policy for the Information Society*, 9/2014.