

Augusto Preta

# L'economia dei dati e l'intelligenza artificiale tra politica economica, concorrenza e regolazione dei mercati

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La competizione sull'intelligenza artificiale. – 3. Intelligenza artificiale, *Big Data* e accesso ai dati. – 4. Profili regolatori e l'Autorità digitale. – 5. Profili *antitrust* e nuova strumentazione nei mercati digitali. – 6. La collusione tramite IA. – 7. Conclusioni.

## 1. Premessa

Il presente contributo sul fenomeno dei *Big Data*, e in particolare sull'uso sempre più ampio e pervasivo dell'intelligenza artificiale, è frutto di una visione “razionale” del contesto economico e sociale che caratterizza l'intera economia digitale. In questo modo nella cosiddetta *data driven economy*, che interviene ormai in tutti i settori dell'economia e dell'esperienza umana, si determinano le condizioni per risolvere problemi e, in ultima analisi, per migliorare l'esistenza dei cittadini e dei consumatori.

Solo per citare alcuni esempi, dai più rilevanti, come nella sanità, con la possibilità di trasformare genomi portatori di gravi malattie attraverso l'uso dei dati e dell'intelligenza artificiale, ai più banali come nell'intrattenimento per accedere tramite raccomandazioni personalizzate a film e serie *on demand* su servizi come Netflix, o ancora la possibilità di viaggiare alle migliori condizioni economiche, impensabili solo qualche decennio fa, mettendo a confronto i prezzi di aerei, hotel e altro, scegliendo in questo modo la proposta più adatta alle proprie esigenze e possibilità<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Per un approfondimento dei diversi aspetti si segnalano: FROST & SULLIVAN, *Cognitive Computing and Artificial Intelligence Systems in Healthcare*, Cognitive-Computing-and-Artifi-

Al contrario molta della recente letteratura, non solo giuridica, sull'intelligenza artificiale (che dai dati trae ovviamente impulso e linfa vitale), sostiene quella che potremmo definire la sindrome da "Grande Fratello", che in un contesto accademico, rivolto in particolare ai giovani che si avvicinano per la prima volta al settore, andrebbe in ogni modo accuratamente evitata. Parlando e leggendo di IA spesso si ha l'impressione di entrare nel mondo del "Signore degli Anelli" con Sauron l'oscuro signore di Mordor e il fido Saruman, che dall'alto delle sue torri controlla e guida le orde mostruose e malvagie contro gli abitanti della Terra di Mezzo per distruggerli. L'IA naturalmente non è tutto ciò, quanto invece uno strumento importante, di cui la società attuale ormai non può più fare a meno, per meglio massimizzare le informazioni legate ai dati, attraverso un processo di continuo addestramento e implementazione, al fine di rendere i risultati, e dunque le soluzioni frutto di un processo di continua ricerca, le migliori possibili.

I dati utilizzati non danno luogo a risultati scontati, predeterminati (è un continuo *learning by doing*), e la strumentazione adoperata, legata al calcolo computazionale – *Machine Learning*, *Deep Learning*, reti neurali – comporta infatti un continuo addestramento: i dati sono messi alla prova per capire come e quando (in che condizioni) funzionano meglio, i risultati che producono, così da ottenere un *output* in grado di determinare se il metodo che si sta utilizzando produce i migliori risultati.

Quindi va sottolineato come all'inizio del processo, nella quasi totalità dei casi, chi utilizza gli strumenti dell'IA non sa quale sarà l'esito. Inoltre quello che fa la differenza è ciò che si chiama la complessità computazionale di un algoritmo, cioè la capacità dell'algoritmo, attraverso l'analisi, di migliorare continuamente se stesso e, migliorandosi con l'apprendimento, di offrire prestazioni sempre più elevate.

In definitiva noi stiamo utilizzando dei sistemi di calcolo che danno volta per volta delle prestazioni migliori, quindi da questo punto di vista, non sappiamo se lo strumento di lavoro più efficiente è il fatto di avere una enorme quantità di dati o avere una quantità più o meno rilevante di dati ma utilizzati nella maniera più efficace, perché molto spesso lo strumento più efficiente è collegato all'obiettivo che si vuole raggiungere: l'idea che si possa da un lato imporre la trasparenza di qualcosa che è un processo e non semplicemente un elemento (ad esempio noi possiamo consentire o bloccare l'utilizzo di un dato da parte di Facebook per un determinato uti-

lizzo ma non possiamo sapere se successivamente l'algoritmo di Facebook ne farà un altro utilizzo), ne discende che vi sono oggettivamente dei problemi "tecnici" e strutturali che rendono tutto il processo particolarmente complicato e difficile da incardinare nei modelli interpretativi tradizionali.

## 2. La competizione sull'intelligenza artificiale

Un ulteriore elemento rilevante da considerare riguarda la necessità di distinguere gli aspetti antitrust, di concorrenza, di regolamentazione, dagli aspetti geo-politici; quando parliamo oggi di intelligenza artificiale stiamo parlando della più grande sfida economica a livello planetario.

La portata rivoluzionaria della *Digital Transformation*, e in particolare dell'IA in tutti i settori, ne conferisce infatti un'importanza strategica in termini geopolitici, attribuendole il ruolo potenziale di tecnologia capace di spostare gli equilibri.

Ciò è ben testimoniato dalle recenti azioni di Stati Uniti e Cina, le due Superpotenze commerciali che sono attualmente anche le due Superpotenze dell'IA. I due Paesi stanno giocando sull'IA una partita che va al di là della mera competizione tecnologica.

Il ruolo dei governi è cruciale quindi al fine di integrare l'IA nella società. Con l'aumento dell'uso della IA, l'impatto sul panorama geopolitico mondiale potrebbe portare a nuovi equilibri molto più rapidamente di quanto ci si aspetti. In futuro, gran parte delle funzioni dei governi saranno sotto forma di *government as a service* grazie al ruolo dell'IA. Di conseguenza, i governi che comprendono le ramificazioni dell'IA e investono nella formazione o incoraggiano le aziende a farlo per i loro dipendenti saranno avvantaggiati nel tempo. Leader globali forti e responsabili con una visione strategica e a lungo termine dovranno intensificare e gestire queste sfide per assicurare la stabilità mondiale.

I sistemi di IA dipendono dal modo in cui vengono impiegati e sono tanto più intelligenti quanto i dati utilizzati per addestrarli poiché sono, nella loro essenza, nient'altro che macchine che si adattano alla "curva". Usare l'IA per sostenere una decisione può rivelarsi problematico se le decisioni passate mostrano pregiudizi, il che li rende ancora più difficili da individuare. In questo senso si richiede un certo grado di empatia da parte delle persone coinvolte in certe posizioni. Bisogna dunque fare in modo che l'IA non rappresenti una minaccia per la persona ma un suo completamento e nuova linfa produttiva, tema su cui si sta ampiamente ragionan-

do in termini di policy, sia pubbliche che aziendali, con particolare riferimento all'IA etica e alle più recenti scelte di policy della nuova Commissione europea.

Con riferimento in particolare alla questione geo-politica e alle strategie dei tre principali attori globali nella corsa allo sviluppo delle leadership in ambito IA, emergono peraltro sostanziali differenze. Gli Stati Uniti, culla delle innovazioni in ambito high-tech, sembrano perseguire la strada degli investimenti cospicui da parte dei colossi privati della Silicon Valley, agevolati dalla spinta essenzialmente nazionalista e protezionistica dell'amministrazione Trump che tuttavia solo recentemente è arrivata a considerare l'IA una delle componenti fondamentali della *policy America First*<sup>2</sup>. In questo quadro, la *deregulation* americana appare favorevole allo sviluppo delle applicazioni IA ma con potenziali rischi in merito a questioni in termini di privacy e tutela dei dati personali.

La Cina ha puntato da tempo massicciamente sullo sviluppo delle tecnologie avanzate e più innovative, in primis l'IA, investendo direttamente enormi risorse pubbliche con l'obiettivo ultimo di realizzare pienamente il piano *Made in China 2025*<sup>3</sup>. Tale iniziativa, lanciata nel maggio 2015, punta a rinnovare radicalmente l'industria cinese in un'ottica 4.0 in modo tale da trasformare la "fabbrica del mondo" cinese, un'industria contraddistinta per produzioni a basso costo e a basso valore aggiunto, in una fucina di innovazione, di produzioni automatizzate ad alto valore aggiunto e di tecnologie produttive avanzate. A tal fine, ha messo in campo tutta una serie di iniziative e promosso i propri campioni nazionali Alibaba, Huawei e Baidu, ormai del tutto paragonabili ai giganti USA, per conquistare la leadership nel campo dell'IA, adottando un approccio che sembra poco sensibile alle policy relative alla tutela dei dati personali e alle questioni etiche.

L'Unione europea è invece orientata a perseguire la massimizzazione dei benefici dell'IA riducendone al minimo i rischi adottando un approccio antropocentrico, che sottolinea come lo sviluppo e l'utilizzo dell'IA non dovrebbero essere considerati come un obiettivo di per sé, ma come un mezzo per aumentare il benessere sociale. L'obiettivo, quindi, rafforzato dalle recenti iniziative della Commissione europea<sup>4</sup> è quello di ottenere un'IA

---

<sup>2</sup>*Executive Order on Maintaining American Leadership in Artificial Intelligence*, [www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-maintaining-american-leadership-artificial-intelligence/](http://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-maintaining-american-leadership-artificial-intelligence/), 2018.

<sup>3</sup>*Made in China 2025*, [http://english.www.gov.cn/news/video/2016/08/27/content\\_281475427020647.htm](http://english.www.gov.cn/news/video/2016/08/27/content_281475427020647.htm), 2015.

<sup>4</sup>Si segnalano in particolare: COMMISSIONE EUROPEA, *A European strategy for data*, <https://>

affidabile e rispettosa dei diritti affinché gli esseri umani saranno in grado di beneficiare appieno e con sicurezza dei suoi vantaggi solo se potranno fidarsi di questa tecnologia.

A livello normativo, l'impianto del GDPR rappresenta uno dei principali riferimenti a livello internazionale. Tuttavia, vista la contemporanea presenza di altre direttive europee in tema di privacy, allo stato attuale appare necessaria un'armonizzazione del quadro generale di riferimento in modo tale da non ostacolare o in qualche modo appesantire lo sviluppo di iniziative private e pubbliche, tenendo conto anche del ritardo e dei minori investimenti rispetto ai due colossi internazionali che caratterizzano la dimensione economica dell'IA in Europa.

Tutto ciò è considerato essenziale affinché l'Europa possa diventare leader a livello mondiale per lo sviluppo e la diffusione di una IA all'avanguardia, etica e sicura, irrobustendo il sostegno finanziario e incoraggiandone l'adozione nel settore pubblico e privato<sup>5</sup>. La realizzazione del mercato unico digitale in Europa, per il quale la Commissione ha avviato una strategia ambiziosa, è dunque un presupposto indispensabile per attrarre gli investimenti in innovazioni digitali e per accelerare la crescita delle imprese nell'economia digitale e l'adozione delle tecnologie digitali aiuterà le imprese ad espandersi oltre il mercato interno dell'UE, aumentando ulteriormente l'attrattiva dell'Unione europea per gli investimenti su scala mondiale, e in questo contesto di grandi sfide globali incentrate sull'IA, un ruolo importante giocano le diverse strategie nazionali.

Se il richiamo a una giusta e del tutto condivisibile visione etica dell'IA di cui è oggi promotrice l'Europa, è peraltro sufficiente per far fronte alla grande sfida globale per il potere economico (e non solo) dei prossimi anni?

Sull'IA in particolare il livello di investimenti della Cina è più elevato degli Stati Uniti e non paragonabile con quello europeo, molto più ridotto, quindi considerando questo elemento, insieme alla popolazione, è possibile ipotizzare che l'intelligenza artificiale potrà avere aspetti dirompenti su tutta l'economia mondiale.

È evidente d'altro canto che in un paese come la Cina il tema della raccolta dei dati per l'utilizzo nell'intelligenza artificiale e tutte le questioni di privacy e di tutela dei dati personali ad esse correlate non siano in cima ai

---

*ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-european-strategy-data-19feb2020\_en.pdf*, febbraio 2020; COMMISSIONE EUROPEA, *On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust*, [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf), febbraio 2020.

<sup>5</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Artificial Intelligence: A European Perspective*, <https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/artificial-intelligence-european-perspective>, settembre 2019.

problemi, laddove invece nel mondo occidentale e in particolar modo in quello europeo la tutela dei dati è l'elemento attraverso il quale in qualche modo si sviluppa la politica sull'intelligenza artificiale e sui *Big Data*; il GDPR più volte ricordato è lo strumento attraverso il quale oggi la politica europea sui dati e sull'intelligenza artificiale diventa l'elemento cardine senza il quale questi processi non verranno sviluppati. Nel contestualizzare dunque la problematica, anche in chiave di possibile regolamentazione, occorre pertanto sottolineare l'impatto politico fondamentale sulle scelte di politica economica a livello planetario.

### 3. Intelligenza artificiale, *Big Data* e accesso ai dati

L'IA e l'accesso ai dati delle imprese stanno assumendo dunque un ruolo cruciale anche nel potenziale di crescita dell'economia dei dati europea. Al contempo, l'accesso ai dati è sovente essenziale per mantenere la competitività sul mercato, per incrementare le opportunità di innovazione delle imprese e, in particolare, per sviluppare le applicazioni di IA. In concreto, le imprese tendono a rielaborare i dati internamente o per il tramite di un subcontraente. Di conseguenza, i dati spesso restano all'interno di un'organizzazione e non sono "commerciati" con parti terze.

In ambito privato, la decisione di condividere o meno i dati (personali e non personali) in proprio possesso resta sotto la sfera dell'autonomia privata delle parti, dando vita a diversi modelli di business. La condivisione dei dati – di per sé – si traduce in un aumento del volume e della varietà di dati disponibili per società terze. Dunque, tale condivisione può contribuire alla creazione di nuovi prodotti e servizi, nonché al miglioramento di quelli esistenti<sup>6</sup>. Seguendo questa linea di ragionamento, si potrebbe anche sostenere che un maggiore accesso ai dati può prevenire il degrado della qualità di determinati prodotti e servizi. La condivisione dei dati, in linea generale, ha quindi un effetto positivo sul benessere dei consumatori, poiché i consumatori diventano diretti beneficiari dell'innovazione in termini di miglioramento della qualità e della quantità di prodotti e servizi disponibili e – in alcuni casi – in termini di riduzione dei prezzi per prodotti e servizi sostituibili<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> M. MAGGIOLINO, *I big data e il diritto antitrust*, Egea, 2018, p. 16.

<sup>7</sup> Affrontando il caso dei motori di ricerca, Stucke ed Ezrachi ritengono che la disuguaglianza nell'accesso ai dati possa portare al potenziale degrado della qualità del servizio per i consumatori; M.E. STUCKE, A. EZRACHI, *When Competition Fails to Optimize Quality: A Look at*

Pertanto, la condivisione dei dati, in astratto, può migliorare la qualità dei prodotti e dei servizi, fornire uno stimolo all'innovazione e di conseguenza può avere un impatto positivo tanto sul benessere dei consumatori quanto sull'efficienza dei mercati dei dati. Ciò detto, i vantaggi competitivi sono radicati nel fatto che i dati siano un *input* che non ammette sostituti e ciò è estremamente raro, poiché i dati sono sovente sostituibili da altri e, al contempo, le società interessate riescono spesso a generare o ad ottenere dal mercato i dati in questione. Con riguardo alla valutazione in termini concreti e, dunque, alla disamina dei modelli contrattuali, gli accordi per la condivisione di dati tra imprese possono produrre effetti anticoncorrenziali sul mercato, a seconda delle disposizioni in essi contenute. In questo senso, la condivisione dei dati può anche rappresentare un rischio per l'efficienza del mercato e il benessere dei consumatori.

In particolare, il fatto che la condivisione dei dati sia gestita tramite contratti e che dipenda in toto dalla autonomia privata delle parti, può generare inefficienze e produrre perdite di benessere, oltreché una distribuzione iniqua e ingiustificata dei benefici tra le parti. In certi casi, l'uso improprio dei dati può altresì determinare una riduzione della qualità dei prodotti e dei servizi disponibili.

Inoltre, le aziende che adottano la strategia di condivisione dei dati possono essere spinte a ridurre gli investimenti in innovazione e, di conseguenza, nella qualità di prodotti e servizi. I titolari dei dati possono anche selezionare quali dati condividere in modo da prevenire qualsiasi concorrenza di qualità superiore. Infine, il fatto che un'azienda detenga un vantaggio in termini di dati può spingere altri attori presenti sul mercato a competere non solo sulle informazioni desumibili dai dati, ma anche sulla qualità, sui prezzi e su altri aspetti dei prodotti o dei servizi<sup>8</sup>.

#### 4. Profili regolatori e l'Autorità digitale

Entrando più nello specifico nell'ambito dei profili di regolazione economica e analisi competitiva dei mercati legati all'accesso ai dati, ci sono

---

*Search Engines*, in 18 *Yale Journal of Law & Technology*, 2016. Al contrario impedire a terzi l'accesso ai dati può provocare conseguenze dannose, quali prezzi più elevati e perdita di qualità e innovazione; M.E. STUCKE, A. GRUNES, *Dancing Around Data*, *The Hill Congress Blog*, 2014. <http://thehill.com/blogs/congress-blog/technology/226502-dancing-around-data>.

<sup>8</sup>M.S. GAL, D.L. RUBINFELD, *Access Barriers to Big Data*, in 59 *Arizona Law Review*, 339, 2017, p. 379.

fondamentalmente due posizioni che si contrappongono e che si richiamano a diversi aspetti presenti nei mercati digitali e apparentemente tra loro contraddittori.

La posizione più rigida è quella che sostiene la necessità di regolare in maniera *ex-ante* questi mercati o quantomeno a rivedere la strumentazione tradizionale antitrust, in presenza di mercati digitali caratterizzati da: presenza di forti barriere all'ingresso, dipendenti dalle esternalità di rete; presenza di un numero limitato di operatori (piattaforme); economie di scala e di scopo basate su teorie economiche che dimostrano come esista un potenziale fallimento di mercato o quantomeno la presenza di un forte potere di mercato; pratiche escludenti, tramite l'accesso esclusivo e non contendibile ai dati, che impediscono ai concorrenti attuali e futuri di competere<sup>9</sup>.

La presenza di questi fattori critici e di rischio spinge pertanto i sostenitori di questa posizione a ritenere necessario un intervento *ex-ante* collegato a un fallimento di mercato, in ragione dell'esistenza di barriere all'ingresso e allo sviluppo, che sarebbero riscontrabili in tutte le fasi della catena del valore dei dati<sup>10</sup>.

D'altra parte però, se da un lato i *Big Data* per ciò stessi e per le ragioni viste in precedenza non possono garantire a priori un consistente vantaggio competitivo, tuttavia la loro combinazione con altre caratteristiche tipiche di chi opera in mercati digitali potrebbe favorire il crearsi di dinamiche anti-competitive. In al senso potrebbe manifestarsi un classico *trade-off* tra efficienza statica e dinamica<sup>11</sup>.

Ne discende che qualunque obbligo di accesso o condivisione dei dati debba essere valutato con particolare attenzione e prudenza, al fine di evitare di produrre effetti anticoncorrenziali sul mercato. Imporre poi un obbligo di intervento *ex-ante* su cosiddette infrastrutture immateriali appare come un limite eccessivo al diritto di chi le utilizza, di escludere dai frutti dei propri investimenti e, più in generale del successo imprenditoriale, coloro che non avevano in alcun modo contribuito ad ottenerli.

L'applicazione della dottrina configurerebbe infatti, una sorta di espro-

---

<sup>9</sup> Agcom, *Big data, interim report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*, p. 20, 2018 <https://www.agcom.it/documents/10179/10875949/Studio-Ricerca+08-06-2018/c72b5230-354d-444f-9e3f-5467ca450714?version=1.0>. Sul punto si veda inoltre EISENMANN, PARKER, ALSTYNE, *Strategies for Two Sided Markets*, in *Harvard Business Review*, October 2006.

<sup>10</sup> M. BOURREAU, A. DE STREEL, I. GRAEF, *Big Data and Competition Policy*, CERRE, 2017, pp. 35-37.

<sup>11</sup> B. CAILLAUD, J. TIROLE, *Essential facility financing and market structure*, in *Journal of Public Economics*, Elsevier, vol. 88 (3-4), 2004, pp. 667-694.

prio ai danni dei proprietari delle *facilities* esistenti, inducendo al contempo le imprese rivali e nuove entranti ad approfittare di tali *asset* senza preoccuparsi di investire risorse in capacità addizionale. Imporre un diritto all'accesso *ex-ante* ridurrebbe drammaticamente l'incentivo ad investire (e ad innovare) che può conseguire dall'obbligo di concedere l'accesso.

Nel contesto della regolazione, inoltre, un numero sempre più ampio di soggetti negli ultimi mesi ha dato vita a iniziative, anche a livello di policy, volte alla creazione di un *unico regolatore digitale*<sup>12</sup>.

La presenza di fenomeni di disintermediazione e di estensione delle attività su più versanti nei mercati digitali spinge infatti i promotori di queste iniziative (Governi nazionali, Centri internazionali di Ricerche) verso un superamento dei modelli attuali, basati su regolazioni settoriali, verticali, in favore di una regolazione orizzontale che possa meglio includere tutti i fenomeni appena descritti.

Correlata a questi aspetti si afferma dunque l'esigenza di istituire un'autorità digitale, considerata il soggetto meglio attrezzato per operare più efficacemente in un mondo complesso e sempre più interconnesso come quello dei mercati digitali. In questi mercati infatti, l'ecosistema dei *Big Data*, ancor più con lo sviluppo dell'IA, presenta un grado di complessità e di interconnessione tra i vari soggetti e segmenti del sistema che vi partecipano, tale da rendere difficile l'identificazione di singoli mercati ben definiti. In tal caso la creazione un regolatore digitale consentirebbe di meglio operare all'interno e tra gli interstizi dei vari settori, in quanto dotato di competenze più adeguate all'interpretazione delle dinamiche in ambiente digitale.

D'altro canto, però, la tendenza, evidente ed incontestabile più volte sottolineata, a diventare "digitali" da parte di tutti i settori economici (e dunque di tutti i mercati) mal si sposa con l'idea di un ambito specifico digitale e

---

<sup>12</sup> Si segnalano negli ultimi mesi numerosi iniziative, in particolare in Australia, Germania, Nuova Zelanda, Regno Unito e USA, che hanno dato vita ai seguenti rapporti: ACCC, *Digital Platforms Inquiry*, December 2018. <https://www.accc.gov.au/system/files/ACCC%20Digital%20Platforms%20Inquiry%20-%20Preliminary%20Report.pdf>; Dice Consult, *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*, August 2018. [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=15](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.pdf?__blob=publicationFile&v=15); J. FURNAM (a cura di), *Unlocking digital competition*, Report of the Digital Competition Expert Panel, in [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/785547/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf), March 2019; House of Lords, *Regulating in a digital world*, 9 March 2019, <https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldcomuni/299/299.pdf>; GEORGE J. STIGLER, *Center for the Study of the Economy and the State, The University of Chicago Booth School of Business*, in *Committee for the Study of Digital Platforms. Market Structure and Antitrust Subcommittee Report*, US Senate, May 2019 <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/market-structure-report%20-15-may-2019.pdf>.

altro rispetto alle attività “tradizionali” delle Autorità di concorrenza e regolazione. In questo senso sembrerebbe più appropriato, per chi scrive, immaginare un’autorità di concorrenza (e un regolatore in caso di fallimento di mercato, delle cui evidenze però si dovrebbe essere certi) che mantiene le proprie attribuzioni e competenze, utilizzando però strumenti sempre più evoluti per far fronte alle sfide dell’innovazione e della *data driven economy*.

In tal senso anche le linee guida pubblicate in esito all’indagine conoscitiva congiunta di Agcm, Agcom e Garante per la protezione dei dati personali lo scorso febbraio 2020<sup>13</sup> sembrano considerare la sinergia tra regolazione e diritto della concorrenza quale fattore essenziale per affrontare le criticità derivanti dall’accesso ai dati e, in generale, le complessità connesse ai *Big Data* e ai mercati digitali.

Nelle linee guida dell’indagine conoscitiva congiunta sui *Big Data*, l’Agcm, l’Agcom e il Garante per la protezione dei dati personali sembrano però muoversi nella direzione di rafforzare fortemente la loro cooperazione e di contribuire quindi a risolvere le criticità derivanti dai *Big Data* e dall’ambiente digitale, ciascuna nell’esercizio delle proprie competenze, che sono identificate quali complementari.

In esito alla suddetta indagine conoscitiva congiunta, il 18 luglio 2019, l’Agcom ha altresì avviato un’analisi di mercato nel settore della pubblicità online, volta ad accertare l’esistenza di posizioni dominanti o comunque lesive del pluralismo nel settore della pubblicità online<sup>14</sup>. L’ambito identificato – la pubblicità online – si caratterizza per la centralità dei dati (personali) e per il ruolo primario ricoperto dalle piattaforme digitali. Diversi sono i profili di criticità con riguardo a una definizione di tale mercato, la cui importanza è cruciale, considerato che l’Agcom, una volta accertata “la presenza di posizioni dominanti o comunque lesive del pluralismo” potrà intervenire con intenti regolatori in senso stretto.

## 5. Profili *antitrust* e nuova strumentazione nei mercati digitali

Da una prospettiva generale *antitrust*, con riguardo alle condotte abusive *ex art. 101 TFUE*, la *data sharing* può essere un mezzo tramite cui società concorrenti coordinano la propria condotta sul mercato. A titolo esem-

---

<sup>13</sup> AGCM, AGCOM e GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Indagine conoscitiva sui big data*, [https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC\\_Big%20data\\_imp.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf), febbraio 2020.

<sup>14</sup> AGCOM, *Delibera n. 356/19/CONS.*, luglio 2019.

plificativo, le parti potrebbero implementare algoritmi relativi al prezzo dei propri prodotti o servizi, che dipendono da un *dataset* che condividono.

In aggiunta, due concorrenti potrebbero accordarsi nel senso di non condividere i propri dati (*agreement not-to-share*) con ulteriori società. Gli accordi di condivisione dei dati tra concorrenti e/o che prevedano l'esclusiva nell'uso dei dati devono essere valutati caso per caso, al fine di verificare se essi producano effetti anticoncorrenziali. In tale ambito, merita un cenno una particolare fattispecie: il *data pooling*<sup>15</sup>.

In carenza di violazioni degli artt. 101-102 TFEU, il diritto della concorrenza non può intervenire limitando la libertà contrattuale delle parti e, dunque, la loro autonomia nel decidere se condividere i propri dati, con chi e a quali condizioni. Tale regola generale viene contraddetta solo in presenza di circostanze eccezionali, che giustifichino l'applicazione della cosiddetta *essential facility doctrine* (EFD). Detta dottrina è fondata sull'assunto che una società in posizione dominante sul mercato rilevante, al ricorrere di determinate condizioni che permettono di considerare una *facility* che essa detiene essenziale, sia tenuta a dividerla con chiunque ne faccia richiesta, inclusi i propri concorrenti.

Tuttavia, il test per verificare la sussistenza di una *essential facility* sembra mal applicarsi a mercati basati sui dati e la EFD non è in linea generale applicabile al fenomeno dei *Big Data*<sup>16</sup>. In particolare, appare impossibile affermare *ex ante* quali tra le tante informazioni parte di un *dataset* siano essenziali per generare un nuovo prodotto e, più in generale, se vi siano informazioni essenziali nel *dataset*.

Di questi temi si è occupata anche l'iniziativa della DG Comp sulla *Shaping competition policy in the era of digitisation*, nata con l'obiettivo di capire il ruolo dell'antitrust nel contesto digitale e in particolare se gli strumenti della concorrenza attuale siano ancora efficaci nel nuovo contesto digitale<sup>17</sup>. L'evento faceva seguito ad una serie di documenti e audizioni di centinaia di soggetti interessati e successivamente allo stesso, nel marzo scorso, è stato pubblicato il *paper* con il risultato di tale analisi da parte dei tre saggi nominati dalla stessa commissaria alla Concorrenza, Vestager<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Si veda, tra gli altri, J. CRÉMER, Y.A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition policy for the digital era*, Commissione europea, Publications Office of the European Union, aprile 2019, pp. 93-97.

<sup>16</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *The free flow of data and emerging issues of the European data economy*, {SWD (2017) final}, p. 21.

<sup>17</sup> J. CRÉMER, Y.A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition policy for the digital era*, Commissione europea, Publications Office of the European Union, aprile 2019.

<sup>18</sup> Quali saranno le conseguenze di queste iniziative e quali interventi tutto questo dinami-

Nel report si ribadisce come il diritto della concorrenza possa contribuire allo sviluppo dell'economia dei dati in due modi:

Chiarendo a quali condizioni la *data sharing* e il *data pooling* possono essere considerati pro-competitivi;

Definendo gli scenari e le condizioni alle quali imprese in posizione dominante e, in particolare, piattaforme dominanti, siano tenute a concedere l'accesso ai loro dati.

In linea generale, si ribadisce che il diritto della concorrenza non può intervenire limitando la libertà contrattuale delle parti e, dunque, la loro autonomia nel decidere se condividere i propri dati, con chi e a quali condizioni. Tale regola generale viene contraddetta solo in presenza di circostanze eccezionali, che giustifichino l'applicazione della cosiddetta *essential facility doctrine* (EFD).

Detta dottrina è connessa a doppio filo con la categoria del *refusal to deal* ed è fondata sull'assunto che una società in posizione dominante sul mercato rilevante, al ricorrere di determinate condizioni che permettono di considerare una *facility* che essa detiene, essenziale, sia tenuta a condividerla con chiunque ne faccia richiesta, inclusi i propri concorrenti.

In linea generale, per applicare la *essential facility doctrine*, deve verificarsi la sussistenza di quattro condizioni principali:

- l'infrastruttura alla quale si nega l'accesso deve essere indispensabile per l'attività economica sul mercato rilevante in assenza di sostituti attuali o potenziali;

- non vi devono essere giustificazioni oggettive per negare l'accesso;

- il detentore della *facility* deve essere nella condizione di riservarsi un mercato secondario, grazie al rifiuto di contrarre;

- verosimilmente, il concorrente che verrebbe escluso dal mercato sarebbe intenzionato a fornire un prodotto non ancora presente sul mercato stesso<sup>19</sup>.

La Commissione ha chiarito che non vi sono giustificazioni perché la *essential facility doctrine* non trovi applicazione all'interno del mercato dei dati<sup>20</sup>.

simo della DG Comp determinerà sul piano della policy europea del settore è ancora tutto da capire, anche se la nuova Commissione appena insediata, di cui la stessa Vestager è stata nominata Vice Presidenza con competenza sul digitale, sembra mettere la *data economy*, insieme all'ambiente, al centro delle proprie priorità nell'agenda dei prossimi anni.

<sup>19</sup> Con riguardo alla giurisprudenza della Corte di giustizia sul rifiuto a contrarre, si richiama il Rapporto ITMedia Consulting – ASK Bocconi, *L'economia dei dati. Tendenze di mercato e prospettive di policy*, gennaio 2018, pp. 252 ss.

<sup>20</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *The free flow of data and emerging issues of the European data economy*, {SWD (2017) final}, p. 21.

Tuttavia, il test per verificare la sussistenza di una *essential facility* sembra mal applicarsi a mercati basati sui dati.

Per quanto riguarda il primo requisito, ossia l'indispensabilità della risorsa, non vi è accordo sulle condizioni alle quali i dati possano essere considerati un *asset* indispensabile e non sostituibile.

In particolare l'accesso a un input è indispensabile se vi sono "ostacoli di natura tecnica, normativa o anche economica capaci di rendere impossibile o straordinariamente difficile" duplicarlo<sup>21</sup>.

## 6. La collusione tramite IA

Gli sviluppi tecnologici nel campo dell'IA hanno poi aggiunto ulteriore complessità al dibattito. Infatti, oltre al coordinamento sul prezzo e su ulteriori condizioni commerciali, le imprese sono nelle condizioni di fare previsioni accurate sui costi sostenuti dai concorrenti e sulle cause di eventuali variazioni di prezzo (che potrebbero essere strategiche o costituire una risposta ai cambiamenti nel mercato), scegliendo, ricalcolando, e aggiornando continuamente i prezzi, nonché di selezionare un prezzo focale tra una vasta gamma di opzioni.

Inoltre, utilizzando strumenti sempre più avanzati basati su modelli predittivi, sul calcolo computazionale e sull'utilizzo di tecniche di *Machine Learning*, questi algoritmi di prezzo basati sull'IA imparano automaticamente e sviluppano le strategie più efficaci per ottenere i maggiori vantaggi per l'impresa, in relazione al contesto competitivo in cui questa opera e in rapporto ai concorrenti.

L'utilizzo di algoritmi che comporta dei guadagni in termini di efficienza, può altresì sollevare problemi di concorrenza. In particolare, gli algoritmi, oltre ad avere un peso rilevante nelle problematiche competitive relative ai dati, possono essere oggetto di specifica attenzione da parte delle Autorità di concorrenza nei casi in cui possono:

- rendere gli attori di un determinato mercato più inclini alla collusione, modificando le caratteristiche strutturali del mercato quali trasparenza<sup>22</sup> e frequenza di interazione;
- sostituire la collusione esplicita con il coordinamento tacito, fornendo

---

<sup>21</sup> C-7/97, Bronner, Sentenza della Corte del 26 novembre 1998, ECLI:EU:C:1998:569, par. 44.

<sup>22</sup> Se da un lato la trasparenza dei mercati rende più agevole la scelta dei consumatori, dall'altro lato, le società la sfruttano al fine di meglio posizionare le proprie offerte sul mercato.

alle aziende strumenti automatici per attuare un accordo collusivo, senza comunicazione diretta<sup>23</sup>.

Dunque, l'alto grado di trasparenza del mercato online e l'uso diffuso di algoritmi per determinare il prezzo o ulteriori politiche commerciali possono avere un impatto sulla qualità e sulla quantità delle condotte collusive tenute dalle società.

Inoltre, gli accordi collusivi sono più facilmente monitorabili: alcune imprese possono fare uso del medesimo algoritmo per coordinarsi e un ulteriore algoritmo può essere utilizzato per identificare in tempo reale la deviazione di una delle imprese dall'accordo collusivo, tramite la verifica dei prezzi e delle condizioni applicati dai concorrenti<sup>24</sup>.

Più in generale, qualsivoglia accordo collusivo tra imprese concorrenti circa la condivisione o la mancata condivisione di dati può essere stabilito per tramite di uno o più algoritmi. Gli algoritmi ivi discussi comportano con tutta evidenza una condivisione di dati e, quindi, di informazioni tra imprese, concorrenti o non. Gli algoritmi possono anche essere basati su quanto contenuto in un *data pool*, consentendo alle parti di determinare i loro prezzi o condizioni commerciali sulla base dei dati raccolti.

Tutto ciò può favorire condotte escludenti, in particolare la collusione tacita per il tramite dell'IA, la cui esistenza appare però evidentemente molto complicata da dimostrare. È questo il caso dei cosiddetti *self-learning algorithms*, programmi sviluppati in modo che il software sia in grado di imparare automaticamente ad aggiustare il prezzo al mutare delle condizioni di mercato. In questo caso è possibile che gli algoritmi di proprietà dei vari concorrenti arrivino a "collaborare" tra loro per generare il più alto profitto possibile.

In queste circostanze diventa estremamente difficile capire se tali programmi stiano attuando una strategia volta a massimizzare i profitti o una pratica collusiva tacita e nel secondo caso come intervenire per punire le aziende proprietarie dei programmi. È difatti assai complesso stabilire se e come le aziende abbiano volontariamente programmato il software per colludere o se invece sia stato il software a giungere senza intervento alcuno a questa conclusione. Se a prevalere fosse questo aspetto, diventa ancor più complesso stabilire come le politiche antitrust attuali siano in grado di in-

---

<sup>23</sup> OECD, *Executive Summary of the Roundtable on Algorithms and Collusion*, Annex to the Summary Record of the 127<sup>th</sup> meeting of the Competition Committee, 2017. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2017\)1/ANN3/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2017)1/ANN3/FINAL/en/pdf).

<sup>24</sup> La Commissione europea, nell'ambito della sua indagine sul settore e-commerce, ha rilevato che circa la metà degli intervistati monitora i prezzi online dei concorrenti. [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector\\_inquiry\\_final\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf).

tervenire per inibire il comportamento di questi software. Verrebbe infatti meno la volontarietà della collusione e di conseguenza la possibilità di punire le aziende coinvolte.

In tutti i casi, anche qualora fosse accertata la volontà a colludere e dunque un'intesa tra concorrenti *ex art. 101 TFUE*, dette condotte di condivisione o di coordinata mancata condivisione di dati tra imprese andranno comunque perseguite dal diritto della concorrenza, indipendentemente dal fatto che siano perpetrate tramite una collusione tacita, che intervenga per mezzo di algoritmi.

## 7. Conclusioni

In conclusione i mercati digitali *data driven*, a forte tasso d'innovazione, si caratterizzano per una possibile e contraddittoria duplice chiave di lettura: da un lato la presenza di soggetti dotati di forte potere di mercato in termini di controllo e accesso ai dati, determina posizioni dominanti, che spingerebbero per ciò stesso tali soggetti a condotte abusive e anticompetitive.

Dall'altro, la natura stessa dei dati, il fatto che siano beni non rivali e il loro uso, che ancor più nel mondo degli algoritmi e dell'IA, in particolare tramite *Machine Learning*, rende sempre più complesso distinguere pratiche anti-concorrenziali e provarne la sussistenza, da condotte efficienti e pro consumer *welfare*.

In questo senso, tali aspetti contraddittori nell'analisi economica e concorrenziale appena ricordati fanno ancora propendere per delle soluzioni/interventi caso per caso, piuttosto per una regolazione *ex ante* basata su fallimenti di mercato, al momento difficilmente dimostrabile e sostenibile.

