

Newsletter

Newsletter di Diritto dell'Unione europea e antitrust
Linee guida e raccomandazioni di policy per i big data

Introduzione

Il 2 luglio 2019, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ("AGCM"), l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ("AGCom") e il Garante per la protezione dei dati personali hanno reso pubbliche una serie di [linee guida e raccomandazioni di policy inerenti i big data](#) e, più in generale, il settore digitale ("Linee Guida").

In particolare, le Linee Guida si inseriscono nel contesto dell'indagine conoscitiva sui *big data* avviata congiuntamente dalle Autorità¹, anticipandone il documento finale che sarà reso disponibile a breve (entro la fine del 2019).

Il contenuto delle Linee Guida

Le Linee Guida forniscono una sintetica illustrazione delle future linee di intervento delle Autorità nel settore digitale, nonché una serie di inviti agli operatori del settore pubblico ai fini di un adattamento del quadro normativo esistente per far fronte alle nuove sfide poste dai *big data* e dalle piattaforme *online*.

(i) *Riduzione delle asimmetrie informative nei rapporti tra piattaforme digitali e utenti*

Tra i principali obiettivi di *policy* individuati dalle Linee Guida vi è la riduzione delle **asimmetrie informative sussistenti tra operatori digitali e utenti-consumatori nella fase di raccolta dei dati personali** (degli stessi utenti). A tal fine, agli utenti dovrebbe essere fornita una adeguata informativa circa la finalità della raccolta e degli utilizzi dei dati da questi ceduti alle piattaforme *online*, nonché in merito al grado di necessità dei dati rispetto al funzionamento dei servizi offerti dalle stesse piattaforme. Analoghe misure dovrebbero essere altresì

¹ AGCM, provv. n. 26620 del 30 maggio 2017, IC53 - *Big Data*.

introdotte al fine di incrementare la trasparenza informativa circa le modalità di profilazione degli utenti (e.g., con riferimento alle modalità con cui vengono selezionati le informazioni e i contenuti proposti all'utenza).

Le Autorità ritengono altresì necessaria una **riduzione delle asimmetrie informative sussistenti tra le piattaforme digitali e gli operatori commerciali che di queste si avvalgono**, con particolare riferimento ai criteri utilizzati per l'analisi e l'elaborazione dei dati da parte delle piattaforme (e.g., nella definizione dei *ranking* di posizionamento o ai fini della visibilità sulla piattaforma). Al riguardo può osservarsi che il futuro Regolamento Ue sull'equità e la trasparenza dei servizi di intermediazione *online* porrà in capo ai gestori di piattaforme digitali dei puntuali obblighi informativi e di trasparenza circa i parametri che determinano il posizionamento di beni e servizi offerti ai consumatori (sulle stesse piattaforme)².

(ii) *L'accesso ai dati*

Le Autorità formulano diverse raccomandazioni rispetto alle modalità di accesso e messa a disposizione dei dati, essendo questi ultimi sempre più rilevanti per "*l'ottimizzazione di processi e decisioni*".

A tal riguardo, risulta necessario agevolare la **portabilità dei dati** tra diverse piattaforme tecnologiche, anche attraverso la definizione di standard aperti e interoperabili e andando oltre a quanto già previsto – sempre in tema di portabilità – dall'art. 20 del Reg. Ue n. 679/2016 (c.d. RGPD).

In connessione a questo punto, le Autorità ritengono auspicabile l'ingresso sul mercato di **nuovi intermediari dei dati** (c.d. *data broker*) che, su mandato degli utenti, possano negoziare con le piattaforme digitali l'utilizzo commerciale dei dati degli stessi utenti.

Sotto il profilo regolamentare, secondo le Linee Guida, sarebbe possibile prevedere circoscritti interventi regolamentari nel caso in cui l'accesso ai dati vada garantito nell'interesse generale. Ad es., anche al fine di evitare la duplicazione di risorse già disponibili, si potrebbe consentire allo Stato di **accedere a banche dati di imprese private** che siano utili nell'interesse generale (e.g., per ragioni di salute pubblica, ambientali e di sicurezza).

Le Linee Guida fanno altresì riferimento al fatto che, ai sensi della normativa *antitrust*, un'impresa in posizione dominante può essere assoggettata all'obbligo di fornire l'accesso a terzi rispetto a dati che siano indispensabili e non agevolmente duplicabili per salvaguardare la concorrenza in quei mercati in cui l'impresa dominante è attiva.

(iii) *L'utilizzo dei big data*

Le Autorità indicano che il trattamento di *big data* dovrebbe essere effettuato solamente (i) a seguito di una **analisi della natura dei dati oggetto di trattamento** (i.e., se personali o meno), così da individuare il quadro normativo applicabile, nonché (ii) nel caso di utilizzo di dati anonimizzati, previa valutazione circa la possibilità che i singoli individui possano essere poi **identificati** (in ragione dei trattamenti effettuati o dei *dataset* utilizzati). Inoltre, gli operatori del settore pubblico dovrebbero utilizzare i *big data* nel rispetto della normativa sulla protezione dei dati personali, anche attraverso l'ausilio di responsabili della protezione dati.

² Al momento in cui si scrive, il [Regolamento](#) è in attesa di pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

Le Linee Guida invitano altresì Parlamento e Governo ad interrogarsi circa la necessità di promuovere un appropriato quadro normativo inerente la *“piena ed effettiva trasparenza nell’uso delle informazioni personali”*.

(iv) *L’intervento delle Autorità nel settore digitale*

Secondo le Linee Guida, le particolari caratteristiche del settore digitale rendono necessario un adattamento dei poteri e delle modalità di intervento delle Autorità. Ciò sarebbe particolarmente vero con riferimento alla repressione sia delle condotte abusive poste in essere dagli operatori del settore digitale, sia delle intese anticoncorrenziali, entrambe facilitate dall’utilizzo di sempre più sofisticati *software* e algoritmi.

A tal riguardo, a parere delle Autorità, si rende necessario un ripensamento delle **modalità di definizione del mercato rilevante**, anche in ragione della presenza contestuale su più mercati da parte degli operatori digitali. Allo stesso tempo, l’analisi delle condotte potenzialmente anticoncorrenziali dovrebbe affiancare ai canonici parametri, come quelli di prezzo e quantità, ulteriori criteri come **qualità, innovazione ed equità**.

Lo stesso **sistema di controllo delle concentrazioni** dovrebbe essere adattato al fine di permettere alle autorità di concorrenza di esaminare quelle operazioni che, pur collocandosi al di sotto delle attuali soglie di comunicazione preventiva, siano in grado di far venire meno forme di concorrenza potenziale, come nel caso dell’acquisizione di *start-up* particolarmente innovative da parte di imprese già affermate (c.d. *killer acquisition*). È altresì auspicata una modifica dell’attuale *test* di valutazione delle concentrazioni di cui all’art. 6(1) della l. n. 287/90, basato sullo standard della dominanza³, nel senso di adottare un approccio che faccia perno sul più ampio criterio dell’*“impedimento significativo della concorrenza effettiva”* (*substantial impediment of effective competition* o SIEC)⁴.

Le Linee Guida rilevano altresì che l’attuale **massimo edittale per le sanzioni in caso di violazioni delle norme a tutela del consumatore** (pari a EUR 5 milioni) non sarebbe proporzionato rispetto alle grandi dimensioni economiche degli operatori attivi nel settore digitale, essendo quindi auspicabile l’innalzamento di tale limite sanzionatorio. Sempre in tema di normativa consumeristica, le Linee Guida ne ribadiscono la complementarietà, e non l’alternatività, rispetto alla disciplina sulla protezione dei dati personali⁵.

Ai fini di una corretta comprensione del funzionamento dei mercati digitali, è inoltre ritenuto opportuno un rafforzamento dei **poteri di AGCM e AGCom nell’acquisizione di informazioni** al di fuori dei procedimenti istruttori (e.g., in sede pre-istruttoria o nel corso di indagini conoscitive), prevedendo a questo scopo anche la possibilità per le due Autorità di irrogare sanzioni in caso di rifiuto o ritardo delle imprese nel fornire informazioni, così come nel caso vengano fornite informazioni ingannevoli od omissive. L’AGCom fa altresì rilevare l’inidoneità delle attuali forme di autoregolazione delle piattaforme digitali ad assicurare il pluralismo

³ Secondo l’art. 6(1) della l. n. 287/90, l’AGCM è tenuta a vietare le concentrazioni che *“comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole della concorrenza”*.

⁴ Si tratta del criterio adoperato nella valutazione delle concentrazioni da parte della Commissione Ue e cristallizzato all’art. 2(2) del Reg. Ue n. 139/2004 (*“[l]e concentrazioni che ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate incompatibili con il mercato comune”*).

⁵ Sul punto v. AGCM, provv. n. 27432 del 29 novembre 2018, caso PS11112 - *Facebook-Condivisione dati con terzi*.

online e la trasparenza nella selezione dei contenuti, auspicando quindi l'attribuzione di appositi poteri di *audit* e *inspection*.

Le Linee Guida formalizzano infine l'impegno delle Autorità, da un lato, allo svolgimento di attività di *advocacy* al fine di favorire un corretto sviluppo dei mercati digitali e, dall'altro, ad operare in stretta collaborazione nella loro attività di *enforcement* in tali mercati, anche attraverso la conclusione di specifici *memorandum of understanding*.

Conclusioni

Lasciando più ampie riflessioni al momento in cui verrà pubblicato il relativo testo finale, le Linee Guida forniscono comunque degli utili spunti circa le possibili risultanze dell'indagine conoscitiva sui *big data*.

In primo luogo, è chiara la centralità assegnata all'accesso ai dati non solo per il benessere di consumatori e mercati, ma anche sotto più ampio profilo sociale: in tal senso si possono leggere gli inviti ad estendere la portata degli attuali obblighi di portabilità dei dati, così come alla prospettata possibilità per le imprese private di fornire allo Stato accesso alle proprie banche dati. Ci si può quindi attendere che le Autorità dedicheranno sempre maggiore attenzione al settore dei *big data* e alle condotte degli operatori digitali, circostanza peraltro confermata dall'ampio spazio dedicato a queste tematiche dal Presidente dell'AGCM nel corso della [presentazione](#) della [relazione annuale sull'attività svolta nel 2018](#) dalla medesima autorità.

In secondo luogo, è evidente che le Autorità ritengono che i propri strumenti di intervento richiedono un mero adattamento, ma non uno stravolgimento, rispetto alle sfide poste dai mercati digitali. Vero è pure che molti degli adattamenti auspicati nelle Linee Guida necessiteranno di un intervento del legislatore, le cui tempistiche non è detto che siano sempre al passo con la rapidità che caratterizza il settore digitale.

Infine, è sicuramente apprezzabile la volontà delle Autorità di cooperare sinergicamente nella loro attività di *enforcement* nel settore digitale. La combinazione degli strumenti *ex ante* ed *ex post* delle Autorità permetterà di meglio fronteggiare la complessità dell'economia digitale, oltre che evitare interventi confliggenti e fenomeni di doppia sanzione (alla luce del divieto di *ne bis in idem*).

Contatti

Cristoforo Osti

Partner – Chiomenti
T. +39 02 721 571
T. +39 06 46622 335
cristofo.osti@chiomenti.net

Stefania Bariatti

Of Counsel – Chiomenti
T. +39 02 72157 410
stefania.bariatti@chiomenti.net

Emilio Cucchiara

Counsel – Chiomenti
T. +39 02 72157 457
emilio.cucchiara@chiomenti.net

Alessandra Prastaro

Counsel – Chiomenti
T. +39 06 46622 232
alessandra.prastaro@chiomenti.net
