

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

Dipartimento di Giurisprudenza

Laurea magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza



TESI DI LAUREA

Il paradosso dell'imitazione nel diritto della proprietà intellettuale.

Abuso di posizione dominante, concorrenza sleale e piattaforme digitali

Relatore:

Chiar.mo Prof. Avv. Marco Ricolfi

Candidato:

Francesco Rebecchi

Anno accademico 2019 - 2020

INDICE

CAPITOLO I

L'IMITAZIONE NEL DIRITTO DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE

1. Preparando la scena: due parole introduttive sull'imitazione nella <i>digital economy</i>	13
2. L'imitazione nel paradigma tradizionale della proprietà intellettuale: brevetto e diritto d'autore	14
2.1. La filosofia della proprietà intellettuale alla base di brevetto e diritto d'autore	15
2.2. L'attuale analisi economica della proprietà intellettuale	19
3. Imitazione e concorrenza: " <i>Reaping without sowing</i> " v. " <i>Ideas are free as the air to common use</i> "	27
4. L'imitazione nel panorama comparatistico	36
4.1. <i>Common law</i>	38
4.2. <i>Civil law</i>	43
5. L'innovazione nella <i>digital economy</i> richiede più o meno proprietà intellettuale?	48

CAPITOLO II

ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE E PIATTAFORME DIGITALI

SEZIONE I

LE EPOCHE DEL DIRITTO *ANTITRUST*

E L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE NELL'AMBITO ANALOGICO

1. L'evoluzione e la funzione del diritto <i>antitrust</i>	53
1.1. L'evoluzione del diritto <i>antitrust</i> negli Stati Uniti	54
1.1.1. Genesi e primi anni di interpretazione dello Sherman Act. <i>Per se rules v. Rule of Reason</i>	54
1.1.2. <i>Harvard School</i>	58
1.1.3. <i>Chicago School</i>	60
1.1.4. <i>Post-Chicago School</i>	64
1.2. L'evoluzione del diritto <i>antitrust</i> in Europa	67
1.2.1. La concezione ordoliberalista della concorrenza	68
1.2.2. La scuola austriaca (rinvio)	70
1.2.3. La <i>Brussels School</i>	71
1.2.4. La <i>Neo-Brussels School</i> e il <i>more economic approach</i>	72
2. L'abuso di posizione dominante	75
2.1. La nozione di impresa rilevante ai fini del diritto <i>antitrust</i>	77
2.2. Mercato rilevante	80
2.3. Posizione dominante	84
2.3.1. La posizione dominante collettiva	86
2.3.2. Le imprese che operano in regime di monopolio legale	88
2.4. Condotta abusiva	90
2.4.1. La soglia di rilevanza comunitaria	92
2.4.1.1. Pregiudizio al commercio fra gli Stati membri	92
2.4.1.2. Parte sostanziale del mercato interno	94

2.4.2. Gli abusi di sfruttamento	95
2.4.2.1. L'imposizione di prezzi o altre condizioni ingiustificatamente gravosi	96
2.4.2.2. <i>Margin o price squeeze</i>	97
2.4.2.3. <i>Tying contracts e bundling</i>	99
2.4.3. Gli abusi di impedimento	100
2.4.3.1. <i>Exclusionary dealing</i>	101
2.4.3.2. Le pratiche discriminatorie	103
2.4.3.3. Il boicottaggio	103
2.4.3.4. <i>Predatory pricing</i> e comportamenti persecutori	104
2.4.3.5. Il rifiuto di contrarre: <i>essential facility doctrine</i> e DPI	105

SEZIONE II

L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE NELL'AMBITO DIGITALE

1. <i>Digital economy</i> : speranze e timori	111
2. Che cosa sono i <i>big data</i> e le piattaforme digitali?	116
2.1. I <i>big data</i>	116
2.2. Le piattaforme digitali	120
3. Uno sguardo di insieme: la concorrenza ai tempi della <i>digital economy</i>	124
4. E poi arriva il diritto, ma quale? Diritto <i>antitrust</i> , protezione dei dati personali e tutela del consumatore	130
5. Definizione del mercato rilevante	135

5.1. <i>Single v. multi-markets approach</i> e relazione tra i versanti dei <i>multi-sided markets</i>	136
5.2. La <i>free side</i> è un mercato?	143
5.3. <i>SSNIP test</i> e mercati digitali	146
5.3.1. <i>Multi-sided markets</i>	148
5.3.2. <i>Free side</i> e <i>SSNDQ test</i>	151
5.4. Un mercato per i dati per valutare la concorrenza potenziale tra le piattaforme <i>across markets</i>	158
6. Il potere di mercato. Dalle quote di mercato alle barriere all'entrata	161
6.1. Oltre la nozione tradizionale di potere di mercato: <i>competition across markets</i> e manipolazione della domanda	168
7. Una nuova teoria del danno: l'imitazione quale condotta abusiva	170
7.1. Le piattaforme che imitano i loro utenti commerciali: una nuova concezione del <i>margin squeeze</i>	182
7.1.1. Oltre il diritto <i>antitrust</i> : regolazione dei mercati digitali e separazione tra piattaforme e attività economiche nei mercati a valle	188
7.2. Le piattaforme che imitano imprese che non operano nel loro ecosistema	196

SEZIONE III

NUOVI ORIZZONTI DEL DIRITTO *ANTITRUST*

1. L'accesso ai dati come rimedio <i>antitrust ex ante</i>	203
1.1. <i>Digital Single Market</i> . Proprietà vs. accesso	204
1.2. Un DPI sui dati?	208

1.2.1. Le ragioni contro l'introduzione del “ <i>data producer’s right</i> ”. Un’esclusiva di fatto basata su strumenti contrattuali e <i>liability rules</i>	212
1.3. L’accesso ai dati per garantire la concorrenzialità dei mercati digitali	216
1.3.1. L’accesso ai dati per mezzo dell’ <i>essential facility doctrine</i>	218
1.3.2. Il diritto alla portabilità dei dati personali	222
1.3.3. Necessità di una disciplina <i>ad hoc</i> sull’accesso ai dati?	227
2. Piattaforme globali e <i>antitrust</i> territoriali	232
3. Una considerazione conclusiva sulla funzione del diritto <i>antitrust: consumer welfare</i> e limitazione del potere privato nella <i>digital economy</i>	236

CAPITOLO III

PARASSITISMO, IMITAZIONE SERVILE NON CONFUSORIA E PIATTAFORME DIGITALI

SEZIONE I

INTRODUZIONE AL DIRITTO DELLA CONCORRENZA SLEALE E PRINCIPI DELLA CORRETTEZZA PROFESSIONALE

1. Introduzione al diritto della concorrenza sleale: fattispecie e rimedi giurisdizionali	241
1.1. Elementi generali della fattispecie	245
1.2. Rimedi giurisdizionali	249

2. I principi della correttezza professionale: dall'ordinamento corporativo alla lettura normativa	253
3. Gli incerti confini tra diritto della concorrenza sleale e diritto <i>antitrust</i>	261

SEZIONE II

L'IMITAZIONE SERVILE NON CONFUSORIA NEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA SLEALE: LE FATTISPECIE SVILUPPATESI NELL'AMBITO ANALOGICO E LE SFIDE DELLA *DIGITAL ECONOMY*

1. Premessa all'analisi dell'imitazione servile non confusoria nel diritto della concorrenza sleale	269
2. La concorrenza parassitaria dall'interpretazione tradizionale all'orientamento espansivo della recente giurisprudenza di merito	274
2.1. Collocamento sistematico e compatibilità della concorrenza parassitaria con i principi della concorrenza dinamica (rinvio)	281
3. Imitazione e mezzi di ripresa immediata	286
4. Un tentativo di ricostruzione unitaria della concorrenza parassitaria e dell'imitazione tramite mezzi di ripresa immediata alla luce dei principi della concorrenza dinamica	290
5. Imitazione tramite sottrazione di informazioni riservate	300
6. Imitazione servile non confusoria e piattaforme digitali	308
6.1. L'imitazione da parte delle piattaforme digitali delle iniziative di imprese non operanti nell'ecosistema delle prime quale atto di concorrenza parassitaria	311

6.2. L'imitazione da parte delle piattaforme digitali delle iniziative dei loro utenti commerciali tra concorrenza sleale e abuso di dipendenza economica	313
6.2.1. Le potenzialità della disciplina sull'abuso di dipendenza economica (cenni)	316
6.2.2. Il divieto di imitazione servile non confusoria: dal paradigma del “ <i>reaping without sowing</i> ” a strumento per garantire il dinamismo concorrenziale nei rapporti <i>P2B</i>	320
BIBLIOGRAFIA	325

“It ain’t what you don’t know that gets you into trouble. It’s what you know for sure that just ain’t so” – Citazione americana anonima

“[W]hen there is enough evidence, we must be ready to revisit assumptions and theories in light of new facts” – Johannes Christoph Laitenberger (Direttore generale per la Concorrenza presso la Commissione europea dal 2015 al 2019)

CAPITOLO I

L'IMITAZIONE NEL DIRITTO DELLA PROPRIETÀ INTELLETTUALE

SOMMARIO: 1. Preparando la scena: due parole introduttive sull'imitazione nella *digital economy* – 2. L'imitazione nel paradigma tradizionale della proprietà intellettuale: brevetto e diritto d'autore – 2.1. La filosofia della proprietà intellettuale alla base di brevetto e diritto d'autore – 2.2. L'attuale analisi economica della proprietà intellettuale – 3. Imitazione e concorrenza: “*Reaping without sowing*” v. “*Ideas are free as the air to common use*” – 4. Uno sguardo comparatistico – 4.1. *Common law* – 4.2. *Civil law* – 5. L'innovazione nella *digital economy* richiede più o meno proprietà intellettuale?

“*Qui vous a donné les alignemens [...] & en vertu de quoi prétendez-vous être payés à nos dépens d'un travail que nous ne vous avons point imposé?*”¹

1. *Preparando la scena: due parole introduttive sull'imitazione nella digital economy*

Quid iuris quando grandi piattaforme digitali come Amazon, Facebook e Google imitano le idee innovative delle *startup*?² Come è noto, la prima strada che viene imboccata, se tali idee sono protette da un diritto di proprietà intellettuale (DPI)³, è l'azione di contraffazione. Tuttavia, se questo manca la vita dell'imitato si complica notevolmente. In linea di principio, difatti, è opinione diffusa che la concorrenza per

¹ J.J. ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, in *Collection complète des œuvres de J.J. Rousseau, citoyen de Genève*, Genève, 1780-1789, p. 105 disponibile a <https://www.rousseauonline.ch/pdf/rousseauonline-0002.pdf>

² In questo primo paragrafo le note saranno ridotte al minimo, per evitare di anticipare la trattazione successiva.

³ Col termine idee ci si riferisce alle entità riconducibili ai paradigmi del brevetto e del diritto d'autore, i quali mirano a favorire il progresso – rispettivamente – tecnico e culturale. Per circoscrivere il già vasto campo di indagine di questa Tesi, non si analizzeranno invece l'imitazione di segni distintivi e l'imitazione confusoria [art. 2598, n. 1), c.c.], le quali hanno a che fare con il riconoscimento delle imprese operanti sul mercato e la razionalità delle scelte dei consumatori, piuttosto che con l'innovazione.

imitazione (in assenza di privative e di pericolo di confusione) non solo sia ammessa, ma anzi sia un ottimo mezzo di diffusione dell'innovazione e di riduzione dei prezzi. Ciò può dirsi anche per i mercati dominati da grandi piattaforme digitali? È davvero un bene che Amazon, per fare un esempio, imiti i suoi venditori o le *startup* innovative?

Senza anticipare i risultati dell'indagine successiva, basti ora notare che il vantaggio informativo derivante dai *big data* e il potere di mercato senza precedenti delle piattaforme digitali sembrano rimescolare le carte e imporre a sostenitori e avversari dell'imitazione di giocare una nuova mano. In altri termini, l'attuale contesto tecnologico richiede l'individuazione di un nuovo punto di equilibrio tra protezione degli innovatori, da un lato, e libertà della concorrenza, dall'altro. Sbirciando le carte in mano agli avversari dell'imitazione, due possono essere vincenti: l'abuso di posizione dominante e la concorrenza sleale. Mentre la seconda è spesso stata utilizzata per cercare di bloccare l'imitazione di idee non coperte da privative, la prima non è stata ancora giocata. Cionondimeno, essendo l'imitazione delle piattaforme idonea a pregiudicare la concorrenzialità dei mercati digitali⁴, parrebbe essere giunto il momento di guardare alla condotta in esame anche attraverso le lenti del diritto della concorrenza. Ma non corriamo troppo. Prima di analizzare le risposte del diritto *antitrust* e del diritto della concorrenza sleale a questi contegni imitativi delle piattaforme digitali, occorre fare un passo indietro per esaminare le tradizionali giustificazioni della protezione contro l'imitazione.

2. L'imitazione nel paradigma tradizionale della proprietà intellettuale: brevetto e diritto d'autore

Per comprendere la risposta del diritto della proprietà intellettuale all'imitazione delle idee non protette da privative, è necessario anzitutto avere in mente le ragioni per cui i DPI vietano l'imitazione. Prendendo le mosse dal paradigma classico della

⁴ Si consideri che, come meglio si vedrà nel prosieguo, in India, è stato addirittura fatto divieto alle piattaforme di *e-commerce* straniere di vendere i propri prodotti sulla piattaforma (v. *infra*, Capitolo II, Sezione II, paragrafo 7.1.1.).

proprietà intellettuale⁵, è opinione ampiamente diffusa – almeno in teoria⁶ – che i DPI siano dei “*liberty-intruding privileges*”⁷ che rispecchiano un certo equilibrio tra interesse pubblico alla creazione e diffusione delle idee innovative nell’ambito tecnico (brevetto) e culturale (diritto d’autore), da una parte, e interesse dell’inventore o dell’autore, dall’altra. Dal momento che i criteri che hanno guidato l’interprete e il legislatore in questo bilanciamento non sono rimasti immutati durante la storia, pare opportuno dar brevemente conto delle ragioni per cui brevetto e diritto d’autore sono stati introdotti.

2.1. *La filosofia della proprietà intellettuale alla base di brevetto e diritto d’autore*

Il primo embrione di una normativa generale in materia di brevetti per invenzioni è da rinvenirsi nello Statuto dei brevetti veneziano del 1474, il quale aveva come obiettivo più il trasferimento e la rivelazione di tecnologie straniere, che la creazione di nuove⁸. Nel *common law*, invece, la tutela brevettuale fu introdotta solo all’inizio

⁵ Questo paradigma si basa sulla Convenzione di Parigi del 1883 (brevetti, disegni e modelli, marchi e altri segni distintivi d’impresa e lealtà della concorrenza) e di Berna del 1886 (diritto d’autore). Per una sintesi, v. J.H. REICHMAN, *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, in 94 *Columbia Law Review* 2448-2453 (1994).

⁶ A causa dell’estensione dell’ambito di applicazione di brevetto e diritto d’autore e della proliferazione di *legal hybrids* (c.d. *deriva protezionistica*) il classico equilibrio tra interessi proprietari e interesse pubblico alla diffusione delle idee innovative sembra essersi spostato a favore dei primi, v. J.H. REICHMAN, *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, cit., il tema è trattato lungo tutto l’articolo, in particolare 2500-2504 e, per una sintesi, v. M. RICOLFI, *La tutela della proprietà intellettuale: fra incentivo all’innovazione e scambio ineguale*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, pp. 511-524.

⁷ P. DRAHOS, *A philosophy of intellectual property*, Dartmouth, Aldershot (UK) – Brookfield (WI, USA), 1996 disponibile a <https://press-files.anu.edu.au/downloads/press/n1902/pdf/book.pdf>, pp. 7 e 231-265.

⁸ L’inventore o importatore aveva così una protezione contro le imitazioni per dieci anni, v. P. DAVID, *Intellectual Property Institutions and the Panda’s Thumb: Patents, Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History*, in M.B. WALLERSTEIN – M.E. MOGEE – R.A. SCHOEN (a cura di), *Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology*, National

del XVII secolo⁹. Per la precisione, già durante il medioevo la Corona inglese conferiva monopoli – di durata di volta in volta diversa – per svariate attività, perlopiù al fine di far fronte alle proprie esigenze fiscali. Tuttavia, con l’ascesa del ceto imprenditoriale e del movimento parlamentare, l’arbitrarietà dell’utilizzo di questo strumento da parte della Corona fu sempre più criticata¹⁰ e, nel 1602, arrivò al vaglio della Queen’s Bench nel celebre *Case of Monopolies*¹¹. In questo caso, i monopoli – salvo quelli aventi a oggetto invenzioni o importazioni di invenzioni straniere nel Regno¹², purché concessi per un periodo ragionevole – furono ritenuti contrari al libero commercio e al valore morale e religioso del lavoro¹³. E poco più di vent’anni dopo, lo Statute of Monopolies (1623)¹⁴ confermò questa conclusione, dichiarando nulli tutti monopoli, fatta eccezione per i brevetti per invenzione di durata non superiore a 14 anni. A ogni modo, a differenza dell’evoluzione giuridica e

Academy Press, Washington, D.C., 1993, pp. 46-47. Si noti, peraltro, che già nel XIV secolo il sovrano concedeva privilegi agli importatori di tecnologie straniere, v. *Ibidem*, p. 45.

⁹ Per una sintesi della genesi della tutela brevettuale nel *common law*, v. P. DAVID, *Intellectual Property Institutions*, cit., pp. 47-50 e P. DRAHOS, *A philosophy of intellectual property*, cit., pp. 40-45.

¹⁰ Mentre la *Magna Charta* proteggeva le libertà negative dei cittadini, i monopoli confliggevano con la libertà di esercitare determinate attività economiche, v. P. DRAHOS, *A philosophy of intellectual property*, cit., p. 41.

¹¹ *Darcy v. Allen* (1602) Noy 173, 74 E.R., 1131. In questo caso, Allen aveva venduto carte da gioco quando solo Darcy aveva il diritto di venderle e importarle nel Regno in virtù di un monopolio che gli era stato concesso dalla Corona.

¹² È opinione diffusa che, alle sue origini, la tutela brevettuale fosse finalizzata più al trasferimento di tecnologie e attività economiche all’interno del Regno che, come oggi, all’incentivo al progresso tecnico, v. P. DRAHOS, *A philosophy of intellectual property*, cit., pp. 42-43 e P. DAVID, *Intellectual Property Institutions*, cit., pp. 45-47.

¹³ Il monopolio non contrastava solo con la libertà negativa ma anche – e soprattutto – con la religione. Più precisamente, il monopolio era considerato un ostacolo alla realizzazione del disegno di Dio, in quanto impediva all’uomo di lavorare e, dunque, di svolgere il proprio ruolo nel disegno divino. Per questa ragione, il monopolio fu ritenuto peccaminoso (per via del suo carattere speculativo fu ricondotto all’usura), v. P. DRAHOS, *A philosophy of intellectual property*, cit., pp. 43-44.

¹⁴ *Statute of Monopolies* 1623, disponibile a <http://www.legislation.gov.uk/aep/Ja1/21/3/contents>

filosofica inglese in materia di proprietà¹⁵, il diritto di brevetto non fu ritenuto un diritto naturale a raccogliere i frutti del proprio lavoro ma, per via del suo impatto sull'altrui libertà, un privilegio da bilanciare con l'interesse pubblico alla libertà del commercio e alla diffusione delle idee innovative¹⁶.

Passando al diritto d'autore, le prime tracce di questa disciplina si possono rinvenire nella legge veneziana del 1544-1545¹⁷, per cui un libro, per essere stampato, necessitava della presentazione dell'autorizzazione dell'autore o dei suoi eredi all'Università di Padova. A ben vedere, l'interesse alla base di questa disciplina, più che l'incentivo alla creazione di opere culturali, era impedire la diffusione di opere eretiche attraverso la censura¹⁸. Analogamente, in Inghilterra la regina Mary Tudor attribuì nel 1557 alla *England's Stationers Company* il monopolio sulla stampa dei libri al fine di combattere il diffondersi di opere eretiche e sediziose¹⁹. Ancora una volta però la concezione del monopolio mutò per via del cambiamento sociale e culturale e, con lo Statute of Anne (1709-10)²⁰, venne conferito all'autore il diritto

¹⁵ Come è noto, il pensiero dei giusnaturalisti inglesi, in generale, e di John Locke, in particolare, sono fondamentali al riguardo. Per un'approfondita analisi della (in)compatibilità della concezione lockiana della proprietà con il diritto della proprietà intellettuale, v. P. DRAHOS, *A philosophy of intellectual property*, cit., pp. 47-83.

¹⁶ Il punto è chiarito direttamente dallo *Statute of Monopolies*, v. *Ibidem*, p. 44. Tuttavia, nella Rivoluzione francese si arrivò al risultato opposto. La legge che istituì il sistema brevettuale del 1791 affermava, difatti, che la proprietà intellettuale è espressione del diritto naturale ai frutti del proprio lavoro. Criticando questa soluzione, Thomas Jefferson mirabilmente affermò che “[i]nventions [...] cannot in nature be a subject of property. Society may give an exclusive right to the profits arising from them as an encouragement to men to pursue ideas which may produce utility [...] [when it is] worth to the public the embarrassment of an exclusive patent”, v. T. JEFFERSON, *Thomas Jefferson to Isaac McPherson, 13 August 1813* disponibile a <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/03-06-02-0322>

¹⁷ Questa disciplina non superava però il sistema dei privilegi e, nel 1548-1549, venne istituita una corporazione per gli stampatori e venditori di libri, v. P. DAVID, *Intellectual Property Institutions*, cit., p. 52.

¹⁸ *Ibidem*, p. 52.

¹⁹ *Ibidem*, p. 53 e P. DRAHOS, *A philosophy of intellectual property*, cit., p. 30.

²⁰ *Act of Anne 8 Anne, c. 19 (1710)* disponibile a https://avalon.law.yale.edu/18th_century/anne_1710.asp

esclusivo di stampare opere non stampate o pubblicate in precedenza per 21 anni, “for the encouragement of learned men to compose and write useful books”²¹. Nonostante l’innovatività di questa disciplina – in particolare il suo fondamento sull’incentivo al progresso culturale, anziché sul controllo delle idee tramite la censura – fu la giurisprudenza a voltare definitivamente pagina rispetto al regime precedente²². Più precisamente, dopo l’entrata in vigore della normativa in esame, alla giurisprudenza fu chiesto di determinare se in *common law* l’autore restasse “proprietario” della sua opera anche decorso il periodo di 21 anni di tutela previsto dallo Statute of Anne. Ai nostri fini, anche se il problema fu risolto dalla House of Lords nel 1774 nel caso *Donaldson v. Beckett*²³ – nel senso che la tutela dell’autore è solo quella prevista dallo Statute of Anne –, è più interessante il caso *Millar v. Taylor* deciso dalla King’s Bench nel 1769²⁴, dove venne analizzata nel dettaglio la giustificazione del *copyright*. In questo caso, tre dei quattro giudici del collegio rinvennero nel *common law* un diritto dell’autore più ampio di quello previsto dallo Statute of Anne sulla base di tre diverse giustificazioni: i) giustizia; ii) incentivo alla creazione; e iii) diritto naturale²⁵. Molto brevemente, Mansfield CJ (*Chief Justice*) ritenne che “it is just, that an author should reap the pecuniary profits of his own ingenuity and labour. It is just, that another should not use his name, without his consent”²⁶. Su un altro piano, Willes J (*Justice*) ricordò anche che “[i]t is wise in any state, to encourage letters, and the painful researches of learned men. The easiest and most equal way of doing it, is, by securing to them the property of their own works”²⁷. Infine, Aston J sottolineò che, essendo l’opera il frutto del lavoro dell’autore, questo ne diventa proprietario per diritto naturale e, dunque, l’opera

²¹ Preambolo e § I Statute of Anne.

²² Per un’analisi del dibattito giurisprudenziale inglese, v. P. DRAHOS, *A philosophy of intellectual property*, cit., pp. 32-39.

²³ *Donaldson v. Beckett* (1774) 4 Burr. 2408, 98 E.R. 257.

²⁴ In questo caso, Millar – autore della poesia “*The Seasons*” – convenne in giudizio Taylor per aver stampato quest’opera senza autorizzazione, nonostante il periodo di tutela previsto dallo Statute of Anne fosse già decorso, v. *Millar v. Taylor* (1769) 4 Burr. 2303, 98 E.R. 201.

²⁵ P. DRAHOS, *A philosophy of intellectual property*, cit., pp. 33-34.

²⁶ *Millar v. Taylor*, cit., 252.

²⁷ *Ibidem*, 218.

“unless clearly rendered common by his own act and full consent, it ought still to remain his”²⁸. L’argomento giusnaturalista, tuttavia, supporta anche la conclusione opposta. Infatti, partendo dal diritto naturale come Aston J, Yates J affermò nella sua *dissenting opinion* che, nonostante la giustizia richieda di tutelare l’autore, essendo la “publication [...] a gift to the public” e non potendo le idee essere oggetto di appropriazione come i beni materiali, la protezione prevista dallo Statute of Anne è sufficiente a tal fine²⁹.

Tirando le somme, l’evoluzione in materia di *copyright* – e soprattutto la *dissenting opinion* di Yates J – appena ricostruita può essere utilizzata in generale per chiarire la giustificazione della proprietà intellettuale alle sue origini³⁰. Il diritto della proprietà intellettuale si fondava sull’importanza del lavoro nella religione cristiana e della libertà negativa garantita dalla *Magna Charta*. Più precisamente, da un lato, la morale cristiana imponeva di tutelare i frutti del lavoro dell’inventore o autore, dall’altro però, questa tutela non poteva confliggere con l’altrui libertà economica – che trovava il suo fondamento non solo nella religione, ma anche nella *Magna Charta*³¹. Nonostante le giustificazioni siano diverse da quelle attualmente prevalenti, una cosa era già chiara: siccome i DPI condizionano l’altrui libertà in modo maggiore del diritto di proprietà su beni materiali, essi non sono dei diritti naturali, ma dei privilegi da bilanciare con l’interesse generale.

2.2. L’attuale analisi economica della proprietà intellettuale

²⁸ *Ibidem*, 221. Nonostante il riferimento alla teoria della proprietà di Locke sembri evidente, l’unica volta che Aston J cita questo Autore dichiara tale teoria inapplicabile alle opere letterarie, v. *Ibidem*, 220-221.

²⁹ *Ibidem*, 233.

³⁰ P. DRAHOS, *A philosophy of intellectual property*, cit., p. 34.

³¹ *Ibidem*, pp. 45-46, dove si legge che “[i]nventors and authors, like others, laboured and were entitled to a reward, but the reward which they could be given consistently with God’s design was no more than a temporary privilege. Anything more would be too great an interference with the labour of others and therefore against the law of God and the fundamental laws of the realm” (p. 45).

A ogni modo, l'attuale fondamento del diritto della proprietà intellettuale non è più quello "filosofico" delle origini, ma si è passati alla più precisa analisi economica³². In quest'ottica, le informazioni – quali le invenzioni e le opere dell'ingegno – sono da qualificarsi *public goods*, cioè dei beni difficilmente escludibili in assenza di intervento normativo, non rivali nel consumo e caratterizzati da elevati costi fissi³³ di produzione e bassi costi marginali³⁴ di produzione e distribuzione³⁵. Il che permette ai concorrenti di appropriarsi agevolmente delle informazioni altrui – per esempio di un'opera letteraria – così beneficiando degli investimenti effettuati dall'inventore o autore (c.d. *free riding*) e creando un disincentivo alla produzione di informazioni. D'altronde, perché spendere per sviluppare un'idea innovativa quando la si può copiare? Com'è evidente, in questo scenario, in assenza di una specifica protezione giuridica, il libero mercato non è in grado di assicurare un'efficiente produzione di informazioni e ci si trova, dunque, davanti a una c.d. *market failure*³⁶. Ebbene, per

³² Per tutti, v. W.M. LANDES – R.A. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA, USA) – London, 2003, p. 4. Più precisamente, lo strumentario utilizzato è quello dell'analisi economica della proprietà. Nonostante l'utilità di questo approccio, si deve prestare particolare attenzione alle differenze tra informazioni e beni materiali – primo tra tutti il fatto che la scarsità delle risorse è il punto di partenza nell'analisi dei secondi, mentre è creata artificialmente per le prime – v. *Ibidem*, p. 36. Inoltre, il diritto di proprietà non è l'unico ramo del diritto che presenta un'analogia con quello della proprietà intellettuale, v. M.A. LEMLEY, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, in 83 *Texas Law Review* 1069-1075 (2005).

³³ Per costi fissi si intendono tutti i costi che non variano al variare della quantità del bene o servizio prodotto o venduto, per esempio il canone di affitto per i locali commerciali dell'impresa.

³⁴ Per costo marginale si intende il costo per produrre o distribuire un'unità addizionale di un bene o servizio, per esempio il costo delle materie prime.

³⁵ Per la precisione, le informazioni differiscono dagli altri *public goods* sotto due punti di vista. Esse hanno un contenuto non conoscibile a priori e hanno natura relazionale (cioè un'informazione spesso si fonda su un'altra), v. P. DAVID, *Intellectual Property Institutions*, cit., p. 28.

³⁶ Questa è la principale giustificazione dei DPI, per tutti, v. M.A. LEMLEY, *Ex Ante Versus Ex Post Justifications for Intellectual Property*, in 71 *The University of Chicago Law Review* 129-130 (2004). Il concetto di *free riding* è stato preso in prestito dall'analisi economica del diritto di proprietà. Al riguardo, particolarmente nota – ma non esente da critiche – è la "*Tragedy of the Commons*", per cui l'accesso incontrollato a una risorsa comune (*commons*) spesso porta al suo sovra-sfruttamento e, nel

far fronte a questo fenomeno, l'ordinamento ha introdotto dei *property rights*³⁷ sulle informazioni (i DPI)³⁸, così internalizzando le esternalità prodotte da un'informazione nel titolare del DPI³⁹, il quale potrà così escludere i concorrenti e trasferire liberamente il diritto ai soggetti che lo valutano di più⁴⁰.

peggiore dei casi, al suo esaurimento per via del *free riding* dei *commoners* – cioè lo sfruttamento del bene senza investire nella sua cura e miglioramento. La soluzione a questa *market failure* può essere l'intervento pubblico oppure l'introduzione di *property rights*, v. G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in 162 *Science* 1243 (1968).

³⁷ Non si tratta dell'unica strada percorribile. Accanto alla “P” di *property*, difatti, vi sono anche quelle di *patronage* e *procurement*. “*Patronage stands for the system of awarding publicly financed [...] subsidies to private individuals and organizations engaged in intellectual discovery and invention, in exchange for full public disclosure of their creative achievements [, while] [p]rocurement is associated with government’s contracting for intellectual work, the products of which it will control and devote to public purposes*”, v. P. DAVID, *Intellectual Property Institutions*, cit., pp. 27 e 29, la citazione è tratta da p. 29. Per esempio, il primo è diffuso nella ricerca universitaria, mentre il secondo in quella legata alla difesa.

³⁸ Nonostante oggi sia evidente, per via della differenza degli interessi coinvolti e della delicatezza del bilanciamento tra *property rights* e libera concorrenza, l'ordinamento prevede diversi DPI, anziché un unico diritto di proprietà intellettuale, v. W.M. LANDES – R.A POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, cit., p. 24. In passato, non è sempre stato così. Per esempio, il *South Carolina’s Act for the Encouragement of Arts and Sciences* (1784) sostanzialmente equiparava la disciplina del brevetto e del *copyright*, v. P. DAVID, *Intellectual Property Institutions*, cit., p. 49.

³⁹ H. DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights*, in 57 *The American Economic Review* 348 in particolare (1967), dove si legge che “[a] *primary function of property rights is that of guiding incentives to achieve a greater internalization of externalities*”. Detta semplicemente, per esternalità si intendono gli effetti che l'uso di una risorsa ha sui terzi. Se questi effetti sono positivi si avrà un'esternalità positiva – come il valore che un edificio di particolare pregio architettonico porta al quartiere in cui è sito – se negativi, invece, si tratterà di esternalità negative – si sostituisca l'edificio di pregio dell'esempio precedente con uno fatiscente. Nel caso delle informazioni, il fatto che queste siano appropriabili dai concorrenti senza impedire l'altrui uso rappresenta un'esternalità positiva, che viene (in parte) internalizzata per mezzo dei DPI.

⁴⁰ W.M. LANDES – R.A POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, cit., p. 12. In ogni caso, in presenza di costi transattivi, “*property rights develop to internalize externalities when the gains of internalization become larger than the cost of internalization*”, v. H. DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights*, cit., 350.

Nonostante questa scelta presenti degli indubbi vantaggi per la produzione e diffusione delle informazioni, essa ha anche dei costi non trascurabili. Andando con ordine, i vantaggi si dividono in due categorie: i) benefici dinamici; e ii) benefici statici⁴¹. I primi sono i più evidenti. I DPI, difatti, permettendo al loro titolare di escludere i concorrenti, incentivano la creazione di nuove informazioni. Al contrario, la concorrenza, abbassando il prezzo del bene o servizio che incorpora l'informazione verso il suo costo marginale – che, come detto, di norma è basso per i *public goods* – impedirebbe all'inventore o autore di recuperare il proprio investimento e, dunque, ostacolerebbe la creazione delle idee e l'innovazione sul mercato in questione. Dal punto di vista statico, invece, i *property rights* – eliminando la necessità di contrattare con tutti i concorrenti per impedire il *free riding* – riducono sensibilmente i costi transattivi e permettono la creazione di un mercato per i DPI, in cui questi sono liberamente trasferibili ai soggetti che più li valutano⁴².

D'altro canto, l'eventuale imprecisione di un regime di *property rights* minaccerà di giungere al risultato opposto. Più precisamente, l'incertezza giuridica si rifletterà in maggiori costi di transazione⁴³ (inefficienza statica) e in un disincentivo al

⁴¹ Per un'analisi dei benefici dinamici e statici dei DPI, v. W.M. LANDES – R.A POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, cit., pp. 12-16. Per un'esposizione dei concetti di efficienza statica e dinamica si rimanda a *infra*, Capitolo II, Sezione I, paragrafo 1.1.3. Basti ora affermare che la prima è costituita dalla riduzione dei prezzi e dell'aumento della quantità dei beni, mentre la seconda è legata all'innovazione.

⁴² Una volta attribuiti dall'ordinamento, i *property rights* circolano liberamente e il loro valore è stabilito dal mercato, v. G. CALABRESI – D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in 85 *Harvard Law Review* 1092 (1972) e W.M. LANDES – R.A POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, cit., pp. 12-13, dove si legge che “[r]educing transaction costs is the very *raison d'être* of property rights”. Come si vedrà trattando del c.d. *data producer's right*, la certezza del traffico giuridico derivante da una chiara distribuzione dei *property rights* è il principale argomento dei sostenitori di questo diritto (v. *infra*, Capitolo II, Sezione III, paragrafo 1.2.).

⁴³ W.M. LANDES – R.A POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, cit., p. 16, dove si legge “[t]ransaction costs tend to be high in the case of intellectual property [...]. The reason is the frequent difficulty of identifying such property because by definition it has no unique physical site”.

miglioramento dell'idea protetta dal DPI da parte di soggetti diversi dall'inventore o autore (inefficienza dinamica)⁴⁴. Ma anche in presenza di un'ottima normativa in materia, non si può trascurare che i DPI sono pur sempre dei monopoli e, dunque, i prezzi dei beni che incorporano le informazioni protette non saranno concorrenziali, ma monopolistici (c.d. *deadweight losses*) – *i.e.* più alti⁴⁵. E similmente, la società in generale dovrà sopportare una parte dei costi della protezione di questi diritti⁴⁶, per esempio quelli legati all'istituzione di sezioni specializzate degli organi giurisdizionali e apparati amministrativi come, in Italia, la Società Italiana degli Autori ed Editori (SIAE) e l'Ufficio Italiano Brevetti e Marchi (UIBM). Dal punto di vista dell'efficienza dinamica poi, siccome le idee spesso si basano su idee precedenti, i DPI possono ostacolare la futura innovazione dei concorrenti⁴⁷. Infine, la forte tutela dei DPI incoraggia il *rent seeking*⁴⁸ e probabilmente l'eccessivo investimento in questi mercati, a danno di altri settori produttivi⁴⁹.

Come è evidente allora, è necessario raggiungere un equilibrio tra libertà di concorrenza e *property rights*, dimodoché questi ultimi non rappresentino un vantaggio solo per i loro titolari, ma per la società in generale. Mentre, come detto nel paragrafo precedente, alle origini del diritto della proprietà intellettuale l'importanza di questo bilanciamento era chiara, anche se gli strumenti economici per effettuarlo non lo erano altrettanto, oggi si rischia di arrivare al risultato opposto⁵⁰. Come dimostrato dal fenomeno della deriva protezionistica, difatti,

⁴⁴ M.A. LEMLEY, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, cit., 1060-1061.

⁴⁵ *Ibidem*, 1059-1060.

⁴⁶ *Ibidem*, 1064 e W.M. LANDES – R.A POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, cit., pp. 18-19.

⁴⁷ M.A. LEMLEY, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, cit., 1060-1061.

⁴⁸ Il che non crea solo delle “corse” per ottenere DPI (per esempio, le c.d. “*patent races*”), ma, in modo più preoccupante, spinge i soggetti coinvolti in queste corse a chiedere una tutela sempre più ampia e forte della proprietà intellettuale, v. *Ibidem*, 1062-1063.

⁴⁹ *Ibidem*, 1064-1065 e W.M. LANDES – R.A POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, cit., pp. 22-23.

⁵⁰ M.A. LEMLEY, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, cit., 1032, che afferma che se l'analisi economica del diritto portasse a identificare l'obiettivo del diritto della proprietà intellettuale con l'eliminazione del *free riding*, “[w]e [would be] *better off with the traditional utilitarian*

l'attenzione dell'analisi economica al problema del *free riding* rischia di concentrare eccessivamente l'attenzione sull'internalizzazione delle esternalità prodotte da un'informazione⁵¹, così trascurando l'importanza della libertà di imitazione – e dunque di concorrenza – in un'economia di mercato⁵². Il che peraltro non è solo estremamente difficile da realizzare, ma non è neanche l'obiettivo del diritto di proprietà. O meglio, solo in presenza della *Tragedy of the Commons* si tende all'internalizzazione di tutte le esternalità, dimodoché il *free riding* non esaurisca la risorsa⁵³. Tuttavia, siccome tale tragedia non può prodursi per le informazioni – che, in quanto *public goods*, non sono rivali nel consumo – si deve ricordare che l'internalizzazione delle esternalità positive non è un fine in sé⁵⁴, ma è efficiente solo nella misura in cui sia necessaria per recuperare gli investimenti effettuati e un

explanation for intellectual property, because it at least attempts to strike an appropriate balance between control by inventors and creators and the baseline norm of competition”.

⁵¹ Per un esempio di questo atteggiamento, v. F.H. EASTERBROOK, *Intellectual Property is Still Property*, in 13 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 112 e 118 (1990), dove si afferma che, siccome “[o]ld rhetoric about intellectual property equating to monopoly seemed to have vanished, replaced by a recognition that a right to exclude in intellectual property is no different in principle from the right to exclude in physical property [...] [, e]xcept in the rarest case, we should treat intellectual and physical property identically in the law – which is where the broader currents are taking us”.

⁵² All'importanza dell'imitazione – nel diritto della proprietà intellettuale, il termine *free riding* non è altro che un'accattivante accezione negativa dell'imitazione – sarà dedicato il paragrafo successivo, basti ora rimandare, per tutti, all'ottima analisi di M.A. LEMLEY, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, cit., dove l'Autore critica l'eccessivo utilizzo dell'analisi economica del *free riding* nel diritto della proprietà intellettuale. A scanso di equivoci, l'applicazione dell'analisi economica del diritto di proprietà ai beni immateriali non è l'unica ragione per cui il protezionismo sta andando alla deriva. Questo fenomeno è, difatti e soprattutto, supportato da un giudizio politico, v. *Ibidem*, 1046.

⁵³ Per una sintesi, v. *Ibidem*, 1048-1050. Dove si ricorda anche che le esternalità positive sono ovunque e, dunque, sono impossibili da internalizzare completamente. Per esempio, “[i]f I plant beautiful flowers in my front lawn, I don't capture the full benefit of those flowers – passers-by can enjoy them too. But property law doesn't give me a right to track them down and charge them for the privilege” (1048).

⁵⁴ Per tutti, v. W.J. GORDON, *On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse*, in 78 *Virginia Law Review* 167 (1992), dove si legge che “[a] culture could not exist if all *free riding* were prohibited within it”.

ragionevole profitto⁵⁵. Insomma, nonostante la precisione dell'analisi economica sia certamente utile per la comprensione e interpretazione del diritto della proprietà intellettuale, non si deve dimenticare che, in un'economia di mercato, la regola generale resta pur sempre la libertà di imitazione e di concorrenza⁵⁶.

Questa è una sintesi dell'analisi economica della principale funzione dei DPI. Prima di passare oltre, è bene notare brevemente che alla deriva (protezionistica) sono state avvistate altre due giustificazioni per questi diritti: i) incentivo al miglioramento e diffusione di creazioni esistenti; e ii) controllo sull'eccessivo sfruttamento di una risorsa⁵⁷. A ben vedere, entrambe sembrano difficili da conciliare con i principi alla base dell'economia di mercato. Per quanto riguarda la prima, essa si basa sull'assunto che l'inventore o autore sia in una posizione migliore rispetto ai concorrenti per migliorare e diffondere la propria invenzione od opera dell'ingegno. Il che, salvo i casi in cui il controllo sui miglioramenti sia parte necessaria

⁵⁵ A ogni modo, anche in questi casi non è richiesta la completa internalizzazione, ma solo quella necessaria per recuperare investimento e ragionevole profitto, v. M.A. LEMLEY, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, cit., 1057. Inoltre, sul livello di protezione necessario a tal fine non vi è concordia neanche tra gli economisti. Per un celebre esempio, v. F. MACHLUP, *An Economic Review of the Patent System, Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary*, 1958, p. 80 disponibile a https://cdn.mises.org/An%20Economic%20Review%20of%20the%20Patent%20System_Vol_3_3.pdf dove si legge che “[i]f one does not know whether a system “as a whole” (in contrast to certain features of it) is good or bad, the safest “policy conclusion” is to “muddle through”—either with it, if one has long lived with it, or without it, if one has lived without it”.

⁵⁶ Come mirabilmente affermato da Louis Brandeis, “[t]he general rule of law is that [...] ideas [...], after voluntary communication to others, [are] free as the air to common use”, v. J. BRANDEIS, *Dissenting opinion in International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 250 (1918). Più recentemente, per tutti, v. M.A. LEMLEY, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, cit., 1031.

⁵⁷ Mentre la giustificazione tradizionale della proprietà intellettuale come incentivo all'innovazione opera *ex ante* (i DPI cioè influenzano un comportamento precedente al loro venir in essere), queste due nuove giustificazioni operano *ex post* (i DPI influenzano cioè un comportamento successivo al loro venir in essere). Al riguardo, v. l'ottima analisi di M.A. LEMLEY, *Ex Ante Versus Ex Post Justifications*, cit.

dell'incentivo alla creazione⁵⁸, contrasta con l'assunto per cui, in linea di principio, è la concorrenza – non il monopolio – a garantire l'efficienza del mercato⁵⁹. Inoltre, questa teoria sembra difficile da conciliare col carattere temporalmente limitato dei DPI⁶⁰. Infatti, se questi incentivassero il miglioramento e la diffusione di idee già esistenti da parte dei titolari di una privativa, una tutela ottimale sarebbe illimitata nel tempo.

Per quanto riguarda poi la seconda teoria in esame, questa ritiene il controllo sull'informazione derivante dai DPI necessario per prevenire uno scenario di sovrasfruttamento dell'informazione simile a quello ipotizzato dalla *Tragedy of the Commons*. Tuttavia, siccome quest'ultima non si può produrre per i *public goods*, i sostenitori di tale teoria prendono in considerazione la riduzione del valore dell'informazione derivante dal suo sfruttamento eccessivo. Il che tuttavia, lungi dall'essere un fenomeno patologico, rappresenta la fisiologia dei mercati concorrenziali, dove i prezzi tendono al costo marginale⁶¹. Pertanto, è vero che la concorrenza riduce il valore dell'informazione – e conseguentemente il suo creatore

⁵⁸ Secondo la c.d. *Prospect Theory* il sistema brevettuale incoraggia l'innovazione successiva all'ottenimento del diritto di brevetto, v. E.W. KITCH, *The Nature and Function of the Patent System*, in 20 *Journal of Law and Economics* 265 (1977). Questa teoria è stata ritenuta valida da parte della dottrina nel settore farmaceutico, ma è stata compresa – anziché in opposizione al – come parte del tradizionale incentivo (*ex ante*) all'innovazione, v. D.L. BURK – M.A. LEMLEY, *Policy Levers in Patent Law*, in 89 *Virginia Law Review* 1600-1604 e 1675-1687 (2003).

⁵⁹ Il punto è stato analizzato, da M.A. LEMLEY, *Ex Ante Versus Ex Post Justifications*, cit., 135-141.

⁶⁰ Non è un caso, difatti, che questa teoria sia stata posta alla base del prolungamento della durata del diritto d'autore a 70 anni dalla morte dell'autore, v. *Ibidem*, 131 e 133-135. I sostenitori del prolungamento del *copyright* hanno affermato che “[o]nce a work entered the public domain, [...] it was an “orphan” and no one had any incentive to care for it” (134). Tale estensione è stata prevista prima nell'UE, dall'art. 1 Dir. CE 93/98 (“*harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights*”) e poi negli Stati Uniti dalla Sec. 102 *Sonny Bono Copyright Term Extension Act (CTEA)* del 1998.

⁶¹ Il punto è stato sottolineato da M.A. LEMLEY, *Ex Ante Versus Ex Post Justifications*, cit., 144, dove si ricorda che “[e]conomists have a term for markets in which different providers keep selling goods with less and less value until the point is reached where it would cost more to produce a good than the public is willing to pay for it. We call such a market “perfectly competitive”, and we have thought for at least three centuries (since Adam Smith) that it is a good thing”.

potrà trarne meno profitto – ma ciò ha un impatto positivo sulla società in generale, dal momento che in tal modo si diffondono le informazioni⁶². Inoltre, come nel caso precedente, anche questa giustificazione mal si attaglia con la limitatezza temporale dei DPI⁶³. Infatti, in quest’ottica, il venir meno del DPI minaccerebbe il sovrasfruttamento dell’informazione.

In conclusione, mi sembra che entrambe tali giustificazioni *ex post*, complice un impiego eccessivo dell’analisi economica del diritto di proprietà⁶⁴, confondano il contenuto della tutela approntata dai DPI con la loro giustificazione. È vero, difatti, che inventori e autori hanno il diritto di escludere i concorrenti dallo sfruttamento dell’informazione oggetto della privativa – per un periodo limitato – ma questo è il metodo con cui e non la ragione per cui si protegge la proprietà intellettuale. Insomma, lasciando il posto della classica concezione della proprietà intellettuale come incentivo all’innovazione, le giustificazioni *ex post* di cui si è dato brevemente conto navigano nelle acque della deriva protezionista, che spesso considera i DPI come un mezzo per internalizzare tutte le esternalità – così da attribuire alle imprese tutto il valore prodotto dalle loro idee – e, in ultima analisi, eliminare il *free riding*.

3. *Imitazione e concorrenza*: “Reaping without sowing” v. “Ideas are free as the air to common use”

Passando all’altro lato della medaglia della proprietà intellettuale, il periodo di monopolio assicurato dai DPI incentiva inventori e autori a uscire dalla segretezza, dimodoché – scaduto tale periodo – l’informazione cada nel pubblico dominio e

⁶² *Ibidem*, 144-148, dove si analizza anche l’argomento di W.M. LANDES – R.A. POSNER, *Indefinitely Renewable Copyright*, in 70 *University of Chicago Law Review* 486-488 (2003) per cui la creazione di un’opera derivata non autorizzata rischierebbe di ridurre la domanda delle opere basate sull’originale (originale incluso). Mark Lemley ammette che questo fenomeno potrebbe avvenire, ma non lo considera sufficiente per giustificare un DPI. Inoltre, una simile giustificazione – per il diritto d’autore – potrebbe entrare in contrasto con la libertà di espressione, v. M.A. LEMLEY, *Ex Ante Versus Ex Post Justifications*, cit., 146-147.

⁶³ *Ibidem*, 131.

⁶⁴ Peraltro, senza indagare nel dettaglio l’esistenza di una *market failure*, v. *Ibidem*, 148.

l'imitazione possa tornare a operare come “*lifeblood of a competitive economy*”⁶⁵, riducendo i prezzi (efficienza statica) e permettendo la diffusione delle idee e, dunque, l'innovazione successiva (efficienza dinamica)⁶⁶. Al contrario, una tutela eccessiva, come già accennato, sposterebbe l'ago della bilancia della proprietà intellettuale verso i suoi costi e proteggerebbe, più che l'innovazione, le posizioni di rendita dei c.d. *beati possidentes*⁶⁷.

Similmente, in assenza di una privativa – e di pericolo di confusione – è opinione diffusa che un'impresa non possa impedire ai concorrenti di imitarla⁶⁸. Nel paradigma tradizionale della proprietà intellettuale, in questi casi, l'unica freccia all'arco dell'innovatore è il *natural lead time* derivante dalla novità della sua

⁶⁵ L'espressione è tratta da *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 US 146 (1989).

⁶⁶ M.A. LEMLEY, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, cit., 1059-1060. Alle basi del dibattito sul rapporto tra innovazione e concorrenza v. J.A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, Routledge, London – New York, 2010, secondo cui le imprese monopoliste sono il motore dell'innovazione, e K.J. ARROW, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in National Bureau of Economic Research, *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton University Press, Princeton, 1962, pp. 609-626 disponibile a <https://www.nber.org/chapters/c2144.pdf>, secondo cui è la concorrenza che guida l'innovazione. Più recentemente, a favore della concorrenza come motore dell'innovazione, è stato convincentemente sostenuto che l'innovazione decentralizzata, in linea di principio, non tende solo a segnare una rottura più radicale col passato, ma essa spesso favorisce anche – per via della pressione concorrenziale esercitata dai concorrenti esterni – le “*disruptive innovations*” delle imprese più grandi, v. M.A. LEMLEY – L. LESSIG, *The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era*, in 48 *UCLA L. Rev.* 925 (2001) disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=247737, p. 49 dell'estratto e T. WU, *Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement if Innovation Mattered Most*, in 78 *Antitrust Law Journal* 318 (2012).

⁶⁷ Per i pericoli dell'eccessiva tutela, v. M.A. LEMLEY, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, cit., 1058-1065.

⁶⁸ A. OHLY, *The Freedom of Imitation and Its Limits – A European Perspective*, in 41 *IIC* 506 (2010) disponibile a <http://ssrn.com/abstract=1523290>, p. 1 dell'estratto dove si legge che “*the area between intellectual property rights should not be referred to as a “gap” but rather as a free space which should not be restricted by unfair competition law*”.

informazione (c.d. *first mover advantage*)⁶⁹. Più precisamente, il segreto commerciale risolverà il problema del *free riding* e attribuirà all'innovatore un vantaggio competitivo finché i concorrenti non comprendano l'informazione incorporata nel suo prodotto e se ne appropriino (c.d. *reverse engineering*). Come è evidente, tuttavia, questo paradigma è destinato a soccombere sotto i colpi del continuo progresso tecnologico, il quale spesso rende il *reverse engineering* e l'imitazione così veloci da neutralizzare il *first mover advantage*⁷⁰. In tali casi, il diritto della proprietà intellettuale non può restare indifferente alle nuove possibilità di imitazione offerte dal progresso tecnologico e deve rispondere agli eventuali conseguenti fallimenti di mercato.

A tal fine, la giurisprudenza ha tradizionalmente utilizzato il diritto della concorrenza sleale – che ha spesso svolto il ruolo di “incubatore” di nuovi DPI e permesso l'estensione di DPI già esistenti⁷¹. Al riguardo, paradigmatica è la sentenza *INS v. AP* della Corte Suprema statunitense del 1918⁷², dove sono venuti bene in luce i due

⁶⁹ Per una sintesi del paradigma tradizionale, v. J.H. REICHMAN, *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, cit., 2438-2441.

⁷⁰ *Ibidem*, il tema è trattato a più riprese nell'articolo, in particolare 2506-2519.

⁷¹ Per tutti, v. A. KUR, *What to protect, and how? Unfair competition, intellectual property, or protection sui generis*, in N. LEE, G. WESTKAMP, A. KUR, A. OHLY (a cura di), *Intellectual property, unfair competition and publicity. Convergences and development*, Edward Elgar, Cheltenham – Northampton, 2014, pp. 11-32 disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2268585, pp. 8-11 dell'estratto, che porta gli esempi del diritto del produttore di fonogrammi, della protezione delle banche dati non creative, della tutela autorale del *software*, dell'estensione del diritto dei marchi per assicurare la forte protezione dei marchi che godono di rinomanza e della tutela del *design* non registrato.

⁷² *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 215 (1918). In questo caso, la International News Services (INS), non potendo ricevere notizie sulla prima guerra mondiale dall'Europa (quando gli Stati Uniti non erano ancora entrati in guerra), copiava pedestramente le notizie che la Associated Press (AP) pubblicava sull'edizione del mattino dei suoi giornali sulla *East Coast*, le comunicava tramite telegrafo (la tecnologia che permetteva la facile imitabilità) ai suoi giornali sulla *West Coast* così concorrendo con – e talvolta battendo sul tempo – i giornali della AP. Per un'analisi del caso, v. D.G. BAIRD, *Common law intellectual property and the legacy of International News Services v. Associated Press*, in 50 *The University of Chicago Law Review* 411 (1983). Nonostante questo precedente sia stato a lungo relegato ai margini dell'ordinamento

contrapposti principi alla base dell'imitazione: “*reaping without sowing*” e “*ideas are free as the air to common use*”⁷³. Dal primo punto di vista, in questa sentenza si legge che l'imitatore (INS), sfruttando le opportunità offerte dal progresso tecnologico (telegrafo), “*is taking material that has been acquired by [AP] as the result of organization and the expenditure of labor, skill, and money, [...] and appropriating it and selling it as its own is endeavoring to reap where it has not sown [...]. The transaction speaks for itself, and a court of equity ought not to hesitate long in characterizing it as unfair competition in business*”⁷⁴. Di primo acchito, sembrerebbe che la Corte Suprema abbia ritenuto l'imitazione illecita in quanto contrastante con una concezione “lockiana” della proprietà intellettuale, per cui il creatore ha diritto (naturale) ad appropriarsi dei frutti del proprio lavoro. Negli anni '40, questa visione dell'imitazione fu strenuamente difesa da Rudolf Callmann⁷⁵, il quale sostenne che, essendo la concorrenza una battaglia da combattere con i propri sforzi, ingegnosità e capitale, il divieto di “*reaping without*

statunitense, esso potrebbe tornare utile nella c.d. *digital economy*. Oltre a D.S. KARJALA, *Misappropriation as a Third Intellectual Property Paradigm*, in 94 *Columbia Law Review* 2594 (1994), v. anche P. OLSON, *Common Law Misappropriation in the Digital Era*, 64 *Missouri Law Review* 837 (1999) e, più recentemente, V.S. EKSTRAND – C. ROUSH, *From “Hot News” to “Hot Data”: The Rise of “Fintech”, The Ownership of Big Data, and the Future of the Hot News Doctrine*, in 35 *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal* 303 (2017).

⁷³ Non vi è dubbio che questi siano i due contrapposti principi alla base dell'analisi dell'imitazione, v. A. OHLY, *The Freedom of Imitation and Its Limits*, cit., pp. 1-3 dell'estratto.

⁷⁴ Queste sono le parole di Justice Pitney, v. *International News Service v. Associated Press*, cit., 239-240. Per la precisione, il paradigma del *reap/sow* non è stato analizzato per la prima volta in questa sentenza, ma esso ha origini antiche, che si possono far risalire alla formula del privilegio concesso a Pietro Francisci di Ravenna nel 1491: “*ne alieni colligent fructus laborarum et vigiliarum*”, v. G. GHIDINI, *La c.d. concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 624, nt. 42.

⁷⁵ R. CALLMAN, *He Who Reaps Where He Has Not Sown: Unjust Enrichment in the Law of Unfair Competition*, in 55 *Harvard Law Review* 595 (1942). Per un'analisi del pensiero di Callmann e del suo (debole) impatto sullo sviluppo della *misappropriation doctrine* negli Stati Uniti, v. C. WADLOW, *Rudolf Callmann and the Misappropriation Doctrine in the Common Law of Unfair Competition*, in 15 *Intellectual Property Quarterly* 111 (2011). Per un'elaborazione del modello *reap/sow* più attenta alla posizione dei concorrenti, v. W.J. GORDON, *On Owning Information*, cit., 221-266, che, partendo dall'*unjust enrichment*, sviluppa la figura del “*malcompetitive copying*”.

sowing” è da considerarsi la regola generale, mentre l’imitazione è da ammettersi solo in casi eccezionali. Come è evidente, alla luce di quanto sostenuto nel paragrafo precedente, se questo fosse l’argomento decisivo della sentenza in esame, questa sarebbe inaccettabile – in quanto sovversiva dei principi alla base dell’economia di mercato e del diritto della proprietà intellettuale. Tuttavia, Justice Pitney (il giudice estensore) aggiunge alla sua argomentazione che AP “*place[s] the daily events of the world at the breakfast table of the millions at a price that [...] is sufficient in the aggregate to afford compensation for the cost of gathering and distributing it, with the added profit so necessary as an incentive to effective action in the commercial world*”⁷⁶. Pertanto, la condotta di INS non è illecita solo in quanto “raccolge dove non ha seminato”, ma anche – e soprattutto – in quanto disincentiva AP a seminare – o in termini economici, neutralizza il *first mover advantage* e dà adito a una *market failure* non dissimile a quella alla base dei DPI.

Al contrario, Justice Brandeis, nella sua celebre *dissenting opinion*, ha sostenuto che “[t]he general rule of law is that [...] ideas [...], after voluntary communication to others, [are] free as the air to common use”⁷⁷. Similmente, Benjamin Kaplan ha affermato che “if man has any 'natural' rights, not the least must be a right to imitate his fellows, and thus to reap where he has not sown. Education, after all, proceeds from a kind of mimicry, and 'progress,' if it is not entirely an illusion, depends on generous indulgence of copying”⁷⁸. Partendo da queste considerazioni, i critici della *misappropriation doctrine*⁷⁹, scendendo dal piano dei principi a quello pratico, hanno

⁷⁶ International News Service v. Associated Press, cit., 235.

⁷⁷ J. BRANDEIS, *Dissenting opinion* in International News Service v. Associated Press, cit., 250. Similmente, in Kellogg Co. v. National Biscuit Co., 305 U.S. 122 (1938), Brandeis afferma che “[s]haring in the goodwill of an article unprotected by patent or trademark is the exercise of a right possessed by all, and in the free exercise of which the consuming public is deeply interested”.

⁷⁸ B. KAPLAN, *An Unhurried View of Copyright, Republished (and with Contributions from Friends)*, LexisNexis, Newark, 2005, p. 2. È bene notare che il diritto naturale e i “*first principles*”, portando a risultati contraddittori, sono inadatti a rappresentare il fondamento del diritto della proprietà intellettuale, v. M.A. LEMLEY, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, cit., 1066-1067.

⁷⁹ Le seguenti argomentazioni sono così sintetizzate da D.G. BAIRD, *Common law intellectual property*, cit., 415-423.

sostenuto che: i) solo il legislatore – e non la giurisprudenza – può creare nuovi DPI⁸⁰; e ii) la teoria in esame rischia compromettere il processo concorrenziale lasciando la libertà di imitazione in balia delle concezioni etiche dei singoli giudici⁸¹. Tuttavia, mentre la prima osservazione è smentita dal fatto che il diritto della concorrenza sleale ha operato come incubatore di successivi interventi legislativi⁸², la seconda – probabilmente valida se l'intervento giurisprudenziale si basasse esclusivamente sul principio del “*reaping without sowing*” – può al più essere intesa come un invito alla cautela⁸³.

A ogni modo, malgrado l'apparenza, questi due paradigmi non sono alternativi, ma è necessario trovare un equilibrio. Più precisamente, la regola generale della libertà di imitazione non impedisce al diritto della concorrenza sleale di affrontare fallimenti di mercato simili a quelli alla base dei DPI, al fine di tutelare gli innovatori nei rapporti *vis-à-vis* con gli imitatori⁸⁴. Il che non significa che l'imitazione sia vietata di per sé, ma lo diventa in quanto parte di una condotta più ampia qualificabile come “sleale”

⁸⁰ Per tutti, v. J. BRANDEIS, *Dissenting opinion* in *International News Service v. Associated Press*, cit., 250.

⁸¹ Per tutti, v. *Cheney Bros. v. Doris Silk Corp.*, 35 F.2d 280 (2d Cir. 1929), *cert. denied*, 281 U.S. 728 (1930), dove Learned Hand afferma che “*there are cases where the occasion is at once the justification for, and the limit of, what is decided. This [INS v. AP] appears to us such an instance [...]. The difficulties of understanding it otherwise are insuperable. We are to suppose that the court meant to create a sort of common-law patent or copyright for reasons of justice. Either would flagrantly conflict with the scheme which Congress has for more than a century devised to cover the subject-matter*”.

⁸² Il punto era già stato notato da D.G. BAIRD, *Common law intellectual property*, cit., 417-418. Più recentemente, v. la già citata A. KUR, *What to protect, and how?*, cit., pp. 8-11 dell'estratto.

⁸³ Il diritto della concorrenza sleale, difatti, richiede un bilanciamento di interessi “*no more difficult or subjective than weighing the considerations embodied in federal intellectual property law: the need to give the gatherer of information an incentive against the countervailing need to give the public free access to ideas*”, v. D.G. BAIRD, *Common law intellectual property*, cit., 420.

⁸⁴ Per tutti, v. R.M. HILTY, *The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces*, in R.M. HILTY – F. HENNING-BODEWIG (a cura di), *Law Against Unfair Competition. Towards a New Paradigm in Europe?*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2007, pp. 27 ss.

per via di elementi ulteriori tali da disincentivare l'attività innovativa⁸⁵. Per esempio, in Italia, è ammessa l'imitazione dei prodotti altrui – in assenza di privativa e di pericolo di confusione – ma è illecito riprendere in modo sistematico le iniziative di un concorrente a breve distanza dal loro lancio (c.d. *concorrenza parassitaria*)⁸⁶.

Ma come si coordina questa protezione con quella prevista dai DPI?⁸⁷ Forse ancor più dell'individuazione degli elementi ulteriori alla mera imitazione, tale coordinamento mi sembra il principale banco di prova per il bilanciamento tra incentivo all'innovazione, da un lato, e concorrenza e diffusione delle idee, dall'altro. Mentre in presenza di un DPI spesso è ammessa anche l'azione di concorrenza sleale⁸⁸, i problemi sorgono quando un'informazione non è protetta da

⁸⁵ Il punto è pacifico, v. A. KUR, *What to protect, and how?*, cit., pp. 5-8 dell'estratto e, in Italia, D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 47 e 117 in particolare. Al riguardo è interessante la proposta per una direttiva comunitaria in materia di concorrenza sleale formulata da Ansgar Ohly: “[t]he imitation of products manufactured or marketed by a competing trader can be prohibited for a limited time. When granting such protection, a fair balance between the interests of the producer, the imitator and the interests of the general public must be sought. In particular the following factors should be taken into account: (i) the originality of the product, (ii) the degree of imitation, (iii) the public interest in the creation and provision of the product, (iv) the likelihood that the product would not be produced or marketed under conditions of free competition”, v. A. OHLY, *The Freedom of Imitation and Its Limits*, cit., p. 16 dell'estratto.

⁸⁶ In Italia, la figura della concorrenza parassitaria è frutto, in particolare, del lavoro di Remo Franceschelli, v. R. FRANCESCHELLI, *Concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, I, pp. 265 ss. e R. FRANCESCHELLI, *L'elemento temporale nella concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1985, II, pp. 3 ss. In giurisprudenza, in particolare, v. Cass. 17 aprile 1962, n. 752 e Cass. 17 novembre 1984, n. 5852. Da ultimo, si veda D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit. Per l'analisi del diritto italiano della concorrenza parassitaria e per imitazione servile non confusoria, v. *infra*, Capitolo III, Sezione II.

⁸⁷ Sul tema si veda l'ottima trattazione di A. KUR, *What to protect, and how?*, cit., la quale evidenzia anche l'importanza di un approccio “europeo” alla materia (p. 19).

⁸⁸ *Ibidem*, p. 5 dell'estratto e A. OHLY, *The Freedom of Imitation and Its Limits*, cit., p. 5 dell'estratto, dove si legge che “[i]n many continental European jurisdictions unfair competition law is regularly invoked in intellectual property cases”. Questa è la soluzione prevalente anche in Italia, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2598 c.c.*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario*

un DPI – sia perché i requisiti di protezione non sono soddisfatti sia perché il termine di tutela è scaduto. In questi casi, almeno tre strade sono percorribili. In primo luogo, essendo gli ambiti non protetti da private spazi di libera concorrenza, alcuni affermano che, in questi casi, l'imitazione non può essere repressa per mezzo della concorrenza sleale⁸⁹. Agli antipodi di questa soluzione vi è quella per cui l'azione di contraffazione e quella di concorrenza sleale sono indipendenti l'una dall'altra, in quanto la prima tutela un'entità (come un'invenzione o un'opera dell'ingegno), mentre la seconda tutela contro una condotta contraria alla correttezza professionale (quale l'appropriazione sistematica delle idee innovative di un concorrente a breve distanza dal loro lancio). In termini giuridici, mentre la prima ha natura reale, la seconda ha natura obbligatoria⁹⁰. Infine, vi è un'interpretazione intermedia per cui il diritto della concorrenza sleale è applicabile solo se gli elementi su cui esso si fonda – *i.e.* le circostanze ulteriori rispetto alla mera imitazione – sono diversi da quelli richiesti dai DPI⁹¹. Inoltre, dal punto di vista rimediale, la concorrenza sleale non può prevedere soluzioni egualmente forti a quelle previste dai DPI⁹². Questi ultimi, difatti, sono il risultato di una decisione politica finalizzata a incentivare l'innovazione, mentre la prima si deve limitare a offrire la tutela indispensabile a

del Codice civile, D.U. SANTOSUOSSO (a cura di), *Delle Società – Dell'Azienda – Della Concorrenza*, vol. V (Artt. 2575-2642 c.c.), Torino, 2014, pp. 578-579.

⁸⁹ In Italia, uno dei più forti difensori della libertà di imitazione è G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 421-422. Come si vedrà nel prossimo paragrafo, questa soluzione è quella prevalente in Inghilterra.

⁹⁰ In Italia, questa tesi è stata sostenuta già da M. ROTONDI, *L'imitazione servile come atto di concorrenza sleale indipendentemente da confondibilità di prodotto*, in *Studi diritto industriale*, CEDAM, Padova, 1957, p. 371.

⁹¹ Si tratta dell'"*e-contrario-approach*", che è seguito, tra gli altri, da A. KUR, *What to protect, and how?*, cit., pp. 12-13 dell'estratto, A. OHLY, *The Freedom of Imitation and Its Limits*, cit., pp. 15-16 dell'estratto, il quale ammette però che oggi "[i]t is difficult to find unintentional gaps in the intellectual property system" (p. 16 dell'estratto), e, in Italia, D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., che, analizzando le fattispecie di concorrenza sleale per imitazione servile non confusoria, si cura sempre di accertare la loro compatibilità con il bilanciamento di interessi alla base dei DPI.

⁹² A. KUR, *What to protect, and how?*, cit., p. 18 dell'estratto.

rimuovere il fallimento di mercato oggetto del giudizio⁹³. Per via dell'attenzione alla libertà di concorrenza, quest'ultima interpretazione mi sembra la più adeguata a far fronte alle nuove modalità di imitazione rese possibili dallo sviluppo tecnologico, senza sacrificare eccessivamente la libertà di imitazione.

Concludendo, occorre ancora spendere due parole sulla parabola che parte dalla concorrenza sleale e arriva alla codificazione di nuovi DPI o all'estensione dell'ambito di applicazione di quelli esistenti. Sebbene vi siano casi in cui queste ultime soluzioni possano essere richieste da esigenze di certezza del diritto e di incentivo a creazioni che esulano dall'ordinario⁹⁴, considerata l'attuale velocità dell'innovazione, la rigidità dei DPI rischia di creare degli stati di cronica sovra o sotto-protezione⁹⁵. Per questa ragione, in linea di principio e salvi i casi in cui si presentino le appena citate esigenze, mi sembra preferibile un approccio basato su *liability rules* – quale la disciplina della concorrenza sleale – anziché su *property*

⁹³ Solo in questo senso mi sembra si possa accogliere l'argomento di Justice Brandeis per cui la creazione di DPI spetta al legislatore, v. J. BRANDEIS, *Dissenting opinion* in *International News Service v. Associated Press*, cit. In particolare, quanto alla durata della tutela, già nella sentenza *INS v AP* è stato affermato che “*the view we adopt does not result in giving to complainant the right to monopolize either the gathering or the distribution of the news, or, without complying with the copyright act, to prevent the reproduction of its news articles, but only postpones participation by complainant's competitor in the processes of distribution and reproduction of news that it has not gathered, and only to the extent necessary to prevent that competitor from reaping the fruits of complainant's efforts and expenditure, to the partial exclusion of complainant*”, v. *International News Service v. Associated Press*, cit., 241. Più recentemente, è stato affermato che la tutela delle idee innovative non coperte da privativa “*should logically provide a short term of artificial lead time to guarantee investors that free-riders will not immediately duplicate know-how applied to publicly distributed products*”, v. J.H. REICHMAN, *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, cit., 2547.

⁹⁴ Tanto più le esigenze di certezza del diritto e di incentivo alla creazione di informazioni “non ordinarie” sono intense, quanto più la tutela sarà forte (dalla concorrenza sleale alle classiche privative, passando per i DPI *sui generis*), v. R.M. HILTY, *The Law Against Unfair Competition and Its Interfaces*, cit., pp. 27 ss. Nello stesso senso, v. A. KUR, *What to protect, and how?*, cit., pp. 15-16 dell'estratto, che chiama questa parabola “*gradual solidification*”.

⁹⁵ Il punto è sottolineato da J.H. REICHMAN, *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, cit., 2504.

rights, in modo da risolvere il fallimento di mercato in esame alla luce delle circostanze dei singoli casi concreti, senza erigere le barriere all'entrata tipiche dei secondi⁹⁶. In particolare, come si vedrà nel prosieguo, la flessibilità della concorrenza sleale potrebbe giocare un ruolo importante come incentivo all'innovazione delle *startup* nella c.d. *digital economy*, dove queste ultime sono minacciate dall'immenso potere delle piattaforme digitali⁹⁷.

4. *L'imitazione nel panorama comparatistico*

Partendo dai due contrapposti paradigmi del “*reaping without sowing*” e dell’“*ideas are free as the air to common use*”, l'obiettivo di questa breve trattazione comparatistica – senza ambire a esaminare nel dettaglio le diverse discipline nazionali – è offrire una panoramica dei modelli adottati negli ordinamenti di *common law* e *civil law*. In linea di principio, ferma restando l'enunciazione della libertà di imitazione come regola generale, i primi sembrano propendere per il libero mercato, mentre i secondi – non certo senza differenze – offrono una tutela più forte agli innovatori⁹⁸. Più precisamente, in *common law* i più forti sostenitori della libertà di imitazione sono i giuristi inglesi – dove non esiste neanche un'azione generale di

⁹⁶ I vantaggi di un regime basato su *liability rules* sono stati evidenziati da J.H. REICHMAN, *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, cit., il quale propone un regime di “*Portable Trade Secrets*” (2519-2557). È stato anche proposto di fondare il regime di *liability rules* sulla concorrenza sleale, in particolare sulla *misappropriation doctrine*, v. D.S. KARJALA, *Misappropriation as a Third Intellectual Property Paradigm*, cit. Similmente, anche Ansgar Ohly nota che “*a system of narrowly defined intellectual property rights for strong innovations or creations, supplemented by a flexible doctrine of unfair competition protection may be preferable to the present world where more and more types of intangible subject-matter are granted broad, long-term and strong intellectual property protection*”, v. A. OHLY, *The Freedom of Imitation and Its Limits*, cit., pp. 16-17 dell'estratto.

⁹⁷ Per una panoramica della concorrenza nella *digital economy*, v. *infra*, Capitolo II, Sezione II, paragrafi 1. a 3. e per l'analisi della concorrenza sleale nei mercati digitali, v. *infra*, Capitolo III, Sezione II, paragrafi 6 ss.

⁹⁸ Per una rapida panoramica dei paradigmi esistenti in *common law* e *civil law*, v. A. OHLY, *The Freedom of Imitation and Its Limits*, cit., pp. 1-3 dell'estratto.

concorrenza sleale – e anche negli Stati Uniti, nonostante *INS v. AP* – che è stato relegato ai margini dell’ordinamento – è opinione diffusa che la giurisprudenza, in assenza DPI, debba astenersi dal limitare la libertà di imitazione – che è considerata il “*lifeblood of a competitive economy*”⁹⁹. Approdando all’Europa continentale, la protezione contro l’imitazione servile non confusoria affonda le sue radici negli scritti del giudice tedesco Adolf Lobe¹⁰⁰ e oggi, salva la forte tutela prevista dall’ordinamento francese¹⁰¹, si colloca – ovviamente con diverse sfumature – a metà tra i due paradigmi in esame.

A ogni modo, prima entrare nel vivo della trattazione comparatistica, è opportuno sottolineare che anche nel diritto dell’UE – nonostante la disciplina della concorrenza sleale non sia armonizzata a livello comunitario – si possono trovare alcuni spunti interessanti¹⁰². In particolare, l’art. 4, lett. g), Dir. CE 2006/114 (“*concernente la pubblicità ingannevole e comparativa*”) stabilisce che la pubblicità comparativa non possa rappresentare “*un bene o servizio come imitazione o contraffazione di beni o servizi protetti da un marchio o da una denominazione commerciale depositati*”. E la Corte di Giustizia, rincarando la dose, ha precisato che questa norma non si applica solo ai casi di contraffazione, ma a qualsiasi imitazione o replica¹⁰³. Così ragionando, però, non si può non notare che si rischia di restringere

⁹⁹ *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, cit., 146.

¹⁰⁰ A. LOBE, *Der Hinweis auf fremde gewerbliche Leistung als Mittel zur Reklame*, MuW XVI (1916-1917), 129 citato da A. OHLY, *The Freedom of Imitation and Its Limits*, cit., p. 2 dell’estratto.

¹⁰¹ Probabilmente complice il fatto che la proprietà intellettuale è stata ritenuta un diritto naturale dalla legge sui brevetti del 1791. Più recentemente, v. Cour d'appel de Paris, 14 juin 2006, n° 05/08030, dove si legge che “*le parasitisme est caractérisé par la circonstance selon laquelle une personne, à titre lucratif et de façon injustifiée, s’inspire ou copie une valeur économique d’autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d’un savoir faire, d’un travail intellectuel et d’investissements*”.

¹⁰² A. OHLY, *The Freedom of Imitation and Its Limits*, cit., p. 14 dell’estratto.

¹⁰³ Sentenza della Corte di Giustizia UE del 18 giugno 2009, *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC e Laboratoire Garnier & Cie c. Bellure NV, Malaika Investments Ltd e Starion International Ltd*, C-487/07, ECLI:EU:C:2009:378, punto 73 dove si legge anche che “*it is irrelevant [...] whether the advertisement indicates that it relates to an imitation of the product bearing a*

indebitamente, da un lato, la libertà di imitazione – impedendo alle imprese di informare i consumatori dell’imitazione – e, dall’altro, la libertà di espressione¹⁰⁴. In ogni caso, anche accettando l’interpretazione della Corte di Giustizia per la pubblicità comparativa, mi sembra opportuno prendere le distanze da questa disposizione per analizzare l’imitazione. Come è evidente, del resto, una soluzione diversa minaccerebbe seriamente la libertà di imitazione, rischiando di arrivare all’inaccettabile divieto di imitazione in quanto tale.

4.1. Common law

In *common law*, in assenza di un’azione generale contro la concorrenza sleale¹⁰⁵, si sono comunque individuate delle specifiche figure di illecito (*tort*) aventi a oggetto determinate fattispecie – come l’imitazione servile confusoria (c.d. *passing-off*). In particolare, come già anticipato, negli Stati Uniti l’appropriazione delle idee innovative altrui non coperte da privativa può essere repressa per mezzo della c.d. *misappropriation* od “*hot news*” doctrine¹⁰⁶. Più precisamente, questa teoria introduce un “*quasi-property right*” su informazioni non protette da privativa contro il *free riding* dei concorrenti per il periodo in cui queste hanno un particolare valore commerciale¹⁰⁷. Nonostante questa teoria abbia avuto un certo successo iniziale¹⁰⁸ e

protected mark as a whole or merely the imitation of an essential characteristic of that product” (punto 76).

¹⁰⁴ A. OHLY, *The Freedom of Imitation and Its Limits*, cit., p. 14 dell’estratto, che definisce la disposizione in esame “*rather surprising*”.

¹⁰⁵ Per gli Stati Uniti, v. D.S. CORGILL, § 26 *United States of America (Unfair Competition Survey)*, in F. HENNING-BODEWIG (a cura di), *International Handbook on Unfair Competition*, Beck –Hart, London, 2013, p. 631.

¹⁰⁶ *International News Service v. Associated Press*, cit. Per una panoramica dell’evoluzione di giurisprudenza e dottrina statunitensi in materia, v. V.S. EKSTRAND – C. ROUSH, *From “Hot News” to “Hot Data”*, cit., 306-327, dove si prendono in considerazione anche alcuni casi precedenti a *INS v. AP* (307-309).

¹⁰⁷ *International News Service v. Associated Press*, cit., 241.

¹⁰⁸ V. V.S. EKSTRAND – C. ROUSH, *From “Hot News” to “Hot Data”*, cit., 310.

la dottrina abbia provato ad affinarla¹⁰⁹, la sua importanza si è ridotta sempre più nel tempo – per via di interventi sia della giurisprudenza¹¹⁰ che del legislatore¹¹¹ – fino a essere esclusa nel 1995 dal *Third Restatement on Torts*¹¹². A ogni modo, il *restatement* non è bastato a scacciare lo spettro¹¹³ della *misappropriation doctrine*, la

¹⁰⁹ In particolare, v. già J.A. RAHL, *The Right to “Appropriate” Trade Values*, in 23 *Ohio State Law Journal* 56 (1962) e, soprattutto, W.J. GORDON, *On Owning Information*, cit., 221-266, la quale, come già detto, ha sviluppato i lineamenti del “*malcompetitive copying*” al fine di renderlo compatibile con la libertà di imitazione.

¹¹⁰ Oltre a *Cheney Bros. v. Doris Silk Corp.*, 35 F.2d 280 (2d Cir. 1929), *cert. denied*, 281 U.S. 728 (1930), dove Learned Hand ha ritenuto *INS v. AP* inapplicabile a situazioni diverse da quella oggetto di quel giudizio, si veda *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938), dove si elimina il “*federal general common law*”, di cui *INS v. AP* è parte. Negli anni '60, *Compco v. Daybright Lighting Inc.*, 376 U.S. 234 (1964) e *Sears Roebuck & Co. v. Stiffel Co.*, 376 U.S. 225 (1964) hanno ristretto sensibilmente la possibilità degli Stati di limitare la libertà di imitazione in assenza di privativa, in quanto contrastante con la disciplina federale della proprietà intellettuale (c.d. *preemption doctrine*). Negli anni '80, nonostante l'applicazione della *misappropriation doctrine* in esame in *Standard & Poor's Corp. v. Commodity Exchange, Inc.*, 683 F.2d 704, 706 (2d Cir. 1982), essa non è stata applicata in *Bd. of Trade v. Dow Jones & Co.*, 456 N.E.2d 84, 89 (Ill. 1983) e *Fin. Info. Inc. v. Moody's Inv. Serv., Inc.*, 808 F.2d 204 (2d Cir. 1986). Inoltre, in materia di *copyright*, la “*sweat of the brow theory*” – che si basava sugli stessi presupposti del “*reaping without sowing*” – è stata eliminata in *Feist Publ'ns Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991), che ha però salvato in una nota la *misappropriation doctrine*, v. *Ibidem*, 354.

¹¹¹ In particolare, The Copyright Act of 1976, 17 U.S.C. §102 (2016) ha previsto che il *copyright* è tutelato dal momento in cui l'opera sia “*fixed in a tangible medium of expression*”, senza bisogno di registrazione alcuna.

¹¹² *Restatement (Third) of Unfair Competition* § 38 (Am. Law Inst. 1995), dove si legge che “*no general rule of law prohibits the appropriation of a competitor's ideas, innovations, or other intangible assets once they become publicly known. In addition, the federal patent and copyright statutes now preempt a considerable portion of the domain in which the common law tort might otherwise apply. The better approach, and the one most likely to achieve an appropriate balance between the competing interests, does not recognize a residual common law tort of misappropriation*”. Per un commento, v. G. MYERS, *The Restatement's Rejection of the Misappropriation Tort: A Victory for the Public Domain*, in 47 *South Carolina Law Review* 673 (1996).

¹¹³ Questa dottrina è stata definita “*a ghostly presence*” in *Barclays Capital Inc. v. Theflyonthewall.com, Inc.*, 650 F.3d 894 (2d Cir. 2011).

quale è stata precisata due anni dopo in *NBA v. Motorola*¹¹⁴. In questo caso, il giudice Winter ha affermato che l'appropriazione delle idee altrui non protette da privativa è illecita solo quando: “(i) a plaintiff generates or gathers information at a cost; (ii) the information is time-sensitive; (iii) a defendant's use of the information constitutes free riding on the plaintiff's efforts; (iv) the defendant is in direct competition with a product or service offered by the plaintiffs; and (v) the ability of other parties to free-ride on the efforts of the plaintiff or others would so reduce the incentive to produce the product or service[s] that its existence or quality would be substantially threatened”¹¹⁵. Da ultimo, tuttavia, questo *test* è stato degradato a *obiter dictum* dalla maggioranza in *Barclays Capital v. Theflyonthewall.com*¹¹⁶. A ogni modo, nonostante le incertezze legate alla *misappropriation doctrine* e una certa antipatia della giurisprudenza nei suoi confronti, la sua flessibilità – in particolare il fatto che la tutela è limitata al periodo in cui l'informazione ha particolare valore commerciale – potrebbe risultare oggi particolarmente interessante per proteggere i *big data* contro le appropriazioni dei concorrenti¹¹⁷.

Nel Regno Unito, affermare che non è prevista un'azione generale contro la concorrenza sleale ha un duplice significato. Da un lato, non vi è una norma generale

¹¹⁴ Nat'l Basketball Ass'n v. Motorola, Inc., 105 F.3d 841 (2d Cir. 1997).

¹¹⁵ *Ibidem*, 845. Qualora la condotta non soddisfi questo *test*, si deve applicare la *preemption doctrine* (come accadde nel caso in esame) e, dunque, il diritto di uno Stato contrastante con quello federale (nel nostro caso la disciplina del *copyright*) deve essere annullato. Nonostante Richard Posner sia contrario alla *misappropriation doctrine*, ha affermato che, se proprio si volesse disciplinare la materia, la soluzione migliore sarebbe “a simple amendment to the copyright law that would codify Judge Winter's test”, v. R.A. POSNER, *Misappropriation: A Dirge*, in 40 *Houston Law Review* 641 (2003).

¹¹⁶ *Barclays Capital Inc. v. Theflyonthewall.com, Inc.*, cit., 898-899. Al contrario, il giudice Raggi ha scritto nella sua *concurring opinion* che il *test* elaborato in *NBA v. Motorola* è vincolante, ma non è soddisfatto nel caso di specie, v. *Ibidem*, 908-911. Per un commento, v. S. BALGANESH, *The Uncertain Future of "Hot News" Misappropriation After Barclays Capital v. Theflyonthewall.com*, in 112 *Columbia Law Review Sidebar* 134 (2012).

¹¹⁷ Con specifico riferimento alla tutela delle banche dati, v. il *seminal paper* di J.H. REICHMAN – P. SAMUELSON, *Intellectual Property Rights in Data?*, in 50 *Vand. L. R.* 139-145 (1997) e, più recentemente, con l'attenzione rivolta al fenomeno dei *big data*, V.S. EKSTRAND – C. ROUSH, *From "Hot News" to "Hot Data"*, cit., in particolare 331-338.

come l'art. 2598 c.c., in Italia, o il § 3 UWG, in Germania, ma esistono una pluralità di *economic torts*, come il *breach of confidence*, la *malicious falsehood* e, soprattutto, il *passing off*¹¹⁸. Dall'altro, l'espressione "*unfair competition*" nel Regno Unito non ha il significato ampio che ha nell'Europa continentale, ma si riferisce specificamente al caso della *misappropriation*, cioè dell'imitazione non confusoria di informazioni non coperte da privative¹¹⁹. Più precisamente, l'opinione prevalente ritiene che, siccome "[a] *defendant [...] has done nothing wrong by entering a market created by another and then competing with its creator*"¹²⁰, la *misappropriation doctrine* non faccia altro che "*erect[ing] barriers to entry and impos[ing] additional costs on new market entrants, who must go through the motions of re-inventing the wheel [...] [; thereby reducing] consumer choices and [...] increas[ing] prices*"¹²¹. Il rovescio della medaglia di questo orientamento, però, è la lentezza dell'ordinamento a tutelare nuove informazioni di valore – per le quali non è previsto un diritto di privativa¹²².

Un esempio lampante della differenza tra diritto della concorrenza sleale inglese e dell'Europa continentale – francese, in particolare – si può rinvenire nel caso *L'Oréal v Bellure*, dove un concorrente aveva approfittato della notorietà della prima per vendere i suoi prodotti. Mentre in Francia tale condotta è stata condannata – oltre che come violazione del diritto dei marchi e imitazione servile confusoria – come "*concurrency parasitaire*"¹²³, in Inghilterra il giudice Jacobs ha affermato che "[w]e are all against misappropriation, just as we are all in favour of mother and apple

¹¹⁸ Per un'accurata analisi degli *economic torts*, v. H. CARTY, *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

¹¹⁹ J. DAVIS, § 25 *United Kingdom*, in F. HENNING-BODEWIG (a cura di), *International Handbook on Unfair Competition*, cit., p. 602. A scanso di equivoci, nel prosieguo si utilizzerà l'espressione "concorrenza sleale" nell'accezione ampia dell'Europa continentale, mentre per l'assai più ristretta nozione propria della discussione giuridica inglese, si utilizzerà l'espressione "*unfair competition*".

¹²⁰ *Cadbury-Schweppes Pty Ltd and others v Pub Squash Co Pty Ltd* [1981] RPC 491.

¹²¹ C. WADLOW, *Passing-off at the crossroads again: A review article for Hazel Carty, An Analysis of the Economic Torts*, in 33 *European Intellectual Property Review* 453 (2011).

¹²² J. DAVIS, § 25 *United Kingdom*, cit., 603.

¹²³ Cour d'Appel de Paris, 4e chambre, 25 janvier 2006, n° 04/18300 disponibile a <https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2006/SK66246958A923C1BD9D7D>

pie. To use the word in the context of a debate about the limits of the tort of passing off and its interface with legitimate trade is at best muddling and at worst tendentious. So I think the tort of passing off cannot and should not be extended into some general law of unfair competition”¹²⁴.

A ogni modo, scendendo dal piano dei principi a quello pratico, il *passing off* – che è probabilmente il *tort* più importante in materia di concorrenza sleale – è stato talvolta utilizzato dalla giurisprudenza in modo non troppo differente da un’azione per *unfair competition*¹²⁵. Gli elementi costitutivi del *passing off* sono tre (c.d. *classic trinity*): i) *goodwill*; ii) *misrepresentation*; e iii) *damage*¹²⁶. In estrema sintesi, si tratta di un’imitazione confusoria (*misrepresentation*) che approfitta del e danneggia (*damage*) l’altrui avviamento (*goodwill*). Ciononostante, la giurisprudenza ha interpretato il requisito della *misrepresentation* in modo ampio così da comprendere non solo il pericolo di confusione tra imprese (*misrepresentation of goodwill*), ma anche la falsa rappresentazione di qualità dei prodotti in modo da danneggiare l’altrui avviamento (c.d. *extended passing off*)¹²⁷ o dei prodotti altrui in modo da farli passare per propri (c.d. *inverse o reverse passing off*)¹²⁸. A ragione di questa ampia interpretazione, la dottrina ha affermato che ciò che distingue il *passing off* dalla *misappropriation*, più che il requisito della *misrepresentation*, è il danno

¹²⁴ L’Oréal S.A. v. Bellure N.V. [2007] EWCA Civ 968, punti 160-161.

¹²⁵ O in altri termini, la “*misappropriation of goodwill*”. Al riguardo, v. J. DAVIS, *Why the United Kingdom should have a law against misappropriation*, in 69 *Cambridge Law Journal* 561 (2010).

¹²⁶ M. SPENCE, *Passing Off and the Misappropriation of Valuable Intangibles*, in 112 *Law Quarterly Review* 472 (1996).

¹²⁷ Per esempio, in *Erven Warnink B.V. v. J Townend & Sons (Hull) Ltd.* [1979] AC 73 il convenuto vendeva dell’Advocaat (un liquore olandese a base di uova, zucchero e brandy) prodotto utilizzando del vino anziché del liquore. Nonostante non vi fosse pericolo di confusione tra le imprese, il prodotto del convenuto era una falsa rappresentazione di quello degli attori (che producevano l’Advocaat secondo la ricetta tradizionale), così beneficiando della loro reputazione.

¹²⁸ Per esempio, in *Bristol Conservatories Ltd. v. Conservatories Custom Built Ltd.* [1989] R.P.C. 455 un produttore di verande mostrava alla clientela fotografie di verande realizzate da un concorrente facendole passare per proprie.

all'avviamento dell'imitato¹²⁹. Tuttavia, alcuni Autori, osservando che raramente la prova del danno è effettivamente richiesta, hanno affermato che la giurisprudenza ha già introdotto forme di tutela contro l'*unfair competition*¹³⁰. Pertanto, almeno per ragioni di certezza del diritto, sarebbe opportuna l'introduzione di una disciplina – basata su requisiti stringenti – in materia di *unfair competition*¹³¹. Non si può nascondere, tuttavia, che l'opinione maggioritaria sembra ancora orientata nel senso opposto¹³².

4.2. Civil law

Nonostante la Svizzera sia uno dei pochi ordinamenti ad avere una disposizione espressa contro l'imitazione servile non confusoria¹³³, non di rado nell'Europa continentale la disciplina della concorrenza sleale viene utilizzata per sanzionare tali

¹²⁹ H. CARTY, *An Analysis of the Economic Torts*, cit., p. 211, dove si legge che “[t]he link between damage and goodwill is an important limitation on the tort, especially after *Advocaat* added product misdescription to the list of relevant misrepresentations. If simply any damage – in the sense of damage to the claimant’s competitive edge – was sufficient, then the tort would expand into something closer to an action for unfair competition”.

¹³⁰ J. DAVIS, *Why the United Kingdom should have a law against misappropriation*, cit., 575-577. Più precisamente, l’Autrice nota che il danno può essere anche solo temuto e che spesso, nella pratica, il processo non va oltre la fase cautelare.

¹³¹ *Ibidem*, 580-581.

¹³² Per tutti, v. T. ALKIN, *Should there be a tort of ‘unfair competition’ in English law?*, in 3 *Journal of Competition Law & Practice* 53 (2008), dove si legge che “a general tort of unfair competition would be likely to be used in practice as a means of cutting across the existing law, with a risk that its reasonable limitations would be undermined”.

¹³³ Si tratta dell’art. 5 (c) Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), che prevede che agisce in modo sleale chi “*reprend grâce à des procédés techniques de reproduction et sans sacrifice correspondant le résultat de travail d’un tiers prêt à être mis sur le marché et l’exploite comme tel*”. Per un’analisi del diritto svizzero, v. P. KOBEL, *Le parasitisme en droit suisse: entre Nachahmungsfreiheit (liberté d’imiter), Verwechslungsgefahr (risque de confusion) et Rufausbeutung (exploitation de la réputation)*, in J. DE WERRA (a cura di), *Défis du droit de la concurrence déloyale – Challenges of Unfair Competition Law*, Schulthess, Genève – Zurich – Bâle, 2014, pp. 101 ss.

condotte – per ragioni di spazio e opportunità si offrirà una panoramica solo del diritto tedesco, francese e italiano.

In Germania, la legge sulla concorrenza sleale (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, UWG) dal 2004 considera concorrenza sleale e pratiche commerciali scorrette due facce della stessa medaglia e prevede una disciplina finalizzata a tutelare gli interessi di concorrenti, consumatori e l'interesse generale (c.d. *approccio integrato*)¹³⁴. Per quel che qui interessa, sebbene l'imitazione in quanto tale sia lecita, la presenza di circostanze ulteriori può renderla illecita ai sensi dei §§ 3 (clausola generale contro concorrenza sleale e pratiche commerciali scorrette) e, soprattutto, 4.3 UWG, il quale prevede che “[u]nfairness shall have occurred where a person offers goods or services which are replicas of goods or services of a competitor if he a) causes avoidable deception of the purchaser regarding their commercial origin; b) unreasonably exploits or impairs the assessment of the replicated goods or services; or c) dishonestly obtained the knowledge or documents needed for the replicas”¹³⁵. Più precisamente, secondo la giurisprudenza, l'imitazione – per essere illecita – deve volontariamente riprendere elementi dotati di “individualità competitiva” – cioè di particolare interesse per il pubblico e indicativi dell'origine commerciale del prodotto¹³⁶ – e non deve essere inevitabile, in

¹³⁴ La prima versione del UWG risale al 1909, il quale – contenendo solo una clausola generale contro la concorrenza sleale – ha a lungo lasciato questo ramo del diritto all'elaborazione giurisprudenziale, la quale è stata sistematizzata e codificata dalla riforma del 2004, v. F. HENNING-BODEWIG – K. BOESCHE, § 12 *Germany*, in F. HENNING-BODEWIG (a cura di), *International Handbook on Unfair Competition*, cit., pp. 232-236. Già con la riforma del 2004, anticipando la Dir. CE 2005/29 (*'Unfair Commercial Practices Directive'*) – la quale ha richiesto però ulteriori modifiche nel 2008 – l'UWG ha adottato il citato approccio integrato tra concorrenza sleale e pratiche commerciali scorrette (anche se, va precisato, alcune disposizioni si applicano solo ai concorrenti o consumatori), v. *Ibidem*, p. 240. Una traduzione in Inglese dell'UWG (come da ultimo modificato nel 2019) è disponibile a https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_uwg/englisch_uwg.html#p0036

¹³⁵ Tale elenco non è esaustivo e altre forme di imitazione possono essere sanzionate sulla base della clausola generale di cui al § 3 o del divieto di “deliberata ostruzione” dei concorrenti di cui al § 4.4 UWG. V. F. HENNING-BODEWIG – K. BOESCHE, § 12 *Germany*, cit., p. 250.

¹³⁶ BGH IIC 2009, 742 (746) – *Ribbed Case* e BGH GRUR 2007, 984 – *Gartenliege* citati da F. HENNING-BODEWIG – K. BOESCHE, § 12 *Germany*, cit., p. 251. Inoltre, “*the different elements*

particolare, per ragioni tecniche¹³⁷. Inoltre, il Bundesgerichtshoff ha affermato che tanto più individualità competitiva del prodotto e grado di ripresa sono intensi, quanto minori potranno essere le speciali circostanze che rendono l'imitazione illecita – *i.e.* i tre casi previsti dal § 4.3 UWG¹³⁸. Così, sulla base di questa considerazione, la copia identica – ed evitabile – di sedie dotate di individualità competitiva è stata ritenuta illecita in quanto, in linea di principio, i consumatori sono portati a credere che prodotti identici provengano dalla stessa impresa¹³⁹. Di talché, parte della dottrina ha affermato che, nonostante la regola generale della libertà di imitazione, “*an item having a certain degree of competitive individuality may not be imitated, unless this is justified as technically necessary*”¹⁴⁰.

A differenza del diritto tedesco, quello francese difetta di una normativa speciale in materia di concorrenza sleale e lascia alla giurisprudenza il compito di sanzionare tali pratiche sulla base della disciplina generale dell'illecito aquiliano (artt. 1382 e 1383 Code civil)¹⁴¹. Attualmente, le principali figure di concorrenza sleale consolidate nell'evoluzione giurisprudenziale sono cinque: i) imitazione; ii) parassitismo; iii) confusione; iv) denigrazione dei concorrenti; e v) storno di dipendenti¹⁴². Siccome ai nostri fini rilevano solo le prime due, esse saranno le uniche figure di cui si darà brevemente conto in questa sede.

Per quanto riguarda l'imitazione, è opinione diffusa che l'identità di un prodotto a quello di un concorrente non renda di per sé la condotta sleale, la quale lo diventa

operate in a mutually complementary manner, i.e. a relatively high level of aesthetic or distinctive character will outweigh a minimal degree of public awareness, and vice versa”, v. A. KUR, *What to protect, and how?*, cit., p. 6, nt. 12 dell'estratto.

¹³⁷ A. KUR, *What to protect, and how?*, cit., p. 6 dell'estratto.

¹³⁸ BGH IIC 2009, 742 (746) – *Ribbed Case* citato da F. HENNING-BODEWIG – K. BOESCHE, § 12 *Germany*, cit., p. 251.

¹³⁹ BGH GRUR 2007, 984 – *Gartenliege* citata (e brevemente commentata) da A. KUR, *What to protect, and how?*, cit., pp. 7-8, nt. 15 dell'estratto.

¹⁴⁰ A. KUR, *What to protect, and how?*, cit., p. 7 dell'estratto.

¹⁴¹ S. NÉRISSON, § 11 *France*, in F. HENNING-BODEWIG (a cura di), *International Handbook on Unfair Competition*, cit., pp. 208-210. Le “*pratiques commerciales déloyales*”, invece, sono disciplinate nel Code de la consommation (L. 121-1 a L. 121-7).

¹⁴² *Ibidem*, p. 221.

solo nella misura in cui crei confusione e sia finalizzata allo sfruttamento dei risultati del lavoro altrui¹⁴³. Tale apparente apertura alla libertà di concorrenza, tuttavia, è subito smentita dall'evoluzione giurisprudenziale in materia di concorrenza parassitaria¹⁴⁴. Con quest'ultima espressione, ci si riferisce a “*l'ensemble des comportements par lesquels un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin de tirer profit sans rien dépenser de ses efforts et de son savoir-faire*”¹⁴⁵. E sul finire degli anni '90, questa nozione è stata interpretata in modo talmente ampio da comprendere “*any imitation, not necessarily slavish, that intended to save time and costs*”¹⁴⁶. Così, temendo che tale orientamento potesse rovesciare il principio generale della libertà di imitazione, alcuni Autori hanno tentato di raddrizzare la barra per far rotta verso una concezione più “inglese” dell'imitazione, ritenendo il rischio di confusione elemento necessario della concorrenza parassitaria¹⁴⁷. Cionondimeno, la Cour de Cassation ha avuto più volte modo di ribadire che il pericolo di confusione non è un elemento necessario della concorrenza parassitaria. Quel che è necessario è solamente la dimostrazione della volontà di approfittare della reputazione o degli investimenti altrui¹⁴⁸. Per esempio, l'imitazione della forma –

¹⁴³ *Ibidem*, pp. 221-222.

¹⁴⁴ Si deve precisare che, a seconda che imitato e imitante siano concorrenti o meno, si utilizza rispettivamente la nozione di “*concurrence parasitaire*” o “*agissements parasitaires*”, v. P. LE TOURNEAU, *Agissements fautifs dans l'exercice des droits et parasitisme*, in P. LE TOURNEAU (a cura di), *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019. Régimes d'indemnisation*, Dalloz, Paris, 2017, pp. 868-887.

¹⁴⁵ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 26 janvier 1999, 96-22457 disponibile a <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007397671&fastReqId=942478011&fastPos=1>

¹⁴⁶ S. NÉRISSON, § 11 *France*, cit., p. 222, dove si trovano anche gli opportuni riferimenti giurisprudenziali.

¹⁴⁷ Per tutti, v. J. PASSA, *Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économique*, in *Recueil Dalloz*, 2000, pp. 297 ss.

¹⁴⁸ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 8 juillet 2003, 01-13.293 disponibile a <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007460135>, la quale, cassando una sentenza della Corte di Appello di Parigi – che aveva ritenuto il pericolo di confusione elemento essenziale della fattispecie in esame – ha affermato che, siccome il convenuto “*avait copié la prestation d'autrui, fabriqué des produits "imitants", et les [avait] commercialisés à un prix*

non coperta da privativa – delle bottiglie di birra di un'altra impresa è stata ritenuta parassitaria, in quanto la sua evitabilità tecnica, la richiesta dell'imitante ai distributori di presentare le sue bottiglie in prossimità di quelle dell'imitato e le modalità con cui queste sono state pubblicizzate sono state ritenute sintomatiche della volontà di appropriarsi della reputazione dell'imitato¹⁴⁹.

A ogni modo, anche se non è vietata ogni imitazione che permette un risparmio di costi¹⁵⁰ – come sembrava negli anni '90 – i confini della concorrenza parassitaria restano alquanto sfumati e la giurisprudenza valuta caso per caso quali sono gli elementi sintomatici della volontà di approfittare di investimenti e reputazione altrui¹⁵¹. Pertanto, la Francia sembra più vicina al “*reaping without sowing*” che all’*”ideas are free as the air to common use”*¹⁵².

Infine, in Italia, fermo restando il principio generale della libertà di imitazione, spesso la clausola generale contro la concorrenza sleale di cui all'art. 2598, n. 3), c.c. è stata utilizzata dalla giurisprudenza per fornire protezione contro diverse forme di imitazione servile non confusoria. In particolare, sono state sanzionate la concorrenza parassitaria, l'imitazione tramite mezzi di ripresa immediata, l'imitazione tramite l'impiego di informazioni riservate e l'agganciamento alla notorietà dei prodotti altrui. Siccome il tema verrà affrontato nel dettaglio nel prosieguo, si rinvia a quella sede per l'analisi della disciplina italiana (v. *infra*, Capitolo III, Sezione II)¹⁵³.

nettement inférieur, ce dont il résultait qu'elles s'étaient placées dans le sillage des sociétés Hasbro et avaient profité de leurs investissements [...], la cour d'appel a violé [l'article 1382 du Code civil]”.

¹⁴⁹ Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 10 mai 2006, 04-15.612 disponibile a <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007507823>

¹⁵⁰ In questo senso, v. chiaramente Cour d'Appel de Paris, 4e ch., 12 février 1999 (*Lego*) disponibile a <https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/1999/INPIB19990009>

¹⁵¹ S. NÉRISSON, § 11 *France*, cit., p. 223.

¹⁵² Nello stesso senso, v. A. OHLY, *The Freedom of Imitation and Its Limits*, cit., p. 2 dell'estratto.

¹⁵³ Per la precisione, dal momento che questa Tesi tratta delle entità legate a diritto d'autore e brevetto, in quella sede si analizzeranno i primi tre casi. Per l'esame dell'agganciamento alla notorietà dei prodotti altrui – che ha più a che fare col diritto dei marchi – si rinvia a D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 189 ss.

5. *L'innovazione nella digital economy richiede più o meno proprietà intellettuale?*

Ma l'analisi della proprietà intellettuale – in particolare del diritto d'autore – svolta in questo capitolo è ancora valida nell'ambito digitale?¹⁵⁴ Come noto, negli ultimi decenni, Internet ha avuto uno sviluppo e una diffusione enormi e, secondo alcuni, sta mettendo in discussione uno degli assunti fondamentali dell'economia: la scarsità delle risorse. Più precisamente, l'evoluzione tecnologica, da un lato, ha abbassato notevolmente i costi di riproduzione, distribuzione e – talvolta – creazione dei contenuti e, dall'altro, ha permesso a questi ultimi di circolare indipendentemente da un supporto materiale¹⁵⁵, così facilitandone notevolmente la comunicazione¹⁵⁶. Esemplificando, una volta che un musicista ha pubblicato un brano *online*, chiunque potrà agevolmente comunicarlo ad altri. Nonostante l'argomento potrebbe tranquillamente occupare più monografie, si proverà ora a fornirne una brevissima panoramica per iniziare a contestualizzare l'imitazione nei mercati digitali.

¹⁵⁴ Per un'interessante analisi economica degli sviluppi futuri dell'era digitale, v. J. RIFKIN, *The Zero Marginal Cost Society. The Internet of Things, the Collaborative Commons, and the Eclipse of Capitalism*, Palgrave Mac Millan, New York, 2014, il cui pensiero è analizzato nell'ambito della proprietà intellettuale, in particolare, da M.A. LEMLEY, *IP in a World Without Scarcity*, in 90 *N.Y.U. Law Review* 460 (2015). Nella dottrina italiana, per una ricca panoramica delle sfide dell'era digitale al diritto della proprietà intellettuale, v. M. RICOLFI, *Il futuro della proprietà intellettuale nella società algoritmica*, in *Giur. It.*, Supplemento, 2019, pp. 10-36.

¹⁵⁵ M.A. LEMLEY, *IP in a World Without Scarcity*, cit., 461. Il che sta cambiando profondamente il funzionamento delle industrie legate alla creatività (*i.e.* nel campo del diritto d'autore): i) i creatori spesso non necessitano del supporto di una grande impresa (per esempio, nel settore musicale, gli artisti possono diffondere *online* la loro musica, senza la necessità di incorporarla in dischi materiali e, dunque, del supporto di una casa discografica); e ii) la contraffazione non è più un *business*, ma tutti possono copiare e diffondere contenuti altrui, v. *Ibidem*, 470-471. Inoltre, lo sviluppo della stampa 3D, della biologia di sintesi e della robotica potrebbe rendere possibili simili sviluppi (bassi costi di riproduzione, distribuzione e creazione e disaccoppiamento di creazione e distribuzione) anche nei settori legati all'innovazione tecnologica, v. *Ibidem*, 461 e 471-481.

¹⁵⁶ M.A. LEMLEY, *IP in a World Without Scarcity*, cit., 470-471, dove si legge che “[t]he democratization of copying and distribution has made it far easier than ever before in history to communicate content to others. But [...] it may have made it harder than ever before to get paid for doing so”.

Di primo acchito, siccome Internet rende più facile e meno costoso copiare informazioni, sembrerebbe inevitabile una protezione della proprietà intellettuale più forte di quella tradizionale¹⁵⁷. Tuttavia, nonostante una “pirateria” senza precedenti¹⁵⁸, la creatività *online* sta fiorendo e masse di c.d. “*prosumers*” condividono sempre più contenuti, indipendentemente dalla tutela della proprietà intellettuale¹⁵⁹. Per questa ragione, alcuni Autori – mettendo in discussione la tradizionale teoria della proprietà intellettuale – hanno affermato che l’innovazione nei mercati digitali è guidata dalla concorrenza, anziché dal monopolio conferito dai DPI¹⁶⁰. Il che non significa che la proprietà intellettuale sia destinata a scomparire nell’era digitale, ma che essa potrebbe passare in secondo piano: non più la regola, ma l’eccezione per incentivare l’innovazione¹⁶¹. In particolare, solo dove i costi di

¹⁵⁷ R.P. MERGES, *Justifying Intellectual Property*, Harvard University Press, Cambridge (MA, USA) – London (UK), 2011, p. 291, dove si legge che “[i]n an economy where intangible assets are more valuable than ever, IP is more important than ever”.

¹⁵⁸ M.A. LEMLEY, *IP in a World Without Scarcity*, cit., 482.

¹⁵⁹ “[T]he Internet carries a surprising lesson for IP theory: Despite the prevalence of infringement and the teachings of IP theory, people are creating and distributing more content now than ever before, by at least an order of magnitude”, v. *Ibidem*, 485, che individua sei possibili giustificazioni per questo fenomeno inedito (488-496). Più in generale, Jeremy Rifkin riconduce questo fenomeno alla nascita dei c.d. “*Collaborative Commons*”, v. J. RIFKIN, *The Zero Marginal Cost Society*, cit., p. 19-31.

¹⁶⁰ Per tutti, v. M.A. LEMLEY, *IP in a World Without Scarcity*, cit., 463. Come ricordato in precedenza, il ruolo della concorrenza come motore dell’innovazione era già stato sottolineato, in via generale, da K.J. ARROW, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, cit., p. 619. Più precisamente, mentre nel settore del diritto d’autore il disaccoppiamento tra contenuto informativo e supporto materiale sta portando al tramonto dell’esclusiva – salvi futuri sviluppi della stampa 3D, della biologia di sintesi e della robotica – non altrettanto può dirsi per la tutela brevettuale, dove la dimensione fisica rimane ancora importante, v. M. RICOLFI, *Il futuro della proprietà intellettuale*, cit., pp. 15-18, il quale sottolinea però che, negli ultimi anni, la tutela brevettuale sta perdendo il suo rigore originario e si sta “arrotondando” (pp. 17-18).

¹⁶¹ “As more and more of the goods and services that make up the economic life of society edge toward near zero marginal cost and become almost free, the capitalist market will continue to shrink into more narrow niches where profit-making enterprises survive only at the edges of the economy”, v. J. RIFKIN, *The Zero Marginal Cost Society*, cit., p. 5. E con specifico riferimento al diritto della proprietà intellettuale, v. M.A. LEMLEY, *IP in a World Without Scarcity*, cit., 496, dove si legge che

creazione sono elevati – come per la realizzazione di un film hollywoodiano – essa sarà necessaria. Al contrario, nella generalità dei casi, questa potrebbe ritirarsi per far spazio al libero mercato. Pertanto, suggerendo un parallelismo con la deregolamentazione di molte attività economiche avvenuta sul finire del secolo scorso, è stata proposta una graduale deregolamentazione del diritto proprietà della intellettuale per renderlo più vicino alla realtà economica¹⁶².

Al momento nessuno può affermare con certezza in che misura questa parabola dal monopolio al libero mercato possa realizzarsi¹⁶³. In ogni caso, ammettendo che la creazione di contenuti sia destinata a essere sempre più indipendente dal riconoscimento di privative intellettuali, perché mai si dovrebbe utilizzare il diritto della concorrenza sleale per fornire protezione in loro assenza? La contraddizione è solo apparente. Infatti, se è vero che la concorrenza sarà il motore dell'innovazione nella *digital economy*, l'ordinamento non può esimersi dal proteggerla attraverso il diritto *antitrust* e – nei rapporti inter-imprenditoriali – il diritto della concorrenza sleale. A ogni modo, anche se la proprietà intellettuale non passasse il testimone al libero mercato, la flessibilità della concorrenza sleale – in quanto regime di *liability rules* – potrebbe rivelarsi ugualmente utile per tutelare l'innovazione in un contesto di rapida evoluzione tecnologica come quello attuale. E allo stesso modo, l'ombra

“[n]o amount of creative fire will drive someone who doesn't have hundreds of millions of dollars to make Peter Jackson's *Lord of the Rings* trilogy. They need corporate backing, and the corporate backers need a revenue stream. But in the Internet era those works are increasingly the exception, not the rule. The law therefore needs to figure out ways to protect those exceptional works without blocking the creativity that is happening despite, not because of, IP”. Nonostante ciò stia iniziando ad avvenendo con le licenze *Creative Commons*, non si può però ignorare che la strada su cui si è incamminata l'UE, con la Dir. UE 2019/790 (“*on copyright and related rights in the Digital Single Market*”), è quella opposta: la forte tutela della proprietà intellettuale, v. M. RICOLFI, *Il futuro della proprietà intellettuale*, cit., pp. 16-17.

¹⁶² Questo affievolimento della protezione della proprietà intellettuale *online* è proposto, in particolare, da M.A. LEMLEY, *IP in a World Without Scarcity*, cit., 506-507, dove si legge che “*IP law needs to make it easier for creators to opt out of the IP regime. The Internet is littered with unnecessary copyrights automatically given to works that have no need for them*” (510).

¹⁶³ *Ibidem*, 515, dove si legge che “*I don't have a good answer to what people will spend their time doing over the next century or how (or even if) they will get paid. But I think history gives us reasons to be optimistic*”.

monopolistica dei *big data* e delle piattaforme digitali impone un ripensamento dell'intervento *antitrust*. Per queste ragioni, nel prossimo capitolo si analizzerà nel dettaglio questo ripensamento – per quel che riguarda l'abuso di posizione dominante – e, in quello successivo, si tornerà a guardare all'imitazione attraverso le lenti più tradizionali – ma da ricalibrare per mettere a fuoco le peculiarità dell'economia digitale – del diritto della concorrenza sleale.

CAPITOLO II
**ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE E PIATTAFORME
DIGITALI**

SEZIONE I
**LE EPOCHE DEL DIRITTO *ANTITRUST* E L'ABUSO DI
POSIZIONE DOMINANTE NELL'AMBITO ANALOGICO**

SOMMARIO: 1. L'evoluzione e la funzione del diritto *antitrust* – 1.1. L'evoluzione del diritto *antitrust* negli Stati Uniti – 1.1.1. Genesi e primi anni di interpretazione dello Sherman Act. *Per se rules v. Rule of Reason* – 1.1.2. *Harvard School* – 1.1.3. *Chicago School* – 1.1.4. *Post-Chicago School* – 1.2. L'evoluzione del diritto *antitrust* in Europa – 1.2.1. La concezione ordoliberalista della concorrenza – 1.2.2. La scuola austriaca (rinvio) – 1.2.3. La *Brussels School* – 1.2.4. La *Neo-Brussels School* e il *more economic approach* – 2. L'abuso di posizione dominante – 2.1. La nozione di impresa rilevante ai fini del diritto *antitrust* – 2.2. Mercato rilevante – 2.3. Posizione dominante – 2.3.1 La posizione dominante collettiva – 2.3.2. Le imprese che operano in regime di monopolio legale – 2.4. Condotta abusiva – 2.4.1. La soglia di rilevanza comunitaria della posizione dominante – 2.4.1.1. Pregiudizio al commercio fra gli Stati membri – 2.4.1.2. Parte sostanziale del mercato interno – 2.4.2. Gli abusi di sfruttamento – 2.4.2.1. L'imposizione di prezzi o altre condizioni ingiustificatamente gravosi – 2.4.2.2. *Margin o price squeeze* – 2.4.2.3. *Tying contracts* e *bundling* – 2.4.3. Gli abusi di impedimento – 2.4.3.1. *Exclusionary dealing* – 2.4.3.2. Le pratiche discriminatorie – 2.4.3.3. Il boicottaggio – 2.4.3.4. *Predatory pricing* e comportamenti persecutori – 2.4.3.5. Il rifiuto di contrarre: *essential facility doctrine* e DPI

1. *L'evoluzione e la funzione del diritto antitrust*

“Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution” (art. 16 *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*).

Nonostante la citazione sia tratta dal diritto costituzionale, questa preoccupazione è condivisa anche da chi si occupa di diritto *antitrust*. Non vi è dubbio difatti che il secondo abbia a che fare con la limitazione del potere non meno del primo. L'uno è

nato per porre dei freni al potere del sovrano a garanzia dell'interesse generale, l'altro si prefigge di fare altrettanto per i sovrani privati. La domanda allora che sorgere spontanea è la seguente: questi ultimi incontrano davvero dei limiti? O più precisamente, l'attuale diritto *antitrust* è adeguato a limitare il potere delle grandi piattaforme digitali come Facebook, Apple, Amazon, Netflix e Google (FAANG)? Sul punto gli esperti si dividono in “*business as usual guys*” e “*this time is different guys*”¹⁶⁴. Secondo i primi non vi è nulla di nuovo, o meglio non vi è niente che impedisca l'applicazione dei vecchi rimedi. Per i secondi invece è necessario un ripensamento della materia. Si tratta dunque di un (possibile) cambiamento epocale. E come tutti i cambiamenti epocali richiede anzitutto contezza delle epoche passate. È giocoforza allora iniziare la trattazione del diritto *antitrust* con una panoramica della sua evoluzione nei principali ordinamenti, cioè negli Stati Uniti e in Europa.

1.1. *L'evoluzione del diritto antitrust negli Stati Uniti*

L'esame dell'evoluzione storica del diritto *antitrust* non può che iniziare dall'ordinamento in cui questo è nato: gli Stati Uniti. Come noto, nel 1890 il Congresso, approvando lo Sherman Act, fu il primo legislatore a occuparsi dei problemi posti dal monopolio. Pertanto, per comprendere appieno la ragion d'essere di questa normativa occorre brevemente prendere in considerazione il contesto in cui ha visto la luce.

1.1.1. *Genesi e primi anni di interpretazione dello Sherman Act. Per se rules v. Rule of Reason*

Nella seconda metà del XIX secolo, dopo la Guerra civile americana, si sviluppò la c.d. *Concentration crisis*, cioè la rapida crescita di grandi imprese attraverso –

¹⁶⁴ M. RICOLFI, *The Internet of Things and the Ages of Antitrust*, in *Concorrenza e mercato* 2017, 215-232 disponibile a <https://nexa.polito.it/nexacenterfiles/4.%20ricolfi.pdf> p. 5

utilizzando l'attuale linguaggio giuridico europeo – intese e concentrazioni¹⁶⁵. Cosicché iniziò a farsi sempre più sentita la necessità di limitare il potere economico a tutela della libertà individuale e della forma di governo democratica¹⁶⁶. La comprensione di queste problematiche non è immediata e occorre soffermarsi un attimo. Come può la libertà economica di un soggetto, in un sistema economico basato sulla concorrenza, danneggiare l'altrui libertà economica e addirittura la forma di governo democratica? Per rispondere a questa domanda è opportuno tripartire l'analisi per mettere in luce le minacce del monopolio agli interessi dei concorrenti, dei consumatori e alla struttura democratica¹⁶⁷.

Iniziando dal punto di vista dei concorrenti, sulla scorta dell'assunto basilare della dottrina liberale per cui la libertà di un soggetto incontra il proprio limite nell'altrui libertà, la libertà di iniziativa economica delle grandi imprese non può impedire ai concorrenti di competere sul mercato. Solo in tal modo, del resto, questa libertà è garantita in egual misura a tutti i cittadini (eguaglianza delle opportunità). Per quanto concerne i consumatori, è sufficiente ricordare che il monopolista ha il potere di esigere prezzi molto più alti di quello di mercato. Infine, nella concezione liberale, il monopolio è il “*grande nemico della democrazia*”¹⁶⁸ per una duplice ragione. In primo luogo, una democrazia può sopravvivere solo se vi è un'effettiva partecipazione popolare, la quale non è possibile se la maggior parte della popolazione, a seguito della concentrazione della ricchezza nelle mani di poche imprese, non può soddisfare i propri bisogni basilari. In secondo luogo, il processo

¹⁶⁵ Un caso esemplare è quello della Standard Oil, che fu poi oggetto di una celebre sentenza della Corte Suprema, v. Standard Oil Co. v. United States, 221 U.S. 1 (1911).

¹⁶⁶ Non a caso infatti lo Sherman Act fu definito dalla Corte Suprema “*the Magna Charta of free enterprise*”, v. United States v. Topco Assocs., Inc., 405 U.S. 596 (1972).

¹⁶⁷ Per un'accurata analisi delle radici politiche e del contesto in cui lo Sherman Act ha visto la luce v. D.K. MILLON, *The Sherman Act and the Balance of Power*, in 61 *Southern California Law Review* 1219 (1988).

¹⁶⁸ H.C. SIMONS, *Economic Policy for a Free Society*, University of Chicago Press, Chicago, 1948 cit. da R. VAN HORN, *Reinventing Monopoly and the Role of Corporations. The Root of Chicago Law and Economics*, in P. MIROWSKI e D. PLEHEVE (a cura di), *The Road from Mont Pelèrin. The Making of the Neoliberal Thought Collective*, Harvard University Press, Cambridge (MA, USA) – London (UK), 2009, p. 204.

democratico è minacciato dall'influenza che queste poche imprese esercitano sulle autorità pubbliche per il perseguimento dei propri interessi. Pertanto, ricordando le eloquenti parole del Sen. Sherman, la concentrazione del potere economico conferisce ai suoi detentori una “*kingly prerogative*” incompatibile con la forma di governo democratica¹⁶⁹.

Nella visione del legislatore del 1890, l'antidoto contro i mali del monopolio era la decentralizzazione dell'economia attraverso il divieto di accordi per restringere la concorrenza (Sec. 1) e di monopolizzare o tentare di monopolizzare un mercato (Sec. 2). Questi erano gli strumenti per garantire a tutti i cittadini in egual modo la libertà di iniziativa economica e la possibilità di partecipare al processo democratico, indipendentemente da considerazioni basate sull'efficienza.

Ciononostante, parte della dottrina, a partire dalla seconda metà degli anni '60 del secolo scorso, iniziò a ricostruire l'origine dello Sherman Act in modo completamente diverso da quello finora esposto. Infatti, Robert H. Bork sostenne che la funzione del diritto *antitrust* è stata sin dalle origini la massimizzazione del c.d. “*consumer welfare*”¹⁷⁰. Su questa nozione ci si concentrerà a breve, per ora basti intenderla come efficienza economica. Quel che qui preme mettere in luce è che tale tesi non trova conforto nelle evidenze storiche, dal momento che le ragioni politiche alla base dello Sherman Act appena illustrate erano considerate prevalenti rispetto a quelle efficientistiche. Anzi, come sostenuto dal Sen. Sherman e altri, anche qualora un monopolio si fosse dimostrato efficiente, l'esperienza insegnava che tali guadagni sarebbero andati a beneficio delle imprese monopolistiche e non certo dei

¹⁶⁹ “*If the concentrated powers of this combination are intrusted to a single man, it is a kingly prerogative, inconsistant with our form of government [...]. If we would not submit to an emperor we should not submit to an autocrat of trade, with power to prevent competiton and to fix the price of any commodity*”. V. 21 CONG. REC. 2457 (1890), cit. da D.K. MILLON, *The Sherman Act*, cit., p. 1277.

¹⁷⁰ R.H. BORK, *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, in 6 *Journal of Law and Economics* 7 (1966) e poi R.H. BORK, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, Basic Books, New York, 1978, pp. 50-66. Tale posizione è stata fortemente criticata, tra gli altri, da D.K. MILLON, *The Sherman Act*, cit., pp. 1228-1235.

consumatori¹⁷¹. Il che trova altresì conferma nelle parole del Sen. Teller e del Sen. Platt, i quali affermarono lapidariamente che avere prezzi bassi non è il primo interesse della società¹⁷².

A ogni buon conto, l'approvazione dello Sherman Act più che il punto di arrivo della discussione attorno al diritto *antitrust* ne fu il punto di inizio. E negli anni successivi alla sua entrata in vigore, il dibattito si spostò dal piano politico a quello giurisprudenziale¹⁷³, nel quale venne a inserirsi nella più generale controversia tra formalisti e realisti. Brevemente, i primi sostenevano che l'interpretazione giuridica, a tutela della certezza del diritto e della separazione dei poteri, dovesse essere meccanicistica (c.d. *law in the books*), mentre per i secondi la legge era da interpretare alla luce del suo concreto impatto sulla società (c.d. *law in action*)¹⁷⁴. In particolare, mentre i formalisti ritenevano che la tecnica normativa principale del diritto *antitrust* fossero le c.d. *per se rules*, cioè norme da applicare in modo formalistico, i realisti¹⁷⁵ erano dell'opinione opposta: la normativa in esame è da interpretare alla luce della c.d. *rule of reason*, cioè attraverso una valutazione degli effetti concreti della condotta al fine di accertare la sua effettiva pericolosità per il processo competitivo¹⁷⁶. Con la diffusione di questo secondo orientamento aumentò

¹⁷¹ “[A]ll experience shows that this saving of cost goes to the pockets of the producer”, v. 21 CONG. REC. 2460 (1890) cit. da D.K. MILLON, *The Sherman Act*, cit., p. 1277.

¹⁷² Rispettivamente, “I have not learned the doctrine that cheapness is the only thing in the world we are to go for. I do not believe that the great object of life is to make everything cheap” e “there is no greater fallacy than that the cheaper prices are the better it is for the community”. V. 21 CONG. REC. 2561 e 2730 (1890), cit. da D.K. MILLON, *The Sherman Act*, cit., 1219 e 1283.

¹⁷³ O. ANDRIYCHUK, *The Normative Foundations of European Competition Law. Assessing the Goals of Antitrust through the Lens of Legal Philosophy*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2017, pp. 39-47.

¹⁷⁴ Si è presa in prestito la terminologia del celebre R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, in 44 *Am. L. Rev.* 12 (1910).

¹⁷⁵ Il termine è usato in modo un po' improprio dal momento che questa scuola di pensiero si è compiutamente sviluppata a partire dagli anni '20 del XX secolo. Tuttavia, già prima alcuni suoi assunti si erano sviluppati grazie al pensiero di alcuni celeberrimi precursori, come Oliver Wendell Holmes Jr., Nathan Roscoe Pound e Benjamin N. Cardozo.

¹⁷⁶ A conforto della tesi realista si può citare il Sen. Sherman: “the precise line between lawful and unlawful [...] must be left for the courts to determine in each particular case. All that we, as

sempre più l'importanza nell'interpretazione giuridica della teoria economica, che diventò il discrimine tra ragionevole e irragionevole.

1.1.2. Harvard School

La prima scuola di pensiero che ricostruì in modo sistematico il diritto *antitrust* fu la *Harvard School*¹⁷⁷. Questa nacque verso la metà del XX secolo come applicazione delle teorie dei più importanti economisti di Harvard¹⁷⁸ al diritto *antitrust*. Alla base di tale corrente vi è il c.d. *multi-goal approach*, secondo cui la concorrenza si colloca all'interno di un più ampio quadro regolatorio, del quale non costituisce il fine ultimo, ma solo uno strumento per perseguire più ampie politiche macroeconomiche. Come tutte le scuole di pensiero che si esamineranno, anche quella di Harvard si può descrivere tramite una “*componente normativa*” e una “*metodologica*”¹⁷⁹. La prima è costituita dal modello dello Stato interventista, mentre la seconda è rappresentata da un atteggiamento piuttosto formalista nell'interpretazione del diritto *antitrust*.

I due concetti principali alla base di questa scuola sono il c.d. *S – C – P paradigm* e il concetto di *workable competition*. Iniziando dal *S – C – P paradigm*, la normativa

lawmakers, can do is to declare general principles, and [...] the courts will apply them so as to carry out the meaning of the law”. V. 21 CONG. REC. 2460 (1890) cit. da O. ANDRIYCHUK, *The normative foundations*, cit., pp. 41-42. Tra i precedenti più rilevanti della Corte Suprema che per primi affermarono e definirono questa regola v. *United States v. Trans-Missouri Freight Assn*, 166 U.S. 290 (1897), *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505 (1898), *Addyston Pipe and Steel Co. v. United States*, 175 U.S. 211 (1899), *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911) e *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918).

¹⁷⁷ Si può ritenere il manifesto di questa scuola C. KAYSSEN – D.F. TURNER, *Antitrust Policy. An Economic and Legal Analysis*, Harvard University Press, Cambridge (MA, USA), 1959. Tra le sentenze della Corte Suprema che riconobbero tale approccio sono certamente da citare *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962), *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, 374 U.S. 321 (1963) e *United States v. Von's Grocery Co.*, 384 U.S. 270 (1966).

¹⁷⁸ In particolare, si può citare la teoria della concorrenza monopolistica di Edward Chamberlin, v. E. CHAMBERLIN, *The Theory of Monopolistic Competition*, Harvard University Press, Cambridge (MA, USA), 1933.

¹⁷⁹ Questo è l'approccio seguito da O. ANDRIYCHUK, *The normative foundations*, cit., pp. 47-49.

antitrust deve tener conto della natura delle industrie che ne sono oggetto. Infatti, la struttura della concorrenza (S) in un dato mercato e la posizione di una certa impresa influenzano la condotta (C) di quest'ultima e, dunque, anche la sua *performance* (P), il che avrà a sua volta un certo impatto sulla struttura del mercato. Seguendo questo approccio, al contrario di quanto avverrà nella *Chicago School* (v. *infra*, paragrafo 1.1.3.), il diritto *antitrust* viene fondato su evidenze empiriche derivanti dall'osservazione del comportamento delle imprese nei diversi mercati piuttosto che su leggi economiche astratte e universali.

Come appena detto, l'altro concetto a base della *Harvard School* è quello di *workable competition*¹⁸⁰. Questo poggia sulla teoria della concorrenza imperfetta e, conseguentemente, sul disconoscimento del modello della concorrenza perfetta¹⁸¹ come obiettivo del diritto *antitrust*. Infatti, non essendo concretamente raggiungibile lo stato di affari ipotizzato dalla seconda, il diritto *antitrust* deve mirare a un livello di concorrenza praticabile (*workability*). Ed è proprio su queste basi che si è arrivati all'elaborazione della teoria della “concorrenza potenziale” per cui, in assenza di barriere all'entrata e all'uscita, anche mercati monopolistici od oligopolistici avrebbero portato a risultati concorrenziali¹⁸². Nonostante la condivisibilità teorica della concorrenza *workable*, questa è rimasta avvolta da un alone di incertezza per via della sua dipendenza da giudizi di valore (i quali non possono che essere soggettivi)¹⁸³. Cionondimeno, non si può non riconoscere l'importanza del concetto in esame per la comprensione delle imperfezioni dei mercati reali¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Uno dei fondatori del concetto è stato John M. Clark, v. J.M. CLARK, *Toward a concept of workable competition*, 40 *The American Economic Review* 241 (1940).

¹⁸¹ Un mercato si può ritenere concorrenzialmente perfetto se i beni sono omogenei, non vi sono asimmetrie informative (completa informazione di consumatori e produttori), le imprese non possono determinare unilateralmente i prezzi e non vi sono barriere all'entrata e all'uscita.

¹⁸² La minaccia della concorrenza potenziale costringerà il monopolista a osservare comportamenti concorrenziali. Il pensiero di J.M. Clark è stato sviluppato da J.S. BAIN, *Barriers to New Competition*, Harvard University Press, Cambridge (MA, USA), 1956 cit. da V. MANGINI, *Lineamenti generali*, in AA. VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 436.

¹⁸³ V. O. ANDRIYCHUK, *The normative foundations*, cit., pp. 51-55.

¹⁸⁴ H.J. HOVENKAMP, *Antitrust Policy after Chicago*, in 84 *Michigan Law Review* 222 (1985).

A ogni modo, l'incapacità di arrivare a teorie economiche universali e astratte derivante dall'empirismo del *S – C – P paradigm* e l'incertezza attorno al concetto di *workable competition* lasciarono scoperto il fianco della *Harvard School* alle critiche della *Chicago School*, la quale negli anni '70 divenne il paradigma dominante¹⁸⁵.

1.1.3. Chicago School

Non c'è dubbio che la scuola di pensiero che ebbe il maggiore impatto sul diritto *antitrust* fu la *Chicago School*¹⁸⁶. Prima di esaminare le sue caratteristiche è opportuno mettere brevemente in luce la concezione del monopolio nella visione neoliberista¹⁸⁷. Come detto in precedenza, nella visione liberale il monopolio era considerato il “*grande nemico della democrazia*”¹⁸⁸. Questo assunto era pacifico su entrambe le sponde dell'Atlantico nei primissimi anni del secondo dopoguerra. Tuttavia, in America, a seguito degli studi sulla concorrenza condotti all'Università di Chicago¹⁸⁹, presto si arrivò a una conclusione diversa. Più precisamente, si passò – con evidente ripensamento di alcuni tra i fondatori del neoliberismo (quali Aaron Director, Milton Friedman ed Edward Hirsch Levi) – dalla visione liberale a una posizione basata sul *laissez-faire* e sulle forze autocorrettive del mercato¹⁹⁰. In breve, il diritto *antitrust*, in caso di dubbio sulle conseguenze economiche di una

¹⁸⁵ R.A. POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in 127 *U. Pa. L. Rev.* 948 (1979).

¹⁸⁶ Le premesse di questa scuola ebbero un ampio riconoscimento dottrinale e giurisprudenziale. La Corte Suprema sposò espressamente la posizione della *Chicago School* per la prima volta in *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977).

¹⁸⁷ Come noto, infatti, la *Chicago School* si colloca all'interno della corrente economica che ha preso il nome di neoliberismo. Sul punto v. R. VAN HORN, *Reinventing Monopoly*, cit., pp. 204 ss.

¹⁸⁸ V. *supra*, nt. 168.

¹⁸⁹ Il Volker Fund ebbe una certa influenza su questi studi. Infatti, non solo li finanziò, ma arrivò addirittura a minacciare di rimuovere Aaron Director dalla guida del Free Market Study (FMS) se questo non avesse rinnegato la visione liberale del monopolio. Sul punto, v. R. VAN HORN, *Reinventing Monopoly*, cit., pp. 208-209.

¹⁹⁰ Questa posizione è l'architrave concettuale della *Chicago School*, il cui manifesto è considerato A. DIRECTOR – E.H. LEVI, *Law and the Future: Trade Regulation*, in 51 *Northwestern University Law Review* 281 (1956).

determinata pratica, deve astenersi dal vietarla. Infatti, sarà la concorrenza a erodere il monopolio senza necessità di intervento statale, dal momento che gli alti profitti monopolistici attrarranno nuovi concorrenti. Al contrario, una disciplina inefficiente né permette alle forze autocorrettive del mercato di funzionare né si modifica da sola¹⁹¹. Pertanto, traducendo il *laissez-faire* in indicazioni legislative, il diritto *antitrust* deve intervenire solo in un numero limitato di casi: cartelli fra concorrenti, comportamenti predatori e concentrazioni orizzontali che portano a quote di mercato molto elevate¹⁹².

Questa è la “*componente normativa*” della *Chicago School*, mentre quella “*metodologica*”¹⁹³ è costituita dall’impiego della *rule of reason* secondo la teoria economica neoclassica. Insomma, l’approccio *chicagoan* e la *Harvard School* sono agli antipodi. Infatti, da un lato, l’empirismo del *S – C – P paradigm* viene sostituito dall’esame di pratiche individuali secondo le leggi economiche universali e astratte della microeconomia neoclassica, così mettendo a disposizione del giurista uno strumentario più semplice e dai risultati più prevedibili di quello della *Harvard School*. Dall’altro, il fine del diritto *antitrust* non è più la *workable competition*. Come detto in precedenza, dipendendo la definizione di *workability* da giudizi di valore, la *Chicago School*, nello spirito dell’analisi economica del diritto, ha dato al diritto *antitrust* un fondamento oggettivo radicato nella scienza economica: il *consumer welfare*¹⁹⁴.

¹⁹¹ W.H. PAGE, *The Chicago School and the Evolution of Antitrust: Characterization, Antitrust Injury, and Evidentiary Sufficiency*, in 75 *Virginia Law Review* 1243 (1989).

¹⁹² R. BORK, *The Antitrust Paradox*, cit., pp. 405 ss.

¹⁹³ V. *supra* nt. 15.

¹⁹⁴ Il concetto fu sviluppato da Robert Bork in più opere durante gli anni '60 e '70, il risultato delle quali è stato poi sintetizzato in R.H. BORK, *The Antitrust Paradox*, cit., in particolare pp. 90-115. Il *consumer welfare* è stato espressamente riconosciuto come fine del diritto *antitrust* dalla Corte Suprema per la prima volta in *Reiter v. Sonotone Corp.*, 442 U.S. 330, 343 (1979) per poi diventare giurisprudenza consolidata. O meglio, ciò che si è consolidato nella giurisprudenza è l’uso di questa espressione, ma non il suo significato. Per un’analisi e critica del concetto di *consumer welfare*, v. B.Y. ORBACH, *The Antitrust Consumer Welfare Paradox*, in 7 *Journal of Competition Law & Economics* 133 (2011) e B.Y. ORBACH, *How Antitrust Lost Its Goal*, in 81 *Fordham Law Review* 2253 (2013). Per la precisione, la giurisprudenza ha sempre sostenuto che il fine del diritto *antitrust*

Definire questa espressione è compito arduo. Nonostante gli sforzi della dottrina e le pronunce giurisprudenziali, sul punto vi è una tale incertezza che qualcuno ha addirittura proposto di abbandonare questo concetto¹⁹⁵. Per questa ragione, il miglior risultato al quale si può ambire in questa sede è fornire una rapida panoramica della concezione *chicagoan*.

Lo *standard* del *consumer welfare* fu introdotto per la prima volta da Robert H. Bork¹⁹⁶ al fine di spostare l'attenzione del diritto *antitrust* dalla protezione dei piccoli concorrenti (spesso inefficienti) all'efficienza economica. In primo luogo, si deve distinguere tra efficienza statica e dinamica. La prima può essere di due tipi: efficienza allocativa, che è massima quando il prezzo di mercato è uguale al costo marginale (il costo per produrre un'ulteriore unità di un bene o servizio)¹⁹⁷, e produttiva, cioè l'utilizzo delle risorse nella produzione in modo da minimizzare i costi. Per efficienza dinamica, invece, si intende l'aumento delle risorse attraverso l'investimento nell'educazione e nella ricerca e sviluppo. Ebbene Bork fondò il *consumer welfare* sull'efficienza statica senza prendere in considerazione quella dinamica¹⁹⁸. Infatti, questo Autore sostenne che “*the all task of antitrust can be summed up as an effort to improve allocative efficiency without impairing productive*

sia la struttura competitiva del mercato, la quale è finalizzata alla massimizzazione del *consumer welfare*, v. chiaramente *Geneva Pharmaceuticals Technology Corp. v. Barr Laboratories Inc.*, 386 F.3d 489 (2d Cir. 2004). Per un'analisi più approfondita si rimanda *infra*, paragrafo 1.2.4.

¹⁹⁵ Si vedano le due opere di Barack Y. Orbach citate alla nt. precedente.

¹⁹⁶ Si deve precisare che l'utilizzo che Bork fa del termine non è in armonia col suo significato economico (in economia per *consumer welfare* si intende il benessere che il consumatore trae dal consumo di un bene o di un servizio). L'imprecisione di Bork va oltre, in quanto questo Autore usa il concetto in parola come sinonimo di concorrenza, efficienza e massimizzazione della ricchezza, v. B.Y. ORBACH, *The Antitrust Consumer Welfare Paradox*, cit., p. 146.

¹⁹⁷ Un'altra definizione comune di efficienza allocativa è quella di efficienza paretiana. Quest'ultima si ha qualora si abbia una distribuzione delle risorse per cui nessuno scambio volontario può migliorare la posizione di un soggetto senza danneggiarne un altro.

¹⁹⁸ Robert Bork, sottovalutando il ruolo del diritto nell'innovazione, sostenne che “[innovation] will occur even without special consideration by the law”, v. R.H. BORK, *The Goals of Antitrust Policy*, in 57 *Am. Econ. Rev.* 251 (1967).

efficiency”¹⁹⁹. In secondo luogo, al fine di definire i rapporti tra consumatori e produttori, si deve distinguere tra *consumer surplus* e *total surplus*. Il primo è la differenza tra quanto il consumatore è disposto a pagare per un bene o servizio e quanto ha effettivamente pagato. Mentre il secondo è la somma di *consumer surplus* e *producer surplus*, cioè la ricchezza totale prodotta in un mercato, indipendentemente da come questa è distribuita tra consumatori e produttori²⁰⁰. Nonostante lo *standard* elaborato da Bork faccia espresso riferimento al consumatore, questo Autore – e in generale la *Chicago School* – ha preferito il *total surplus* rispetto al *consumer surplus*²⁰¹, identificando così il *consumer welfare* con l’efficienza globale del sistema economico²⁰². In questo senso, il diritto *antitrust* è neutrale rispetto al problema della distribuzione delle risorse (cioè dell’individuazione dei soggetti destinatari del *surplus*). Una diversa conclusione richiederebbe all’interprete di svolgere una funzione politica di redistribuzione della ricchezza²⁰³.

Senza dubbio alla *Chicago School* si deve la creazione di un legame indissolubile tra diritto *antitrust* e analisi economica e lo sviluppo di idee che sono ancora oggi

¹⁹⁹ R.H. BORK, *The Antitrust Paradox*, cit., p. 91.

²⁰⁰ Se questo è lo strumentario del diritto *antitrust*, è evidente che il termine *welfare* è fuorviante. Infatti, il c.d. *consumer welfare* è basato solo sul prezzo e non sempre il benessere coincide con un prezzo più vantaggioso. Esempio evidente è quello dei “*low prices for bads*”, quali le sigarette, v. B.Y. ORBACH, *The Antitrust Consumer Welfare Paradox*, cit., pp. 151-153.

²⁰¹ R.H. BORK, *The Antitrust Paradox*, cit., pp. 110-112. Questa è l’opinione della *Chicago School*, per tutti, v. R.A. POSNER, *Antitrust law*, The University of Chicago Press, Chicago – London, 2001, p. 23.

In ogni caso, la possibilità di concentrazione della ricchezza in capo a grandi imprese è sdrammatizzata dal fatto che il modello della *corporation* americana è quello della *public company*, cioè le cui azioni sono diffuse tra il pubblico. Pertanto, un aumento della ricchezza di una grande impresa produrrà anche un aumento della ricchezza dei molti piccoli azionisti. Inoltre, la redistribuzione del reddito si avrà anche attraverso le maggiori tasse pagate dalle grandi imprese. V. F.H. EASTERBROOK, *Workable Antitrust Policy*, in 84 *Michigan Law Review* 1704 (1986).

²⁰² “*Consumer welfare [...] is merely another term for the wealth of the nation*”, v. R.H. BORK, *The Antitrust Paradox*, cit., p. 90.

²⁰³ Tra gli altri, v. F.H. EASTERBROOK, *Workable Antitrust Policy*, cit., pp. 1703-1704 e F. DENOZZA, *Chicago, l’efficienza e il diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, 1988, I, pp. 9-10.

centrali. Purtroppo, lo stesso uso dell'economia neoclassica che l'ha portata al successo, l'ha anche esposta a critiche. Infatti, tale uso dell'economia talvolta si rivela troppo astratto per capire il reale funzionamento dei mercati. In particolare, la visione neoliberista del monopolio e delle forze autocorrettive del mercato al più può essere utile per descrivere dinamiche concorrenziali di lungo periodo, ma, come i dannati danteschi, non è in grado di vedere gli effetti che una condotta ha nel breve periodo. Da queste critiche è nato il diritto *antitrust Post-Chicago*.

1.1.4. Post-Chicago School

L'ultima scuola del diritto *antitrust* nord-americano da analizzare è la c.d. *Post-Chicago School*²⁰⁴. Il nome è significativo. Da una parte si riconosce l'eredità della *Chicago School* mantenendo centrale il ruolo dell'analisi economica e dell'efficienza quale unico scopo del diritto *antitrust*. Dall'altra, però, la teoria economica neoclassica è ritenuta, come detto, troppo astratta per spiegare il funzionamento dei mercati reali.

In generale, il fine del diritto *antitrust* rimane il *consumer welfare*, ma l'accento passa dal *total surplus* al *consumer surplus*. L'obiettivo della legislazione in parola dunque, più che la massimizzazione dell'efficienza del sistema economico, diviene la produzione di benefici economici per i consumatori in termini di minor prezzi o maggior qualità dei prodotti²⁰⁵. Peraltro, in quest'ottica, il *consumer welfare* non

²⁰⁴ Alle origini di questo movimento vi è il *seminal paper* di H. HOVENKAMP, *Antitrust Policy After Chicago*, in 84 *Michigan Law Review* 213 (1984).

²⁰⁵ J.F. BRODLEY, *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress*, in 62 *N.Y.U.L. Rev.* 1033 (1987). Altri propongono un'accezione lievemente diversa. Più che di *consumer surplus* si dovrebbe parlare di massimizzazione della *consumer choice*, intesa come possibilità per il consumatore di determinare i suoi bisogni e di poterli soddisfare a un prezzo competitivo, v. N. W. AVERITT – R. H. LANDE, *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, in 65 *Antitrust Law Journal* 713 (1997).

viene più inteso unicamente in termini di efficienza statica, ma, come si vedrà a breve, un'importanza crescente viene riconosciuta all'efficienza dinamica²⁰⁶.

Riprendendo la distinzione tra componente normativa e metodologica fin qui seguita²⁰⁷, la componente normativa di questa scuola è piuttosto sfocata. Infatti, non vi sono giudizi di valore netti come con le scuole di Harvard e Chicago. Sia l'interventismo che il *laissez-faire* sono accettabili purché giustificati in termini di efficienza economica²⁰⁸. Pertanto, quel che connota maggiormente per il movimento in esame è la sua componente metodologica. Si è appena detto che l'obiettivo del diritto *antitrust* resta il perseguimento dell'efficienza economica. Tuttavia, si deve ora aggiungere che vi è un netto cambiamento degli strumenti economici utilizzati dall'interprete. Infatti, venuta meno la fiducia nelle forze autocorrettive del mercato, alla teoria economica neoclassica se ne sostituiscono di più complesse (*in primis* la teoria dei giochi) basate sull'osservazione del reale funzionamento dei mercati²⁰⁹. Il che trasforma il diritto *antitrust* da corpo normativo basato su leggi economiche universali a strumento deputato alla risoluzione di singoli casi concreti²¹⁰.

²⁰⁶ Il diritto *antitrust* avrà allora l'obiettivo di massimizzare il *consumer welfare* nel lungo periodo, ancora J.F. BRODLEY, *The Economic Goals of Antitrust*, cit., 1033. L'Autore si cura anche di esaminare i rapporti tra efficienza economica (con prevalenza dell'efficienza dinamica e produttiva rispetto a quella allocativa) e *consumer welfare*, i quali vengono sintetizzati nel concetto di *antitrust welfare*, v. *Ibidem*, 1023-1042.

²⁰⁷ O. ANDRIYCHUK, *The Normative Foundations*, cit., pp. 47-49.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 69.

²⁰⁹ Il mercato viene ora considerato una "*far messier place*", v. H. HOVENKAMP, *The reckoning of post-Chicago antitrust*, in A. CUCINOTTA – R. PARDOLESI – R. VAN DER BERGH (a cura di), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2002, p. 5.

²¹⁰ L.A. SULLIVAN, *Post-Chicago Economics: Economists, Lawyers, Judges and Enforcement Officials in a Less Determinate Theoretical World*, in 63 *Antitrust Law Journal* 678 (1995). Dal punto di vista pratico, l'orientamento in parola ha avuto un importante riconoscimento in *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992). Nonostante influente dottrina abbia ritenuto opportuno l'*overruling* di questo precedente, resta il fatto che la Corte Suprema ha posto così fine all'egemonia della *Chicago School* nel diritto *antitrust*. Per la critica di questa sentenza, v. H. HOVENKAMP, *The reckoning of post-Chicago*, cit., pp. 7-14. In ogni caso, la scuola in parola ha

A ogni modo, l'utilizzo di queste teorie economiche può essere soggetto a critiche simili a quelle che i *chicagoans*, a loro tempo, mossero alla *Harvard School*. In primo luogo, l'analisi empirica, essendo per definizione legata alle peculiarità dei singoli casi, implica una certa imprevedibilità delle decisioni. In secondo luogo, l'utilizzo di questo strumentario può dimostrarsi estremamente difficile e i giudici (e tantomeno le giurie!) non hanno una solida formazione economica. Per via di tutte queste perplessità, non è fuori luogo domandarsi se, malgrado la sua distanza dai mercati reali, l'approccio della *Chicago School* non sia comunque da preferirsi²¹¹. In altri termini, forse è meglio uno strumento certo e di facile applicazione, anche se non sempre aderente alla realtà economica, piuttosto che un metodo ritenuto più preciso, ma dai risultati incerti e di difficile applicazione²¹².

Inoltre, l'analisi della *Post-Chicago School* non ruota più solo attorno all'efficienza statica, ma particolare attenzione è prestata a quella dinamica²¹³. E particolarmente interessante per l'oggetto di questa tesi è la *increasing return logic* di Brian Arthur. Ebbene, secondo questo Autore, non sempre il mercato tende verso l'efficienza. In particolare, nelle c.d. *knowledge-based industries*, in presenza di più soluzioni tecnologiche contrastanti e di *network effects*²¹⁴, una volta che il mercato è

anche portato a risultati pratici accolti con favore dalla dottrina, per esempio la *RRC (Raising Rivals' Costs) theory*, v. ancora una volta H. HOVENKAMP, *The reckoning of post-Chicago*, cit., pp. 16-21.

²¹¹ H. HOVENKAMP, *The reckoning of post-Chicago*, cit., pp. 5 e 21.

²¹² Si permetta qui di notare incidentalmente l'ironia della sorte. La *Chicago School* è nata come campione della *Rule of Reason* contro le *per se rules* e, nella domanda che ci si pone nel testo, si considerano le regole interpretative di questa scuola una sorta di *per se rules* (seppure di natura economica e non giuridica, e dunque di applicazione più flessibile).

²¹³ Tra gli altri, oltre al già citato J.F. BRODLEY, *The Economic Goals of Antitrust*, cit., v. anche R.J.R. PERITZ, *Dynamic efficiency and US antitrust policy*, in A. CUCINOTTA – R. PARDOLESI – R. VAN DER BERGH (a cura di), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, cit., pp. 108-125. Questo secondo Autore analizza il rilievo dell'efficienza dinamica nel diritto *antitrust* prendendo le mosse dal pensiero di tre economisti: Joseph Schumpeter, Edward Chamberlin e Brian Arthur.

²¹⁴ Si hanno *network effects* (esternalità di rete) quando la scelta di un prodotto da parte di un consumatore aumenta l'utilità che questo prodotto ha per gli altri consumatori. Il caso del VHS citato nella nota successiva è esemplare. L'utilizzo della stessa tecnologia è tanto più vantaggioso per i consumatori quanto questa è più diffusa tra i venditori di videocassette e viceversa. Sul tema si tornerà

indirizzato verso una soluzione, indipendentemente dal fatto che sia la più efficiente, si producono *positive feedback loops* e conseguenti *lock-in effects* per cui il vincitore del processo competitivo non solo avrà maggior successo sul mercato, ma lo conquisterà interamente (*winner takes all*)²¹⁵. Fuor di anglofilismo, se il valore di una soluzione tecnologica è tanto più elevato tanti più sono i soggetti che la scelgono, all'impresa che la offre, non appena il mercato manifesti una certa inclinazione nei suoi confronti, si presenterà una possibilità di crescita rapida ed esponenziale. Pertanto, la vera concorrenza non si ha nella realizzazione della soluzione tecnologica migliore, ma nelle scelte strategiche finalizzate a indirizzare il mercato a favore del proprio prodotto. In questa luce, il caso *Microsoft*²¹⁶ può intendersi come un tentativo di reprimere comportamenti volti ad amplificare in modo anti-competitivo i *lock-in effects*²¹⁷.

Infine, è stato giustamente notato che il diritto della concorrenza, nell'epoca *Post-Chicago*, è tenuto a confrontarsi anche con la globalizzazione²¹⁸. Ebbene, concludendo quest'esposizione con uno dei grandi interrogativi dei nostri giorni, l'attuale diritto *antitrust* è ancora in grado di limitare il potere privato quando questo opera su scala globale e gli Stati ingaggiano tra loro una competizione regolatoria per attirare gli investimenti (v. *infra*, Sezione III, paragrafo 2.)?

1.2. L'evoluzione del diritto antitrust in Europa

Il fatto che il diritto *antitrust* sia nato negli Stati Uniti non significa affatto che in Europa si sia meramente recepita l'evoluzione avvenuta oltreoceano. Piuttosto, il

diffusamente nel prosieguo del capitolo trattando dei *big data* e delle piattaforme digitali, v. *infra*, Sezione II, paragrafi 2.2. e 3.

²¹⁵ Si veda al riguardo la vittoria del formato di videocassette VHS sul Beta, v. R.J.R. PERITZ, *Dynamic efficiency*, cit., pp. 116-120.

²¹⁶ *United States v. Microsoft Corporation*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001). La controversia si poi è conclusa con una transazione.

²¹⁷ In tal senso, v. R.J.R. PERITZ, *Dynamic efficiency*, cit., pp. 120-121.

²¹⁸ E.M. FOX, *Post-Chicago, post-Seattle and the dilemma of globalization*, in A. CUCINOTTA – R. PARDOLESI – R. VAN DER BERGH (a cura di), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, cit., pp. 76-84.

rapporto tra questi due ordinamenti è di influenza reciproca. Per esempio, già il contesto culturale in cui ha visto la luce lo Sherman Act è in qualche modo debitore della cultura europea. In particolare, la Scuola storica sviluppatasi in Germania durante il XIX secolo ebbe non poca importanza anche negli Stati Uniti dell'epoca²¹⁹. In secondo luogo, l'equilibrio tra diritto ed economia di cui è espressione il diritto della concorrenza non è identico su entrambe le sponde dell'Atlantico. E le diverse soluzioni raggiunte rispecchiano il diverso clima culturale e politico esistente nei due continenti. Mentre al centro della cultura politica americana vi è il libero mercato, quella europea si è dimostrata più attenta alle conseguenze politiche e sociali di questa libertà. Inoltre, mentre il diritto *antitrust* statunitense ha visto la luce in uno Stato federale, quello europeo (o meglio, comunitario) ha dovuto anzitutto fare i conti con l'integrazione di diversi mercati nazionali.

1.2.1. *La concezione ordoliberalista della concorrenza*

Alla base del diritto europeo della concorrenza vi è l'ordoliberalismo, cioè il pensiero nato dalla cooperazione di giuristi ed economisti all'università di Friburgo negli anni '30²²⁰. Assunto fondamentale di questa scuola è la necessità di limitare la libertà di iniziativa economica per mezzo di scelte politiche a garanzia della libertà e dignità umana (c.d. *costituzione economica*)²²¹. D'altro canto, così come l'interesse generale va protetto dagli eccessi del potere privato, restando la libertà economica

²¹⁹ H. HOVENKAMP, *The Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization*, in 68 *Texas Law Review* 112-115 (1989). Infatti, per quanto concerne l'approccio ai problemi del diritto *antitrust*, negli anni '80 del XIX secolo in America vi era chi preferiva il metodo neoclassico della tradizione anglo-americana basato su teorie economiche astratte e chi sosteneva la necessità di un approccio "storico", cioè basato sul contesto socio-culturale, tipico della Scuola storica tedesca.

²²⁰ È bene precisare che di questa corrente di pensiero esiste anche una variante elaborata dalla Scuola di Colonia, la quale è più orientata verso la funzione sociale del mercato. In ogni caso, siccome non si tratta di una distinzione netta, si è preferito utilizzare nel testo il termine ordoliberalismo *tout court*. V. O. ANDRIYCHUK, *The Normative Foundations*, cit., pp. 101-102.

²²¹ D.J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the "New" Europe*, in 42 *The American Journal of Comparative Law* 44-45 (1994).

alla base del sistema economico e sociale, anche quest'ultima va tutelata dalle intrusioni del potere pubblico²²². A tal fine, lo Stato è chiamato a fissare i principi strutturali all'interno dei quali la concorrenza può svolgersi liberamente²²³. Più precisamente, tali principi si dividono in principi costitutivi e regolativi. I primi definiscono la forma del sistema economico (per esempio protezione della proprietà privata, riconoscimento della libertà contrattuale, responsabilità extracontrattuale, ecc.), mentre i secondi servono a garantire l'effettività dei primi.

Al primo posto nell'agenda dello Stato regolatore vi è senza dubbio il diritto *antitrust*. I principi regolativi che esso pone difatti proteggono la democrazia dalle minacce del monopolio garantendo la concorrenza “*completa*”, cioè quello stato degli affari in cui un'impresa non è in grado di coartare i suoi concorrenti²²⁴. Inoltre, quando il monopolio non è evitabile – monopoli naturali e legali (per esempio un diritto di proprietà intellettuale, o DPI) – questi principi impongono al monopolista di agire come se operasse in un regime concorrenziale (*as-if standard*). Ai fini di questa valutazione, è stata presa in prestito dal diritto della concorrenza sleale la distinzione tra concorrenza di prestazione e di impedimento. Così la concorrenza basata sui prezzi o sulle caratteristiche del prodotto è ammessa, mentre è vietata quella finalizzata a impedire ai concorrenti di competere. Quanto all'applicazione del diritto della concorrenza, a garanzia dell'equilibrio tra interesse generale e libertà economica e per evitare indebite ingerenze politiche, la scuola in esame ha optato per un'autorità indipendente.

²²² G. AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Hart Publishing, Oxford, 1997, p. 3, che qualifica il problema in parola “*the dilemma of liberal democracy*”. Allo stesso modo, O. ANDRIYCHUK, *The Normative Foundations*, cit., pp. 90-92 mostra che la base dell'ordoliberalismo è il concetto di *rule of law*, la quale opera come limite sia per le imprese che per le pubbliche autorità.

²²³ Questa regolazione indiretta, che differisce radicalmente dal modello dello Stato interventista, crea il c.d. *Ordnungspolitik*. V. D.J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy*, cit., 47-49.

²²⁴ Ancora D.J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy*, cit., 43 e 49-56. È bene precisare che il termine concorrenza “*completa*”, anche se sostanzialmente coincidente con il concetto di concorrenza perfetta, viene utilizzato per distinguere il pensiero ordoliberal dalla teoria neoclassica del prezzo, v. *Ibidem*, 43, nt. 86.

In apertura del paragrafo si è detto che l'ordoliberalismo nasce dalla cooperazione di giuristi ed economisti. Si deve dunque ancora dar conto delle teorie economiche utilizzate da questa scuola. Ancora una volta, l'alternativa è tra un approccio empirico e uno basato su teorie astratte, che nell'Europa dell'epoca erano rispettivamente l'analisi della Scuola storica o la tradizionale teoria liberale di origine anglosassone. A differenza di quanto avvenuto negli Stati Uniti, non si è optato in modo netto per l'una o per l'altra. Entrambe sono accettate, o meglio ne viene proposto un uso combinato (c.d. *great antinomy*). Infatti, per comprendere l'economia di mercato, da un lato si devono conoscere i principi generali che ne sono alla base, dall'altro, per coglierne il reale funzionamento, non si può prescindere dall'analisi storica del loro contesto sociale, culturale, politico e giuridico²²⁵.

L'utilizzo della teoria economica non deve confondere. L'ordoliberalismo non propone un'analisi economica del diritto come quella che si svilupperà negli Stati Uniti. Non è il diritto che deve perseguire l'efficienza economica (o meglio, non solo), ma è l'economia a dover rispettare la dignità e libertà dei cittadini²²⁶. In sintesi, la scuola in parola si propone come una terza via tra capitalismo e socialismo. Un'economia basata su principi umanistici che, a differenza dei primi due, ha l'obiettivo di garantire sia la giustizia sociale che la libertà economica, senza sacrificare l'una per il perseguimento dell'altra.

1.2.2. *La scuola austriaca (rinvio)*

La Scuola austriaca²²⁷ rappresenta un intruso nel panorama europeo e difatti ha avuto un'influenza molto maggiore oltreoceano. Tra i concetti di maggior rilievo da questa elaborati vi è senz'altro il "*market process*", il quale concepisce la concorrenza come

²²⁵ Questo è il pensiero di Walter Eucken, uno dei fautori dell'ordoliberalismo. V. D.J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy*, cit., 34 e 40-41.

²²⁶ "*Social security and social justice are the greatest concerns of our time*", v. W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 1952, p. 1 citato da D.J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy*, cit., 37.

²²⁷ Per una sintesi dei principi alla base di questa scuola, v. O. ANDRIYCHUK, *The Normative Foundations*, cit., pp. 104-110.

un processo dinamico dagli sviluppi imprevedibili. In quest'ottica, non disponendo lo Stato delle informazioni necessarie per intervenire nel processo concorrenziale ed essendo il mercato in grado di correggere da sé le proprie imperfezioni, il primo deve in linea di massima astenersi da qualsiasi ingerenza.

La distanza tra l'ordoliberalismo e la Scuola austriaca è evidente. Mentre il primo prevede una forte presenza dello Stato nel processo economico (seppur nel ruolo di regolatore), la seconda predilige il *laissez-faire* e le forze autocorrettive del mercato. A ogni buon conto, a ragione della scarsa importanza che questa scuola ha avuto nello sviluppo del diritto *antitrust* europeo, più di un cenno in questa sede non è consentito.

1.2.3. *La Brussels School*

Finora sono state prese in considerazione le radici culturali del diritto della concorrenza europeo, si deve ora vedere l'influenza che queste hanno avuto sulla genesi e interpretazione di quello comunitario. Come già detto, il diritto europeo²²⁸ della concorrenza è ampiamente debitore del pensiero ordoliberales. La ragione di questa influenza è almeno duplice. Da un lato, nell'Europa del secondo dopoguerra questa scuola era quella che più aveva studiato il ruolo del diritto della concorrenza nella democrazia liberale e, più in generale, i rapporti tra diritto ed economia in chiave liberal-socialista (che come noto fu la corrente culturale cui si ispirarono le costituzioni europee del secondo dopoguerra, quella italiana compresa). Dall'altro, la Germania era l'unico Stato europeo che all'epoca si stava dotando di una moderna legislazione *antitrust*²²⁹.

Su pressione tedesca gli artt. 85 (intese) e 86 (abuso di posizione dominante) furono introdotti nel Trattato di Roma del 1957. La struttura seguita dal TCE – la stessa del

²²⁸ Con questa espressione si allude sia al diritto comunitario che a quello degli Stati membri. Per la ricostruzione dell'influenza che l'ordoliberalismo ebbe in Europa e sul diritto comunitario, v. D.J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy*, cit., 69-74.

²²⁹ Il progetto di Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) (BGBl. I 1957 S. 1081) fu proposto nel 1952 e approvato il 27 luglio 1957 (senza particolari stravolgimenti rispetto alla formulazione del 1952), quattro mesi dopo la firma del trattato di Roma (25 marzo 1957).

GWB – differisce vistosamente dall'altro modello che poteva essere adottato: quello statunitense. Mentre il divieto delle intese restrittive della concorrenza è previsto anche dallo Sherman Act, l'art. 86 TCE vieta l'abuso di posizione, non la *monopolization* (o il tentativo) *tout court* (Sec. 2 Sherman Act). Dopo l'entrata in vigore del TCE, l'influenza ordoliberalista si fece sentire anche nell'interpretazione che di queste norme diedero la Commissione e la Corte di Giustizia. Influenza che peraltro ancora riecheggia nell'art. 3.3 TUE, il quale prevede tra le finalità dell'UE la realizzazione di “*un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale*”.

A ogni modo, il diritto *antitrust* comunitario è andato oltre. Non tutte le risposte ai problemi dell'allora CEE erano state fornite dalla scuola ordoliberalista. Ci si riferisce in particolare all'integrazione dei mercati degli Stati membri per creare un mercato comune (oggi mercato interno). Ebbene questo divenne lo scopo principale della Scuola di Bruxelles²³⁰. Per questa ragione, il diritto della concorrenza venne interpretato in modo da impedire alle imprese di riprodurre le barriere alla libera circolazione di merci, persone, capitali e servizi che la CEE cercava di abbattere. Dal punto di vista della tecnica giuridica, per raggiungere tale obiettivo si è data una lettura formalista delle norme sulla concorrenza²³¹. Il formalismo, infatti, porta alla certezza del diritto, che è necessaria per convincere le imprese a uscire dalla dimensione nazionale ed operare sul mercato comune.

1.2.4. *La Neo-Brussels School e il more economic approach*

²³⁰ O. ANDRIYCHUK, *The Normative Foundations*, cit., pp. 113-116.

²³¹ L'attuale art. 3.3 TUE, che prevede tra i fini dell'UE la realizzazione del mercato interno, è stato utilizzato dalla Corte di Giustizia per interpretare le norme *antitrust*. In particolare, il formalismo è ammesso quando strumentale alla realizzazione del mercato interno, che non è bilanciabile con obiettivi contrastanti. Sul punto v. J. DREXL, *Competition Law as a Part of the European Constitution*, in A. VON BOGDANDY – J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, Verlag CH Beck, Monaco, 2010, p. 664. La sentenza che viene commentata da questo Autore è la Sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 21 febbraio 1973, *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. c. Commissione delle Comunità europee*, C-6/72, ECLI:EU:C:1973:22, punto 24.

Sul finire degli anni '90, per via del livello di integrazione dei mercati raggiunto e degli sviluppi del diritto *antitrust* statunitense, la Commissione europea ha intrapreso un programma di ammodernamento del proprio diritto della concorrenza per renderlo più aderente alla realtà economica (c.d. “*more economic approach*”)²³². Ed è così che il *consumer welfare*, nell’accezione di *consumer surplus*²³³, è diventato lo scopo del diritto della concorrenza (anche se l’integrazione dei mercati non è stata abbandonata) e che quest’ultimo ha cominciato a essere interpretato alla luce di complesse teorie economiche (quale la teoria dei giochi), in linea con l’approccio della *Post-Chicago School*. Insomma, il formalismo è stato sostituito dall’analisi degli effetti concreti della condotta (c.d. *effect-based approach*).

Come già detto, l’assenza di concordia sul significato da attribuire all’espressione *consumer welfare* è causa di parecchie incertezze. E la scelta della Commissione di optare per il *consumer surplus*, in linea con la *Post-Chicago School*, non può certo ritenersi risolutiva di tali problemi. Infatti, malgrado gli oppositori di Bork abbiano chiarito che per *consumer welfare* si intende *consumer surplus* e per *total welfare* *total surplus*, non è ancora chiaro quale sia il ruolo del concetto in parola. È il fine del diritto *antitrust*? È la base su cui effettuare il *test* di legalità di una condotta? Serve a definire regole procedurali?²³⁴

²³² Ma già a partire dalla seconda metà degli anni '80 la giurisprudenza ha iniziato a considerare lecite pratiche produttive di effetti concorrenziali superiori a quelli anticoncorrenziali, v. Sentenza della Corte di Giustizia UE del 28 gennaio 1986, Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, C-161/84, ECLI:EU:C:1986:41.

²³³ Comunicazione della Commissione del 24 febbraio 2009, “*Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*”, C 45/02, punto 19, nella quale, alla nt. 2 del punto citato, si precisa che per consumatori si intendono tutti gli acquirenti, siano essi imprese che utilizzano il bene o servizio nella loro attività economica o consumatori finali.

²³⁴ Tutti questi interrogativi sono analizzati, comparando le soluzioni adottate negli Stati Uniti e in Europa, da G.J. WERDEN, *Consumer welfare and competition policy*, in J. DREXL – W. KERBER – R. PODSZUN (a cura di), *Competition Policy and the Economic Approach. Foundations and Limitations*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2011, pp. 11-39. Per la precisione, l’Autore si chiede anche se il *consumer welfare* possa assumere il ruolo di principio guida

Alla ricerca di una via di uscita dal ginepraio, per quanto riguarda le prime due domande, come risulta dalla giurisprudenza statunitense e comunitaria²³⁵, se il *consumer welfare* è il fine del diritto *antitrust*, lo è solo in modo mediato. Infatti, il diritto della concorrenza protegge il processo competitivo da distorsioni anticoncorrenziali della struttura del mercato (fine immediato), così producendo effetti positivi (riduzione dei prezzi e innovazione) per i consumatori nel medio-lungo periodo (fine mediato). Pertanto, essendo il fine immediato e la legittimazione dell'intervento *antitrust*, sarà la prima e non certo il secondo a rappresentare il parametro alla stregua del quale valutare la liceità concorrenziale della condotta. Insomma, le imprese dominanti non sono tenute a massimizzare il *consumer welfare*, ma a non distorcere il processo competitivo. Una diversa conclusione implicherebbe la confusione tra normalità e normatività.

A ogni buon conto, ciò non significa che il *consumer welfare* non abbia nessun rilievo nel *test* di legalità. Infatti, in caso di dubbio riguardo all'alterazione della struttura concorrenziale del mercato, sarà il *consumer welfare* a determinare la liceità o meno della condotta. Più precisamente, se il comportamento della/e impresa/e sotto indagine si dimostra efficiente, o meglio non dannoso per i consumatori, questo sarà lecito.

Inoltre, passando alla terza domanda, anche qualora una condotta abbia effetti anticoncorrenziali, l'impresa può sempre giustificarsi sul piano dell'efficienza

per il legislatore. Per via della minore rilevanza rispetto alle altre questioni, rimando alla trattazione appena indicata.

²³⁵ Per la giurisprudenza statunitense v. *Standard Oil*, cit., 231 e 248 che afferma alla base del diritto antitrust vi è la fede nella concorrenza, che come precisato successivamente significa che il diritto “*rests on the premise that the unrestrained interaction of the economic forces will yield the best allocation of our economic resources, the lowest prices, the highest quality and the greatest material progress*”, v. *Northern Pacific R. Co. v. United States*, 356 U.S. 4 (1958). Più recentemente v. *United States v. Microsoft Corporation*, 253 F.3d 58-59 (D.C. Cir. 2001) e molto esplicitamente *Geneva Pharmaceuticals*, cit., 489.

Per il diritto comunitario v. *Sentenza Continental Can*, cit., punti 25-26 e *Sentenza del Tribunale UE del 17 dicembre 2003, British Airways plc c. Commissione delle Comunità europee*, T-219/99, ECLI:EU:T:2003:343, punto 264. E lo stesso è affermato dalla Commissione, *Comunicazione exclusionary conduct*, cit., punto 19.

economica, dimostrando che gli effetti pro-competitivi della sua condotta sono maggiori di quelli anti-competitivi (v. *infra*, paragrafo 2.4.). In questo senso, il *consumer welfare* diventa il criterio secondo il quale distribuire l'onere della prova. L'autorità *antitrust* o l'attore (in caso di *private enforcement*) devono dimostrare l'idoneità della condotta ad alterare la struttura concorrenziale del mercato, mentre l'impresa sotto indagine può dimostrare l'esistenza di vantaggi in termini di *consumer welfare* superiori agli svantaggi.

Infine, riguardo agli strumenti economici utilizzati dalla *Neo-Brussels School*, già si è detto che questi sostanzialmente coincidono con quelli della *Post-Chicago School*, con la quale è condivisa anche l'attenzione per l'efficienza dinamica. Pertanto, a ragione della sostanziale identità sul piano teorico delle questioni, non si può che rinviare a quanto detto riguardo alla *Post-Chicago School* (v. *supra*, paragrafo 1.1.4.)²³⁶.

2. L'abuso di posizione dominante

L'abuso di posizione dominante²³⁷, ignoto in quanto tale al diritto nord-americano, fu introdotto per la prima volta dall'art. 86 Trattato CE del 1957 ed è oggi disciplinato

²³⁶ Per una discussione europea sul punto v. comunque i contributi sul punto in J. DREXL – W. KERBER – R. PODSZUN (a cura di), *Competition Policy and the Economic Approach*, cit.

²³⁷ Sul tema, tra i molti, si vedano M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 266-341, G. OLIVIERI, *L'abuso di posizione dominante*, in AA. VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 478 ss., I. VAN BELL – J.F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2010, pp. 99-133 e 797-878, A. KUR – T. DREIER, *European Intellectual Property Law. Text, Cases and Materials*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2013, pp. 378-411, E. FOX – D. GERARD, *EU Competition Law, Cases, Text and Context*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2017, pp. 159-233, W. VERLOREN VAN THEMAAT – B. REUDER, *European Competition Law. A Case Commentary*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2018, pp. 141-203, M. HERZ – H. VEDDER, *A Commentary on Art. 102 TFEU*, in H.J. BLANKE – S. MANGIAMELI (a cura di), *The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) – A Commentary* (in corso di pubblicazione con Springer), disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2977195&download=yes

dall'art. 102 TFUE e, a livello nazionale, dall'art. 3 l. n. 287/1990. In ogni caso, dal momento che la disciplina italiana ricalca quella comunitaria, l'attenzione si concentrerà su quest'ultima.

Secondo il fraseggio del primo comma dell'art. 102 TFUE, “[è] *incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo*”. Il secondo comma procede poi a elencare – ma si tratta di elenco esemplificativo – le pratiche abusive (come l'imposizione di condizioni eccessivamente gravose, le pratiche escludenti, ecc.). Come si afferma tradizionalmente, ciò che è vietato non è la detenzione di una posizione dominante, ma il suo abuso in modo pregiudizievole per il commercio tra gli Stati membri²³⁸. Pertanto, altrettanto tradizionalmente si ritiene che le imprese dominanti siano gravate della “*speciale responsabilità*”²³⁹ di non eliminare o distorcere la concorrenza nel rispetto degli obiettivi fissati dall'art. 3 TUE²⁴⁰. Quale sia l'ampiezza di questa responsabilità non si può dire una volta per tutte, ma è da valutare con metodo economico in base a tutte le circostanze dei singoli casi

e, per la determinazione del mercato rilevante, R. BUSSCHER – M. HERZ – H. VEDDER, *A Commentary on Art. 101 TFEU*, in H.J. BLANKE – S. MANGIAMELI (a cura di), *The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) – A Commentary* (in corso di pubblicazione con Springer), pp. 11-14 dell'estratto disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2977195&download=yes

²³⁸ Tra gli altri, v. Comunicazione della Commissione del 24 febbraio 2009, *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, C-45/02, punto 1. Nel diritto nord-americano, invece, la Sec. 2 Sherman Act sanziona tre condotte: *monopolization*, *conspiracies* e *attempts to monopolize*. Pertanto, essendo il monopolio sanzionato in quanto tale, le imprese monopoliste possono essere smantellate d'autorità in applicazione di tale norma (anche se ciò è avvenuto assai sporadicamente, per esempio nel celebre caso Standard Oil).

²³⁹ Per una breve analisi delle ragioni che hanno portato a preferire questa soluzione rispetto a quella statunitense, v. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza*, cit., pp. 267-270.

²⁴⁰ M. HERZ – H. VEDDER, *A Commentary on Art. 102 TFEU*, cit., pp. 13-15 dell'estratto, in cui si trovano anche tutti gli opportuni riferimenti giurisprudenziali.

concreti²⁴¹. Il che avviene con maggior rigore nei casi di *super-dominance*, cioè di una posizione dominante eclatante (quale il possesso di più del 90% delle quote di mercato)²⁴².

2.1. La nozione di impresa rilevante ai fini del diritto antitrust

Prima di addentrarsi nell'analisi dell'art. 102 TFUE, si deve chiarire quali siano i soggetti passivi del diritto *antitrust*. In questo settore, il concetto di “*impresa*”²⁴³ è molto più ampio di quello previsto dall'art. 2082 del nostro c.c. Difatti, secondo la giurisprudenza consolidata della CGUE²⁴⁴, per impresa si intende “*qualsiasi entità che eserciti un'attività economica*” – e ovviamente anche imprese di Stati terzi, se operanti sul mercato interno, sono soggette al diritto della concorrenza dell'UE²⁴⁵. Siccome i fattori che identificano un'impresa sono l'organizzazione, l'oggetto e lo scopo, l'analisi si concentrerà su questi tre aspetti.

Il requisito dell'organizzazione è ridotto al minimo dalla giurisprudenza comunitaria, sicché anche operatori economici individuali, quali il titolare di un brevetto che lo concede in licenza e l'artista che effettua utilizzazioni saltuarie della propria voce²⁴⁶, sono stati compresi nella categoria. Andando dritti al cuore del problema, una delle questioni più rilevanti in materia è quella dei gruppi e delle associazioni di imprese, i quali sono considerati un'unica impresa nel diritto *antitrust*. Per gruppo si intende una pluralità di società soggette a direzione e coordinamento unitari dove le società

²⁴¹ Mentre la norma in parola è stata applicata per 40 anni in modo piuttosto formalista, a partire dalla fine degli anni '90, la Commissione ha iniziato a impiegare “*sound economics*”, v. E. FOX – D. GERARD, *EU Competition Law*, cit., p. 160.

²⁴² Sul punto non vi è ancora chiarezza, per l'esposizione del tema e i necessari riferimenti, v. I. VAN BELL – J.F. BELLIS, *Competition Law*, cit., pp. 103-104.

²⁴³ Per un'ottima sintesi, v. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza*, cit., pp. 69-82.

²⁴⁴ Una delle sentenze più rilevanti sul punto è la Sentenza della Corte di Giustizia UE del 23 aprile 1991, Höfner ed Elser c. Macrotron GmbH, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161, punto 21.

²⁴⁵ Si precisa che il diritto dell'UE sanziona le imprese, non le persone fisiche che hanno posto in essere i comportamenti illeciti (per esempio gli amministratori di una società).

²⁴⁶ V. MANGINI, *Le intese restrittive della concorrenza*, in AA. VV., *Diritto industriale*, cit., p. 453.

controllate sostanzialmente non fanno altro che eseguire le direttive della *holding*²⁴⁷. È richiesto dunque un controllo sostanziale, mentre non rileva quello puramente finanziario. Allo stesso modo, nonostante si tratti solo di rapporti contrattuali e non di controllo azionario, anche l'impresa madre che dirige e coordina una rete di "agenzie integrate" rientra nella nozione di gruppo rilevante ai fini *antitrust*²⁴⁸. Rientrano inoltre nella nozione di impresa propria del diritto della concorrenza anche le c.d. "associazioni di imprese" (a prescindere dall'eventuale qualificazione pubblicistica attribuitele dal diritto nazionale), cioè le organizzazioni imprenditoriali che agiscono nell'interesse di una o più categoria di imprenditori²⁴⁹. Sul piano temporale poi, vi è impresa anche in caso di azioni organizzate svolte in vista dell'inizio dell'attività produttiva vera e propria²⁵⁰.

Per quanto riguarda l'oggetto dell'attività produttiva, il diritto *antitrust*, secondo la giurisprudenza consolidata, è applicabile anche alle attività soggette a regolamentazione amministrativa speciale (per esempio banche e telecomunicazioni) e ai professionisti intellettuali (salvo deroghe previste dai diritti nazionali a tutela di interessi generali)²⁵¹. Vi è invece un'esenzione per l'agricoltura (l'art. 42 TFUE rimette alla decisione politica del Parlamento e del Consiglio dell'UE l'applicazione del diritto *antitrust* alle imprese agricole) e per l'azione sindacale dei lavoratori

²⁴⁷ Sentenza della Corte di Giustizia UE del 31 ottobre 1974, Centrafarm BV e Adriaan de Peijper c. Sterling Drug Inc., C-15/74, ECLI:EU:C:1974:114, punto 41.

²⁴⁸ Sentenza del Tribunale UE del 15 settembre 2005, DaimlerChrysler AG c. Commissione delle Comunità europee, T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322, punti 85-88.

²⁴⁹ Per esempio, Sentenza della Corte di Giustizia UE del 28 febbraio 2013, Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas c. Autoridade da Concorrência, C-1/12, ECLI:EU:C:2013:127, in particolare punto 59. In questo caso, l'ordine professionale dei tecnici contabili è stato ritenuto un'associazione di imprese e si è dunque applicato il diritto *antitrust* (in particolare è stato ritenuto un'intesa ex art. 101 TFUE un regolamento adottato da quest'ordine professionale).

²⁵⁰ M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza*, cit., p. 73.

²⁵¹ Per esempio, Sentenza della Corte di Giustizia UE 5 dicembre 2006, Federico Cipolla c. Rosaria Portolese in Fazari e Stefano Macrino e Claudia Capoparte c. Roberto Meloni, cause riunite C-94/04 e C-202/04, ECLI:EU:C:2006:758, in particolare punto 54. In questo caso, la CGUE ha ammesso la legittimità delle tariffe che fissano il limite minimo per gli onorari degli avvocati (purché fissate da un ufficio amministrativo indipendente dai soggetti interessati).

dipendenti [art. 153, cc. 1, lett. f), e 5, TFUE]. A ogni modo, qualora un soggetto svolga più attività, è possibile che sia considerato impresa solo per alcune di queste. Si immagini il caso di uno calciatore che è lavoratore dipendente per l'attività sportiva nel suo *club*, mentre rientra nella nozione di impresa quando, per esempio, sfrutta economicamente la propria immagine.

Rimane infine da esaminare lo scopo dell'impresa. La giurisprudenza comunitaria ha negato la necessità dello scopo di lucro, affermando la sufficienza dell'economicità di gestione²⁵². Pertanto, non sono imprese solo le entità – pubbliche o private – che svolgono attività di mera erogazione, cioè completamente o almeno in misura significativa in assenza di corrispettivi (per esempio i soggetti che si occupano di beneficenza). E le pubbliche amministrazioni? La Corte di Giustizia accoglie una nozione sostanziale di “*pubblica amministrazione*” per cui è tale ogni soggetto che esercita “*tipiche prerogative dei pubblici poteri*”²⁵³, indipendentemente dalla qualificazione pubblicistica o privatistica nel diritto nazionale. In tali casi il diritto *antitrust* non è applicabile, ma a tutelare la concorrenza penserà la normativa (di origine comunitaria) sui contratti pubblici. A titolo esemplificativo, è stata ritenuta pubblica amministrazione un'entità esercitante attività di controllo e di polizia dello spazio aereo²⁵⁴, mentre gli enti pubblici incaricati della gestione collettiva dei diritti d'autore sono stati considerati imprese²⁵⁵. Inoltre, può darsi che lo stesso soggetto eserciti principalmente prerogative proprie dei pubblici poteri, ma collateralmente fornisca beni o servizi dietro corrispettivo. In tal caso, salvo che l'attività collaterale di carattere imprenditoriale sia indissociabile da quella pubblicistica, la prima

²⁵² Sentenza della Corte di Giustizia UE del 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance e altri c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392, in particolare punto 22. In questo caso, un ente che gestisce, senza scopo di lucro, un regime di assicurazione per la vecchiaia è stato ritenuto un'impresa ai sensi del diritto *antitrust*.

²⁵³ Sentenza della Corte di Giustizia UE 19 gennaio 1994, *SAT Fluggesellschaft mbH c. Eurocontrol*, C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7

²⁵⁴ Sentenza Eurocontrol, cit., punto 30.

²⁵⁵ Di recente, Sentenza della Corte di Giustizia UE del 14 settembre 2017, *Biedrība „Autortiesību un komunikāšanās konsultāciju aģentūra - Latvijas Autoru apvienība c. Konkurences padome*, C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689, punti 32-34.

rientrerà nell'ambito di applicazione del diritto *antitrust*²⁵⁶. Per la trattazione delle imprese che operano in regime di monopolio legale, v. *infra*, paragrafo 2.3.1.

Si può ora procedere all'analisi dell'art. 102 TFUE. Tre saranno gli elementi da esaminare: il mercato rilevante, la posizione dominante e la condotta abusiva.

2.2. Mercato rilevante

Detto in modo molto semplice, il mercato rilevante è il mercato sul quale un'impresa opera. La sua individuazione è la prima tappa nell'applicazione dell'art. 102 TFUE, dopodiché si procederà alla valutazione della posizione dominante sul mercato in esame e della condotta abusiva. Al riguardo, l'esperienza insegna che nei procedimenti *antitrust* le imprese cercano sempre di ampliare il mercato rilevante, mentre le autorità *antitrust* tentano di interpretarlo restrittivamente²⁵⁷. È del resto evidente che più questo è ampio più è difficile affermare l'esistenza di una posizione dominante.

Al fine di definire il mercato rilevante, è necessario individuare il prodotto che ne è oggetto e l'area geografica in cui l'impresa sotto indagine opera²⁵⁸. Iniziando dal c.d. mercato del prodotto, questo comprende “*tutti i prodotti e/o servizi che sono*

²⁵⁶ Sentenza della Corte di Giustizia UE del 12 luglio 2012, *Compass-Datenbank GmbH c. Republik Österreich*, C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449, punto 38, ma v. già Sentenza del 26 marzo 2009, *SELEX Sistemi Integrati SpA c. Commissione delle Comunità europee e Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, C-113/07, ECLI:EU:C:2009:191, punti 72 ss. Queste due sentenze riconoscono la regola enunciata nel testo, ma, per via delle circostanze del caso concreto, dichiarano inapplicabile il diritto *antitrust*, in quanto l'attività economica è stata ritenuta indissociabile dall'esercizio dei pubblici poteri.

²⁵⁷ G. OLIVIERI, *L'abuso di posizione dominante*, cit., p. 482.

²⁵⁸ Il tema dell'individuazione del mercato rilevante è stato approfonditamente esaminato nella Sentenza della Corte di Giustizia UE del 14 febbraio 1978, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione delle Comunità europee*, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22. Inoltre, la Commissione ha reso pubbliche le modalità di individuazione del mercato rilevante da essa seguite con la Comunicazione della Commissione del 9 dicembre 1997, *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, C-372/03.

*considerati intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche dei prodotti, dei loro prezzi e dell'uso al quale sono destinati*²⁵⁹.

Come si evince da questa definizione, centrale è il concetto di sostituibilità del prodotto, sia sul lato della domanda che su quello dell'offerta. Prima di analizzare separatamente questi concetti, è necessario chiarire il rapporto che tra essi intercorre. La sostituibilità sul lato della domanda è il punto di partenza, mentre quella sul lato dell'offerta è da prendere in considerazione solo nella misura in cui porti a risultati equivalenti alla prima dal punto di vista dell'efficacia e immediatezza²⁶⁰.

La sostituibilità sul lato della domanda è misurata tramite il *SSNIP test* (altrimenti detto *hypothetical monopolist test*)²⁶¹. Questo misura la variazione delle preferenze dei consumatori a seguito di un piccolo ma significativo aumento non transitorio del prezzo del prodotto (dal 5 al 10%)²⁶². Se un numero sufficiente di consumatori passa al prodotto B, a seguito di un tale aumento del prezzo del prodotto A, il mercato rilevante dovrà comprendere almeno i prodotti A e B. Dal punto di vista della concreta applicazione di questo *test*, alcuni degli elementi più significativi di cui la Commissione tiene conto possono essere così riassunti²⁶³. 1) Le variazioni della

²⁵⁹ Comunicazione *mercato rilevante*, cit., punto 7.

²⁶⁰ Comunicazione *mercato rilevante*, cit., punti 20-23. Per un'ottima analisi dell'orientamento della Commissione, v. I. VAN BELL – J.F. BELLIS, *Competition Law*, cit., pp. 120-125.

²⁶¹ Per una breve esposizione, v. Comunicazione *mercato rilevante*, cit., punti 17-19, la quale è ripresa da R. BUSSCHER – M. HERZ – H. VEDDER, *A Commentary on Art. 101 TFEU*, cit., p. 12 dell'estratto. Tale approccio è stato seguito anche in giurisprudenza, v. Sentenza del Tribunale UE del 1 luglio 2010, AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione europea, T-321/05, ECLI:EU:T:2010:266, punti 89-90 poi confermata dalla Corte di Giustizia, v. Sentenza della Corte di Giustizia UE del 6 dicembre 2012, AstraZeneca AB e AstraZeneca plc c. Commissione europea, C-457/10, ECLI:EU:C:2012:770.

²⁶² Il prezzo da prendere in considerazione è il prezzo di mercato. Tuttavia, la Commissione non ha fornito criteri idonei a risolvere il problema che si pone quando tale prezzo è venuto a formarsi in assenza di concorrenza. Infatti, se il prezzo è già monopolistico un ulteriore incremento potrebbe portare i consumatori a preferire altri prodotti e, dunque, il *test* non porterebbe a una definizione del mercato eccessivamente ampia. Il problema è sottolineato da I. VAN BELL – J.F. BELLIS, *Competition Law*, cit., p. 122.

²⁶³ Comunicazione *mercato rilevante*, cit., punti 37-43. Va precisato che non è necessaria l'esistenza di tutti questi fattori, ma possono essere sufficienti anche solo alcuni di essi (e lo stesso discorso vale

domanda avvenute in passato a seguito dell'aumento dei prezzi dei prodotti (*ceteris paribus*) sono determinanti. 2) Rilevante è anche il punto di vista dei clienti, concorrenti²⁶⁴ e consumatori. I primi due sono spesso consultati dalla Commissione per raccogliere la maggior parte dei dati empirici necessari per decidere, mentre le preferenze degli ultimi, non essendo questi direttamente consultabili dalla Commissione, possono essere dedotte da studi di mercato. 3) Esistenza di concreti costi e ostacoli al passaggio a un prodotto sostitutivo (per esempio ostacoli normativi). 4) Esistenza di gruppi distinti di consumatori, i quali, se suscettibili di discriminazione in termine di prezzo, possono rappresentare diversi mercati rilevanti. Come già detto, la sostituibilità sul lato dell'offerta può essere presa in considerazione solo nella misura in cui il suo impatto sia equivalente a quello della sostituibilità sul lato della domanda in termini di efficacia e immediatezza. Più precisamente, se il produttore di un bene non sostituibile sul lato della domanda, a seguito dell'aumento di prezzo misurato dal *SSNIP test*, è in grado di passare rapidamente alla produzione del bene il cui prezzo è aumentato senza costi aggiuntivi o rischi eccessivi, allora si ha sostituibilità sul lato dell'offerta²⁶⁵. In altri termini, il passaggio dell'impresa alla produzione del bene più costoso deve essere tanto efficace e immediato quanto quello del consumatore a un bene sostituibile. Pertanto, dato il prodotto A, se B è sostituibile sul lato della domanda e C, indipendentemente dalla sostituibilità sul lato della domanda, è sostituibile sul lato dell'offerta, il mercato rilevante comprenderà i prodotti A, B e C.

Vi è poi la c.d. *sostituibilità a catena* (*chain substitutability*). Questo è il caso in cui è dimostrabile che, nonostante i prodotti A e C non siano sostituibili, il prodotto B è

per i fattori utilizzati per l'accertamento dell'estensione geografica del mercato, ai quali si arriverà a breve).

²⁶⁴ Qualche perplessità può suscitare il fatto che gli interessi dei concorrenti spesso contrastano con quelli dell'impresa sotto indagine, v. S. BAKER – L. WU, *Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission*, in 19 *ECLR* 279 (1998). Infatti, nonostante l'opinione dei concorrenti possa essere fonte di informazioni tecniche sui prodotti o sui processi di produzione, le domande da porre devono essere precise e circoscritte, al fine di evitare che i soggetti interrogati difendano i propri interessi.

²⁶⁵ Per un esempio di sostituibilità sul lato dell'offerta, vedi il caso delle cartiere esposto dalla Commissione nella Comunicazione *mercato rilevante*, cit., punto 22.

sostituibile a entrambi. Tuttavia, al fine di non ampliare eccessivamente il mercato rilevante, la sostituibilità a catena è applicabile solo qualora vi sia chiara dipendenza reciproca di prezzi agli estremi della catena e il grado di sostituibilità tra i prodotti interessati deve essere sufficientemente solido²⁶⁶.

Per quanto riguarda il c.d. mercato geografico, questo è “*l’area nella quale [...] le condizioni di concorrenza sono sufficientemente omogenee e che può essere tenuta distinta dalle zone contigue perché in queste ultime le condizioni di concorrenza sono sensibilmente diverse*”²⁶⁷. Il metodo da seguire in questa operazione è sostanzialmente lo stesso utilizzato nella determinazione del mercato del prodotto²⁶⁸. Infatti, si tratta di determinare se, a seguito dell’incremento di prezzo del *SSNIP test*, i consumatori sono disposti a passare a imprese situate in un altro luogo. E, sul lato dell’offerta, se un’impresa è disposta a spostarsi dove viene offerto il bene il cui prezzo è aumentato. La Commissione ha espressamente indicato quali sono gli elementi più rilevanti per l’individuazione del mercato geografico²⁶⁹. Questi mi sembrano così sintetizzabili. 1) Dati relativi al dirottamento degli ordini verso altre zone in passato a seguito a variazioni di prezzo. 2) Fattori fondamentali della domanda, quali le preferenze nazionali, la lingua, gli stili di vita, ecc. 3) Punto di vista dei principali clienti e concorrenti. Quando i clienti sono così numerosi da non poter essere direttamente consultabili, si potranno utilizzare i dati relativi ai flussi commerciali, purché siano disponibili statistiche sufficientemente dettagliate per i prodotti rilevanti. Inoltre, può essere utile anche la distribuzione geografica corrente dei clienti. 4) Ostacoli e costi attinenti al passaggio a fornitori ubicati in un’altra zona geografica. Infatti, non basta l’assenza di flussi commerciali transfrontalieri perché la dimensione di un mercato sia considerata solo nazionale, ma è necessario accertare l’effettiva presenza di ostacoli che isolano il mercato del paese in questione (per esempio alte spese di trasporto e di distribuzione).

²⁶⁶ I. VAN BELL – J.F. BELLIS, *Competition Law*, cit., p. 124.

²⁶⁷ Comunicazione *mercato rilevante*, cit., punto 8.

²⁶⁸ Ancora una volta I. VAN BELL – J.F. BELLIS, *Competition Law*, cit., pp. 125-128.

²⁶⁹ Comunicazione *mercato rilevante*, cit., punti 44-52.

2.3. Posizione dominante

Nella sentenza *United Brands* del 1978 la CGUE²⁷⁰ ha definito la posizione dominante come “una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori”. Come traspare da questa definizione, non si tratta dell'esistenza di un monopolio, ma del potere dell'impresa dominante di impedire il mantenimento di una “concorrenza effettiva”²⁷¹. La Corte indica poi quali sono gli strumenti rilevanti al fine di valutare l'esistenza di una tale posizione. Al riguardo, un ruolo centrale è svolto dalle quote di mercato, alle quali è attribuito un importante valore probatorio se stabili nel tempo (valore che è ancora maggiore se queste sono in costante aumento negli anni). Inoltre, quote di mercato molto alte “costituisc[o]no di per sé, e salvo circostanze eccezionali, la prova dell'esistenza di una posizione dominante”²⁷². Successivamente la Corte di Giustizia ha precisato che questo è il caso delle quote di mercato pari o superiori al 50%²⁷³. Si badi però che non si tratta di un'operazione meccanica. Infatti, tali quote non danno luogo a una presunzione assoluta, ma solo

²⁷⁰ Sentenza *United Brands*, cit., punto 65, ripresa poi dalla Sentenza della Corte di Giustizia UE del 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee*, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36, punto 38.

²⁷¹ V. per esempio Sentenza del Tribunale UE del 14 dicembre 2005, *General Electric Company c. Commissione delle Comunità europee*, T-210/01, ECLI:EU:T:2005:456, punto 117. In questa sentenza è affermato che “l'esistenza di una concorrenza, anche vivace, su un determinato mercato, non esclude l'esistenza di una posizione dominante sullo stesso mercato”.

²⁷² Sentenza *Hoffmann-La Roche*, cit., punto 41.

²⁷³ Sentenza della Corte di Giustizia UE del 3 luglio 1991, *AKZO Chemie BV c. Commissione delle Comunità europee*, C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, punto 60. Dall'altro lato, si è tentato anche di stabilire un limite minimo per considerare un'impresa dominante. Ad ogni modo, si riporta questo tentativo solo in nota per via del mancato raggiungimento di risultati certi. Infatti, la Commissione ha ritenuto che l'esistenza di una posizione dominante era improbabile se le quote di mercato sono inferiori al 25%, soglia poi aumentata al 40%. V. rispettivamente Commissione europea, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruxelles, 2005, punto 31 e Comunicazione *exclusionary conduct*, cit., punto 14.

relativa. Pertanto, l'impresa sotto indagine può sempre dimostrare l'esistenza di altre circostanze tali da escludere la sua posizione dominante sul mercato rilevante.

Ma come si misurano le quote di mercato?²⁷⁴ In primo luogo occorre individuare le dimensioni complessive del mercato, cioè il totale del fatturato derivante dalle vendite sul mercato rilevante – *i.e.* le vendite del prodotto rilevante nell'area geografica rilevante. Dopodiché si dovrà considerare la quota di mercato posseduta dall'impresa sotto indagine. Di regola sono utili sia i risultati espressi in volume che in valore delle vendite. Tuttavia, se i prodotti sono differenziati, si preferisce considerare le vendite in valore, in quanto rispecchiano più accuratamente la posizione e la forza delle imprese operanti sul mercato rilevante. Le vendite sono lo strumento normale di calcolo delle quote di mercato, ma non l'unico. Anche altri elementi difatti, a seconda dei prodotti o dell'industria di cui trattasi, possono essere utili. Per esempio, nei mercati del trasporto aereo rileva la consistenza delle flotte.

A ogni modo, le quote di mercato non sono il solo indicatore del potere di mercato. Tra i fattori più rilevanti – dei quali, essendo da valutare caso per caso, non esiste un elenco esaustivo – vanno certamente ricordati i seguenti²⁷⁵. 1) La dipendenza economica dei clienti e consumatori nei confronti di una certa impresa. In entrambi i casi *Michelin*²⁷⁶, per esempio, il fatto che ogni fornitore di pneumatici, per via dell'elevata domanda, non potesse eliminare dalla propria offerta i prodotti Michelin, è stato ritenuto un elemento centrale per valutare l'esistenza di una posizione dominante (c.d. *unavoidable trading partner*). 2) Il rapporto tra le quote di mercato detenute dall'impresa interessata e quelle detenute dai suoi concorrenti, specie quelli più importanti. E ovviamente più questo divario è elevato maggiore è la possibilità di

²⁷⁴ La risposta a questa domanda è contenuta nella Comunicazione *mercato rilevante*, cit., punti 53-55.

²⁷⁵ Per una trattazione più approfondita di quella che questa sede permette e ricca di riferimenti giurisprudenziali, v. M. HERZ – H. VEDDER, *A Commentary on Art. 102 TFEU*, cit., pp. 6-12 dell'estratto, M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza*, cit., pp. 282-283 e I. VAN BELL – J.F. BELLIS, *Competition Law*, cit., pp. 113-117. In particolare, l'elenco che segue nel testo è una sintesi di quello contenuto in quest'ultima opera.

²⁷⁶ Sentenza della Corte di Giustizia UE del 9 novembre 1983, N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commissione delle Comunità europee, C-322/81, ECLI:EU:C:1983:313, punto 56 e Decisione della Commissione del 20 giugno 2001, Michelin (II), 2002/405/EC, punti 200-208.

individuare una posizione dominante²⁷⁷. 3) Elementi relativi alla struttura e alle risorse dell'impresa dominante, quale il vantaggio tecnologico che questa possiede rispetto ai suoi concorrenti, l'esistenza di una rete commerciale estremamente perfezionata e la disponibilità di risorse al di fuori del mercato rilevante che possono essere utilizzate per sostenere l'attività su quest'ultimo (c.d. *sussidi incrociati*). 4) Elementi relativi alla struttura del mercato e comportamento di altri soggetti sul mercato, come l'assenza di concorrenza potenziale e la percezione da parte dei concorrenti di un'impresa come dominante.

Infine, anche se ciò accade raramente nella pratica, la posizione dominante può essere anche sul lato della domanda. Il caso più evidente è quello del monopsonio, cioè del mercato in cui vi è un solo soggetto sul lato della domanda e una pluralità di imprese sul lato dell'offerta²⁷⁸. In ogni caso, a prescindere dall'esistenza di un monopsonio, la forza economica dell'acquirente talvolta può controbilanciare il potere di mercato dell'offerente (c.d. *countervailing buying power*) – per esempio per via delle dimensioni e dell'importanza dell'acquirente e della sua capacità di passare a fornitori alternativi²⁷⁹.

2.3.1. *La posizione dominante collettiva*

Finora si è dato per scontato il fatto che la posizione dominante fosse individuale, si deve adesso evidenziare che questa può altresì essere collettiva. Infatti, l'art. 102 TFUE sanziona l'abuso di posizione dominante “*da parte di una o più imprese*”. Questo è il caso di più imprese indipendenti (non qualificabili cioè come un'unica impresa, v. *supra*, paragrafo 2.1.) aventi legami economici che le permettono di agire

²⁷⁷ Decisione della Commissione del 22 giugno 2005, Coca-cola, COMP/A.39.116/B2, punto 24. In questo caso, le quote di mercato della Coca-cola erano più del doppio di quelle del concorrente successivo.

²⁷⁸ Vi è poi il caso più unico che raro del monopolio bilaterale (sia sul lato della domanda che dell'offerta), v. G. OLIVIERI, *L'abuso di posizione dominante*, cit., p. 485.

²⁷⁹ Il *countervailing buyer power* rientra nel punto 4) dell'elenco che precede nel testo.

uniformemente sul mercato rilevante in modo indipendente dai clienti, concorrenti e consumatori²⁸⁰.

In questi casi si può creare una certa sovrapposizione tra gli artt. 101 e 102 TFUE. Infatti, l'accordo cosciente e volontario tra più imprese per limitare la concorrenza può costituire sia un'intesa restrittiva della concorrenza sia un abuso di posizione dominante (sempreché le imprese abbiano acquisito attraverso l'intesa in parola una posizione dominante sul mercato rilevante). A scanso di equivoci, non si vuole qui sostenere che vi deve essere un'intesa per provare l'esistenza di una posizione dominante collettiva. Ciò non è né necessario né sufficiente in quanto tale, dal momento che è richiesta una valutazione economica²⁸¹. Quel che qui preme segnalare sono invece le possibili soluzioni alla sovrapposizione delle due norme in parola. L'*impasse* si può superare applicando il principio di specialità. In tal modo, l'art. 101 TFUE si occuperà della repressione degli accordi tra più imprese per limitare la concorrenza in quanto tali, mentre l'art. 102 TFUE ne sanzionerà la concreta attuazione. Questa mi sembra la soluzione più razionale al problema, tuttavia una parte importante della giurisprudenza della Corte di Giustizia ha optato per il principio di interferenza. In quest'ottica, entrambe le disposizioni sono applicabili allo stesso caso, salvo l'irrogazione delle sole sanzioni per la violazione più grave (principio di assorbimento)²⁸². Nonostante i vantaggi pratici di questa soluzione, non si può negare che, così ragionando, l'utilità della figura della posizione dominante collettiva si riduce notevolmente.

A ogni buon conto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha previsto regole specifiche per i mercati oligopolistici in cui vi sono forti barriere all'entrata e

²⁸⁰ M. HERZ – H. VEDDER, *A Commentary on Art. 102 TFEU*, cit., p. 12 dell'estratto.

²⁸¹ Sentenza della Corte di Giustizia UE del 16 marzo 2000, *Compagnie maritimes belges transports SA e Dafra-Lines A/S c. Commissione delle Comunità europee*, cause riunite C-395/96 P e C-396/96, ECLI:EU:C:2000:132, punto 43.

²⁸² La giurisprudenza sul punto è così ricostruita da M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza*, cit., p. 296, il quale sottolinea che la soluzione in parola ha avuto il pregio pratico di mantenere ferme le sanzioni basate sull'una e sull'altra disposizione (tanto più che l'apparato sanzionatorio per le intese e gli abusi è unitario). Anche la considerazione immediatamente successiva nel testo è tratta da quest'opera.

operano imprese con quote di mercato elevate e simili tra loro (c.d. *tight oligopolies*). In questi casi, può darsi che gli oligopolisti pongano in essere comportamenti restrittivi della concorrenza non concordati (c.d. *comportamenti paralleli*)²⁸³. Precisamente, gli elementi identificativi della posizione dominante collettiva individuati dalla giurisprudenza sono: 1) agevole conoscenza da parte delle imprese interessate dei prezzi e delle altre condizioni praticate dai concorrenti (*market transparency*); 2) i membri dell'oligopolio sono incentivati a coordinarsi stabilmente (*deterrence*), per esempio per via dell'esistenza di meccanismi punitivi in caso di devianza; 3) i clienti e concorrenti, almeno nel breve periodo, non possono sottrarsi al meccanismo collusivo.

Infine, la posizione dominante collettiva può derivare anche dall'integrazione verticale di più imprese, cioè quando il potere di mercato deriva dai rapporti economici tra fornitore e clienti. Nel caso *Irish sugar*²⁸⁴ sono stati ritenuti legami economici sufficienti a dimostrare ciò: 1) la partecipazione dell'impresa a monte nel capitale azionario dell'impresa a valle; 2) la sua rappresentanza nei consigli di amministrazione; 3) la struttura decisionale della seconda società e i processi di comunicazione istituiti per rendere più efficace tale struttura; 4) l'impegno della società a valle ad acquistare tutto il proprio zucchero presso la società a monte e il finanziamento da parte di quest'ultima di tutte le operazioni di promozione e degli sconti concessi dalla prima a favore dei suoi acquirenti.

2.3.2. *Le imprese che operano in regime di monopolio legale*

²⁸³ Sentenza della Corte di Giustizia UE del 6 giugno 2002, *Airtours plc contro Commissione delle Comunità europee*, T-342/99, ECLI:EU:T:2002:146, punto 62.

²⁸⁴ Sentenza del Tribunale UE del 7 ottobre 1999, *Irish Sugar plc c. Commissione delle Comunità europee*, T-228/97, ECLI:EU:T:1999:246, punto 51 poi confermata dalla Sentenza della Corte di Giustizia UE del 20 giugno 2001, *Irish Sugar plc c. Commissione delle Comunità europee*, C-497/99, ECLI:EU:C:2001:393, punti 46-47.

Un discorso a sé va condotto per le imprese che operano in regime di monopolio legale²⁸⁵. La peculiarità deriva da due fattori: la funzione dell'intervento in parola e i rischi che questo implica per la concorrenza.

Il monopolio legale nasce per risolvere dei fallimenti di mercato, dei casi cioè in cui il mercato non è in grado di allocare le risorse in modo soddisfacente. Il legislatore può dunque prevedere che in tali casi operi una sola impresa. Da un lato, al fine di garantire a tutti l'accesso alla risorsa, questa ha il dovere di praticare prezzi più bassi di quello di mercato, dall'altro quanto perso in termini di prezzi sarà compensato dalla maggior quantità delle vendite derivante dell'assenza di concorrenza. Per quanto non più di moda, il monopolio legale ha un fondamento costituzionale altrettanto solido di quello del libero mercato. Infatti, così come l'art. 41 Cost. garantisce la libertà di iniziativa economica, l'art. 43 prevede che “[a] *fini di utilità generale la legge può riservare [...] allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale*”.

In ogni caso, il monopolio legale è pur sempre una posizione dominante. *Quid iuris* dunque in caso di abusi? La norma di riferimento in materia è l'art. 8 l. n. 287/1990, secondo cui tali imprese sono sottratte all'applicazione della legge *antitrust* per “*quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati*”. Questa regola però non è priva di eccezioni, e subito l'art. 9, c. 1, l. cit. si premura di precisare che è ammessa la produzione dei beni o servizi oggetto del monopolio legale da parte di altre imprese, purché questa avvenga per uso proprio o delle società controllate (c.d. *diritto di autoproduzione*). Tuttavia, l'interpretazione dell'art. 8 l. cit. sulla base del diritto UE²⁸⁶ ha fatto diventare l'eccezione quella che sembrava la regola. Infatti, anche se in adempimento degli “*specifici compiti*”, il sacrificio imposto alla concorrenza deve essere necessario e proporzionato agli scopi

²⁸⁵ Per un'ottima sintesi v. G. OLIVIERI, *L'abuso di posizione dominante*, cit., pp. 489-492.

²⁸⁶ Come noto, la CGUE, sin dagli anni '60, ha sancito il principio di prevalenza del diritto dell'UE sui diritti nazionali. Il che peraltro è espressamente previsto in materia *antitrust* dall'art. 1, u.c., l. n. 287/1990.

per cui è stato concesso il monopolio²⁸⁷. In altri termini, l'impresa monopolista deve provare che la sua condotta è l'unica compatibile con la specifica missione a essa affidata. Pertanto, la logica impone di considerare la regola l'applicazione del diritto *antitrust* e l'eccezione la sua inapplicabilità.

Infine, qualora tali imprese decidano di operare anche su altri mercati, esse sono tenute a costituire una diversa società e a notificare ciò all'AGCM (artt. 8-*bis* e *ter* l. cit.). In caso di violazione dell'obbligo di notificazione è prevista una sanzione amministrativa.

Per l'analisi del rapporto tra abuso di posizione dominante e DPI, v. *infra*, paragrafo 2.4.3.5.

2.4. Condotta abusiva

In apertura si è già sottolineato come il diritto dell'UE abbia optato, a differenza di quello americano, per il divieto di abuso di posizione dominante piuttosto che per l'illiceità di questa posizione in quanto tale. Pertanto, si è detto che le imprese dominanti sono gravate dalla “*speciale responsabilità*” di non distorcere la concorrenza (v. *supra*, paragrafo 2). Riprendendo il discorso, si deve ora passare alla trattazione specifica della condotta abusiva e dunque di come questa è valuta.

In primo luogo, dal punto di vista della tutela approntata dal diritto *antitrust*, quel che è richiesto è la sola esistenza di una condotta rientrante in una delle fattispecie vietate, indipendentemente dall'elemento soggettivo²⁸⁸. Più precisamente, l'elemento oggettivo rileva ai fini dell'inibitoria, mentre per l'applicazione di sanzioni alle imprese coinvolte e per la tutela risarcitoria è altresì richiesto l'elemento soggettivo²⁸⁹.

²⁸⁷ Per esempio, Sentenza della Corte di Giustizia UE del 11 aprile 1989, Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro GmbH c. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V., C-66/86, ECLI:EU:C:1989:140, punto 58.

²⁸⁸ Tra le altre, v. Sentenza del Tribunale UE del 1 aprile 1993, BPB Industries plc e British Gypsum Limited c. Commissione delle Comunità europee, T-65/89, ECLI:EU:T:1993:31, punto 165.

²⁸⁹ M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza*, cit., p. 303.

L'argomento più spinoso è l'individuazione dei criteri secondo cui determinare l'illiceità della condotta. Secondo la Commissione²⁹⁰, al fine di valutare l'illiceità dei comportamenti unilaterali delle imprese dominanti, si devono applicare i criteri previsti dall'art. 101.3 TFUE²⁹¹. Pertanto, così come le intese sono suscettibili di esenzione *ope legis* nei casi di cui alla disposizione in parola, sarebbe irragionevole sanzionare le condotte unilaterali nelle stesse condizioni. Si badi, ciò non significa che all'abuso di posizione dominante siano applicabili le esenzioni previste per le intese *ex art.* 101.3 TFUE né tantomeno che tale condotta sia esentabile, ma che nel giudizio di abusività si deve tener conto dell'oggettiva necessità o dell'efficienza della condotta²⁹². Pertanto, anche una condotta anti-competitiva può giustificarsi sulla base dell'efficienza economica, nella misura in cui la pratica sia proporzionata e necessaria per il perseguimento di quest'ultima. Più precisamente, quattro condizioni cumulative devono essere soddisfatte: 1) le efficienze sono un risultato della condotta dell'impresa dominante; 2) questa condotta è necessaria per la realizzazione delle efficienze in parola; 3) le efficienze superano gli effetti anti-competitivi (*net consumer welfare gain*); e 4) la condotta non elimina tutta la concorrenza sul mercato rilevante²⁹³.

²⁹⁰ Commissione europea, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82*, cit., punto 8 e poi Comunicazione *exclusionary conduct*, cit., punti 28-31. La posizione della Commissione prende le distanze dall'approccio formalista a lungo seguito dalla Corte di Giustizia per avvicinarsi a un "*more economic approach*". Nel senso dell'applicabilità dell'art. 101.3 TFUE nella valutazione dell'abusività della condotta *ex art.* 102 TFUE, v. anche Sentenza della Corte di Giustizia UE del 26 gennaio 2005, Laurent Piau c. Commissione delle Comunità europee, C-193/02, ECLI:EU:T:2005:22, punto 119.

²⁹¹ Secondo questa disposizione, sono esentabili tutti quegli accordi che "*che contribuisce[o]no a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di:* a) *imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;* b) *dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi*".

²⁹² Comunicazione *exclusionary conduct*, cit., punto 28.

²⁹³ Per tutti, v. Comunicazione *exclusionary conduct*, cit., punti 28-31.

Infine, dal punto di vista dell'onere della prova, come già detto, la Commissione dovrà provare l'abusività della condotta, mentre spetterà all'impresa sotto indagine provarne l'oggettiva necessità o efficienza. Se quest'ultima prova è fornita, la palla tornerà alla Commissione per l'eventuale confutazione²⁹⁴.

2.4.1. *La soglia di rilevanza comunitaria*

Prima di esaminare le singole condotte abusive si deve precisare che un abuso di posizione dominante può azionare il meccanismo sanzionatorio del diritto dell'UE solo se ha rilevanza comunitaria; altrimenti l'autorità competente sarà quella nazionale (in Italia l'AGCM). Affinché vi sia rilevanza comunitaria, l'art. 102.1 TFUE prevede due requisiti: un "*pregiudizio al commercio fra gli Stati membri*" e una posizione dominante su una "*parte sostanziale*" del mercato interno.

2.4.1.1. *Pregiudizio al commercio fra gli Stati membri*

Si ha "*pregiudizio al commercio fra gli Stati membri*"²⁹⁵ se una pratica (ma lo stesso si può dire per le intese) è in grado di influenzare in modo sensibile la corrente degli scambi fra gli Stati membri²⁹⁶. Scomponendo questa definizione, tre sono gli elementi rilevanti: il commercio fra gli Stati membri, la capacità di influenzare la corrente degli scambi tra gli Stati membri e, infine, l'influenza sensibile.

A) Commercio tra gli Stati membri

²⁹⁴ Sentenza del Tribunale UE del 17 settembre 2007, Microsoft Corp. c. Commissione delle Comunità europee, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, punto 688.

²⁹⁵ Sul punto, v. Comunicazione della Commissione del 27 aprile 2004, *Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty*, C 101/07, la quale è esaminata, con tutti gli opportuni riferimenti giurisprudenziali, da I. VAN BELL – J.F. BELLIS, *Competition Law*, cit., pp. 85-99.

²⁹⁶ Sentenza della Corte di Giustizia UE del 25 novembre 1971, Béguelin Import Co. c. S.A.G.L. Import Export, C-22/71, ECLI:EU:C:1971:113, punto 16/18.

Il commercio fra gli Stati membri è interpretato in modo ampio e include qualsiasi attività economica transfrontaliera (non solo lo scambio di beni o servizi)²⁹⁷. In breve, è richiesto un impatto sull'attività economica coinvolgente almeno due Stati membri. Non è necessario che il commercio sia influenzato su tutto il territorio degli Stati coinvolti, ma è sufficiente che ciò avvenga anche solo in una parte del territorio nazionale²⁹⁸. Il che può accadere anche quando il mercato rilevante sia solo nazionale o di estensione ancor più ridotta²⁹⁹.

B) Influenza sulle correnti degli scambi (*pattern of trade test*)

Si deve poi valutare se la condotta è idonea a influenzare in modo diretto o indiretto attuale o potenziale le normali correnti degli scambi. Più nello specifico, tale influenza deve essere prevedibile con un grado di probabilità adeguato sulla base di elementi oggettivi di fatto o di diritto (c.d. *pattern of trade test*)³⁰⁰.

In primo luogo, è abbastanza chiaro che, essendo richiesto un grado di probabilità adeguato, non è necessario che gli effetti in esame si siano già prodotti, ma basta che questi possano verificarsi. Non altrettanto chiaro però è il significato da attribuirsi all'aggettivo "adeguato". Questo non è puntualmente definibile in astratto, ma è necessaria una valutazione basata sulle circostanze del caso concreto. E particolarmente rilevanti a tal riguardo sono la natura della pratica e del prodotto e la posizione delle imprese coinvolte sul mercato³⁰¹. Esemplificando, è piuttosto ovvio

²⁹⁷ Per un esempio dell'ampiezza della nozione, v. Sentenza della Corte di Giustizia UE del 14 luglio 1981, Gerhard Züchner c. Bayerische Vereinsbank AG, C-172/80, ECLI:EU:C:1981:178, punto 18, in cui vengono fatti rientrare nella nozione in parola anche gli scambi valutari.

²⁹⁸ Sentenza del Tribunale UE del 22 ottobre 1997, Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf (SCK) e Federatie van Nederlandse Kraanbedrijven (FNK) c. Commissione delle Comunità europee, cause riunite T-213/95 e T-18/96, ECLI:EU:T:1997:157, punti 175-181. Nel caso in questione si trattava del mercato relativo al noleggio di gru mobili, che di norma si estende su un'area geografica di circa 50 km.

²⁹⁹ V. Comunicazione *effect on trade*, cit., sezione 3.2.

³⁰⁰ Comunicazione della Commissione da ultimo cit., punti 23-43.

³⁰¹ Ponendo un limite verso il basso, non sono in ogni caso prevedibili con sufficiente grado di probabilità gli effetti solo ipotetici o speculativi, v. Comunicazione della Commissione *effect on trade*, cit., punto 43.

che tanto più un'impresa è forte tanto più è probabile che il suo comportamento possa influenzare il commercio tra gli Stati membri.

In secondo luogo, si deve sottolineare la neutralità dell'espressione "*patter of trade*", in quanto l'influenza sulla corrente degli scambi può essere sia in aumento che in diminuzione. Insomma, il commercio si deve sviluppare in modo diverso da quel che sarebbe accaduto in assenza della pratica.

C) Influenza sensibile (*appreciability test*)

Infine, tale influenza deve essere sensibile (*appreciability test*). Si tratta del requisito minimo perché a una condotta sia applicabile il diritto *antitrust* comunitario (c.d. *de minimis rule*). Pertanto, *a contrario*, quando questa influenza è insignificante, per via della debole posizione sul mercato dei soggetti coinvolti, l'art. 102 TFUE è inapplicabile³⁰². Ancora una volta è necessaria una valutazione caso per caso che tenga in debito conto il contesto economico e normativo in cui la pratica avviene. L'influenza sensibile può essere misurata sia in termini assoluti, sulla base delle vendite di un'impresa, sia relativi, cioè paragonando la posizione e l'importanza dell'impresa con quelle dei concorrenti (il che avviene tramite le quote di mercato). Riguardo al *pattern of trade test* si è detto che più un'impresa è forte sul mercato più è probabile che eserciti un'influenza sul commercio fra gli Stati membri. Lo stesso vale, *mutatis mutandis*, per l'*appreciability test*. È del tutto ovvio che la forza dell'impresa sotto indagine non solo è determinante nel valutare la possibilità che una sua pratica influenzi il commercio fra gli stati membri, ma incide anche sul grado di questa influenza.

2.4.1.2. Parte sostanziale del mercato interno

Come detto in apertura, l'altro elemento richiesto perché l'abuso abbia rilevanza comunitaria è l'esistenza di una posizione dominante in una parte sostanziale del

³⁰² Anche se in materia di intese restrittive della concorrenza, per quel che qui interessa si può utilmente richiamare la Sentenza della Corte di Giustizia UE del 9 luglio 1969, *Franz Völk c. J. Vervaecke s.p.r.l.*, C-5/69, ECLI:EU:C:1969:35, punto 5/7.

mercato interno³⁰³. Ciò accade quando il mercato geografico rilevante comprende almeno un intero Stato o una parte sostanziale del territorio nazionale, tale da costituire un'importante regione economica dell'UE³⁰⁴. Inoltre, quando la dimensione geografica del mercato è molto ampia o addirittura comprende tutta l'UE, la fattispecie si presume di rilevanza comunitaria, anche se riguarda segmenti di mercato ristretti³⁰⁵.

2.4.2. *Gli abusi di sfruttamento*

Si può ora passare alla trattazione delle singole condotte abusive, le quali si dividono in abusi di sfruttamento (*exploitative abuses*) e di impedimento (*exclusionary abuses*). La prima categoria riguarda quei casi in cui l'impresa dominante riesce a estrarre, abusando del proprio potere di mercato, un sovrapprofitto monopolistico. Il secondo gruppo di abusi, invece, comprende quelle pratiche per cui l'impresa dominante riesce a ostacolare o impedire l'entrata o la crescita sul mercato dei concorrenti. Come è evidente dal titolo di questo paragrafo, si tratterà ora degli abusi di sfruttamento, mentre ai secondi sarà dedicato il prossimo paragrafo.

Tra gli economisti è diffusa l'opinione per cui la categoria in esame (e in particolare la repressione dei prezzi eccessivi) non sarebbe rispondente alla funzione del diritto *antitrust*, in quanto basata su considerazioni equitative e non di efficienza

³⁰³ Per una sintesi del punto, v. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza*, cit., pp. 292-293.

³⁰⁴ Sentenza della Corte di Giustizia UE del 4 maggio 1988, Corinne Bodson c. SA Pompes funèbres des régions libérées, C-30/87, ECLI:EU:C:1988:225, punto 35. Questa sentenza afferma che la posizione dominante può essere relativa anche solo a una parte del territorio nazionale. In ogni caso, non basta una qualsiasi situazione di potere di mercato su una parte del territorio nazionale, ma si deve detenere una posizione dominante sul mercato rilevante, v. Sentenza della Corte di Giustizia UE del 5 ottobre 1988, Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique (Alsatel) c. Novasam SA, C-247/86, punto 23.

³⁰⁵ Sentenza del Tribunale UE del 15 dicembre 2010, Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs (CEAHR) c. Commissione europea, T-427/08, ECLI:EU:T:2010:517, in particolare punto 176. In questo caso, è stata annullata una decisione della Commissione che riteneva assente l'interesse comunitario a sanzionare una pratica che avveniva in un segmento molto ridotto di mercato, quale quello in cui operano gli orologiai riparatori.

economica³⁰⁶. Inoltre, si teme che un controllo come quello in esame possa trasformarsi in una regolazione amministrativa dei prezzi e delle condizioni di offerta. Secondo questi economisti, le forze autocorrettive del mercato elimineranno i sovrapprofitti monopolistici (se le imprese sono libere di competere). Nonostante queste critiche sembrino cogliere nel segno, si deve tenere a mente che anche la repressione degli abusi di sfruttamento può giustificarsi in termini di efficienza complessiva del sistema³⁰⁷. Il fatto che un intervento del tipo di quelli in parola favorisca lo spostamento delle risorse a favore del consumatore aumenta la domanda e, di conseguenza, le imprese saranno spinte a innovare per ottenere il favore dei consumatori. Va da sé che questo argomento non vale a reprimere qualsiasi condotta astrattamente qualificabile come abuso di sfruttamento, ma impone all'interprete di valutare, secondo i principi indicati nel paragrafo 2.4. e alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, se la pratica sia o meno distorsiva della concorrenza sul mercato rilevante³⁰⁸.

2.4.2.1. *L'imposizione di prezzi o altre condizioni ingiustificatamente gravosi*

La prima categoria di abusi di sfruttamento che viene in rilievo è quella dell'imposizione di prezzi o di altre condizioni ingiustificatamente gravosi [art. 102, c. 2, lett. a), TFUE]. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, per

³⁰⁶ M. MOTTA, *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge (UK), 2004, p. 25.

³⁰⁷ Sul punto, v. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza*, cit., p. 309.

³⁰⁸ A conferma di questo approccio mi sembra si possa citare E. FOX – D. GERARD, *EU competition law*, cit., pp. 165-169, in particolare 165. Gli Autori, dopo aver palesato il rischio che le autorità *antitrust* si trasformino in regolatori, affermano che “*occasionally a case arises that bypasses these issues*”. Orbene, a rigor di logica, dire che vi sono casi macroscopici in cui è evidente la necessità di intervento, significa che in casi meno eclatanti si deve parimenti applicare la norma, ma con particolare attenzione. Infatti, condividendo le preoccupazioni degli economisti, è necessaria un'interpretazione alquanto restrittiva del divieto, soprattutto in quei casi in cui la condotta è un mero abuso di sfruttamento (in assenza dunque di effetti escludenti).

determinare l'eccessività di un prezzo si deve seguire il c.d. *two-stage test*³⁰⁹. In primo luogo, è necessario valutare se la differenza tra costi sopportati e prezzo è eccessiva. Il che accade quando il secondo è privo di ogni relazione ragionevole con il valore economico del prodotto finito. Questo esame richiede una comparazione con i prezzi praticati dai concorrenti per lo stesso prodotto o dalla stessa impresa per prodotti simili. Se questo primo *test* dà esito positivo, si deve allora determinare se il prezzo eccessivo è “*non equo*” in quanto tale o in relazione a prodotti concorrenti. A ogni buon conto, a oggi, per via delle incertezze legate ai concetti di eccessività e iniquità, gli unici casi vittoriosi in materia sono quelli in cui il prezzo “non equo” era strumentale alla realizzazione di ulteriori effetti anti-concorrenziali³¹⁰.

Per quanto riguarda le altre condizioni eccessivamente gravose, basti qui riportare che, secondo la giurisprudenza comunitaria, si deve valutare la necessità e proporzionalità di tali clausole in relazione agli obiettivi che esse perseguono³¹¹. Se tale giudizio ha esito negativo, la condizione sarà da ritenersi eccessivamente gravosa e, dunque, illecita.

2.4.2.2. Margin o price squeeze

Un altro abuso di sfruttamento è il c.d. *margin o price squeeze*. Nei mercati verticalmente integrati, vi sono imprese che operano sia sul mercato a monte – il quale ha a oggetto una risorsa utilizzata dai concorrenti per operare su un altro

³⁰⁹ Il *leading case* in materia è la Sentenza *United Brands*, cit., punti 250-252. Per un'analisi ricca di riferimenti giurisprudenziali, v. M. HERZ – H. VEDDER, *A Commentary on Art. 102 TFEU*, cit., pp. 20-22 dell'estratto.

³¹⁰ Per esempio la limitazione delle importazioni parallele di automobili, v. Sentenza della Corte di Giustizia UE del 13 novembre 1975, *General Motors Continental NV c. Commissione delle Comunità europee*, C-26/75, ECLI:EU:C:1975:150, punto 11.

³¹¹ Tra gli altri, Sentenza della Corte di Giustizia UE del 27 marzo 1974, *Belgische Radio en Televisie e société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c. SV SABAM e NV Fonior*, C-127/73, ECLI:EU:C:1974:25, punti 8-12. Sul punto, si tornerà analizzando la decisione del Bundeskartellamt nel caso *Facebook*, v. *infra*, Sezione II, paragrafo 4.

mercato a valle³¹² – sia sul mercato a valle. Qualora nel mercato a monte vi sia un'impresa dominante, può darsi che questa sfrutti tale potere al fine di impedire a concorrenti “egualmente efficienti”³¹³ di competere sul mercato a valle. Precisamente, si ha *margin squeeze* se la differenza tra il prezzo praticato dall'impresa dominante per i servizi offerti sul mercato a valle e il prezzo della risorsa sul mercato a monte è negativa o comunque insufficiente a coprire i costi

³¹² Mentre secondo la Comunicazione *exclusionary conduct*, cit., punto 81 si ha *margin squeeze* in presenza di tre condizioni cumulative – 1) bene o servizio oggettivamente necessario per competere sul mercato a valle; 2) idoneità della condotta a eliminare una concorrenza effettiva sul mercato a valle; e 3) idoneità a danneggiare il consumatore – alla luce di giurisprudenza e prassi successive l'importanza della prima condizione è stata significativamente ridimensionata. Infatti, non richiesta la presenza di un dovere di contrarre – previsto dal diritto *antitrust* o da una regolamentazione settoriale – v. Sentenza della Corte di Giustizia UE del 17 febbraio 2011, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, punti 55-59, dove si afferma espressamente che “[margin squeeze] may, in itself, constitute an independent form of abuse distinct from that of refusal to supply [v. infra, paragrafo 2.4.3., lett. E)]” (punto 56) e Sentenza del Tribunale UE del 13 dicembre 2018, *Slovak Telekom, a.s. c. Commissione europea*, T-851/14, ECLI:EU:T:2018:929, punti 42 e 123 (la quale è stata impugnata davanti alla Corte di Giustizia, C-165/19 P). Negli Stati Uniti si è giunti invece alla conclusione opposta: “if a firm has no antitrust duty to deal with its competitors at wholesale, it certainly has no duty to deal under terms and conditions that the rivals find commercially advantageous”, v. *Pacific Bell Telephone Co v linkLine Communications, Inc*, 555 US 438 (2009), 9.

³¹³ Si tratta del c.d. “*as efficient competitor test*”, utilizzato per la prima volta dalla Decisione della Commissione del 18 luglio 1988, *Napier Brown – British Sugar*, Case No IV/30.178, punto 65 (*test* che è utilizzato anche in caso pratiche leganti e sconti). Più precisamente, si deve accertare se “*a competitor having the same cost structure as that of the downstream activity of the vertically integrated undertaking would be in a position to offer downstream services without incurring a loss if that vertically integrated undertaking had to pay the upstream access price charged to its competitors*”, v. Sentenza del Tribunale UE del 29 marzo 2012, *Telefónica, SA e Telefónica de España, SA c. Commissione europea*, T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172, punto 194. Tuttavia, “*applying the as-efficient-competitor test is of no relevance inasmuch as the structure of the market makes the emergence of an as-efficient competitor practically impossible. Furthermore, [...] in a market [...], access to which is protected by high barriers, the presence of a less efficient competitor might contribute to intensifying the competitive pressure*”, v. Sentenza della Corte di Giustizia UE del 6 ottobre 2015, *Post Danmark A/S c. Konkurrenserådet (Post Danmark II)*, C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, punti 59-60.

della produzione del bene o servizio offerto sul mercato a valle³¹⁴. L'illiceità concorrenziale di tale condotta deriva dal fatto che l'*incumbent* rafforza la propria posizione dominante tramite pratiche tariffarie idonee a ostacolare l'accesso al mercato di concorrenti o a rendere più difficile per i clienti la scelta tra differenti fonti approvvigionamento³¹⁵. Inoltre, dal punto di vista probatorio, non è necessario provare l'esistenza di concreti effetti escludenti. Infatti, se il prezzo imposto dall'impresa dominante ai concorrenti è superiore a quello per i propri servizi sul mercato a valle, è probabile la presenza di effetti escludenti almeno potenziali. Mentre, se il primo è inferiore al secondo, sarà necessario provare l'idoneità della condotta a ostacolare la concorrenza sul mercato a valle³¹⁶.

Come è del tutto evidente, nonostante a fini espositivi si sia ricompresa questa condotta negli abusi di sfruttamento, oltre al danno ai clienti sul mercato a monte derivante dall'*overcharge*, si ha anche un effetto escludente sul mercato a valle. Pertanto, la pratica in esame si colloca a metà tra le due categorie di abuso.

Sul punto si tornerà trattando dell'imitazione da parte delle piattaforme digitali delle idee innovative dei propri utenti commerciali (v. *infra*, Sezione II, paragrafo 7.1.).

2.4.2.3. Tying contracts e bundling

Rimangono ancora da analizzare i *tying contracts*. Un tale abuso avviene quando l'impresa dominante subordina la conclusione di un contratto all'accettazione di prestazioni supplementari che, per loro natura o per gli usi commerciali, non hanno

³¹⁴ Sentenza della Corte di Giustizia UE del 14 ottobre 2010, *Deutsche Telekom AG c. Commissione europea*, C-280/08, ECLI:EU:C:2010:603, punti 142 e 161.

³¹⁵ Sentenza *Deutsche Telekom*, cit., in particolare punto 177.

³¹⁶ Sentenza della Corte di Giustizia UE del 17 febbraio 2011, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, punti 73 e 74. Si noti inoltre che l'effetto anticoncorrenziale non deve essere giustificabile dal punto di vista economico, v. Sentenza della Corte di Giustizia UE del 15 marzo 2007, *British Airways plc c. Commissione delle Comunità europee*, C-95/04, ECLI:EU:C:2007:166, punti 69 e 86.

nessuna connessione con l'oggetto del contratto [art. 102, c. 2, lett. d), TFUE]³¹⁷. La giurisprudenza ha individuato quattro criteri che devono essere soddisfatti perché una pratica sia considerata legante: i) il prodotto principale e il prodotto abbinato sono due prodotti distinti; ii) l'impresa interessata detiene una posizione dominante sul mercato del prodotto principale; iii) questa impresa non offre ai consumatori la possibilità di ottenere il prodotto principale senza il prodotto abbinato; e iv) la prassi in esame limita la concorrenza. Inoltre, ma ciò vale in generale, la condotta non deve essere giustificabile dal punto di vista economico³¹⁸. Come per il *margin squeeze* anche per i *tying contracts* risulta evidente la natura plurioffensiva. Infatti, così come i consumatori vedono ridotta la loro possibilità di scelta, i concorrenti risentono dell'espansione dell'impresa dominante in mercati secondari.

Infine, una figura simile a quella appena esaminata è il *bundling*. In tal caso, l'impresa dominante permette solo di acquistare un gruppo intero di prodotti, ma non l'acquisto separato. Si ha, invece, *mixed bundling* se l'*incumbent* pone in essere politiche di prezzo per cui è più conveniente acquistare un'intera gamma anziché i singoli prodotti³¹⁹.

2.4.3. *Gli abusi di impedimento*

Gli abusi di impedimento sono quelle condotte dell'impresa dominante volte a ostacolare l'entrata o la crescita di concorrenti egualmente efficienti sul mercato principale o a espandersi in un mercato collegato [art. 102, c. 2, lett. b), TFUE]. In questi casi, non vi è un danno solo per i concorrenti, ma anche per i consumatori. Difatti, l'uscita o l'impossibilità di entrare nel mercato o il limite all'espansione dei primi inesorabilmente si riflette in una ridotta possibilità di scelta dei secondi. A ogni

³¹⁷ Un esempio di questa pratica è quello di un'impresa dominante sul mercato relativo a determinati macchinari che impone ai suoi clienti di usare anche i propri materiali, v. Sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 14 novembre 1996, Tetra Pak International SA c. Commissione delle Comunità europee, C-333/94, ECLI:EU:C:1996:436.

³¹⁸ Sentenza *Microsoft*, cit., punti 842-843.

³¹⁹ E. FOX – D. GERARD, *EU competition law*, cit., pp. 207-208.

modo, come già detto, l'impresa in posizione dominante può sempre dimostrare che il suo comportamento è giustificabile sul piano economico (v. *supra*, paragrafo 2.4.).

2.4.3.1. Exclusionary dealing

Il primo caso da considerare è quello del c.d. *exclusionary dealing*. Si tratta di quelle condotte dell'impresa dominante finalizzate a legare a sé consumatori e clienti, così riducendo la concorrenza sul mercato rilevante. Dal momento che pretendere di fornire un panorama completo della fantasia negoziale delle imprese dominanti è un obiettivo troppo ambizioso anche per una trattazione specifica sul tema, verranno considerati qui i casi più celebri, segnatamente: le clausole di esclusiva, l'esclusiva di fatto, le clausole di prelazione e gli sconti miranti a fidelizzare la clientela.

Con le clausole di esclusiva si impone alla controparte negoziale di avvalersi solo o in larga misura dei beni o servizi offerti dall'*incumbent*. La ragione dell'illiceità concorrenziale è chiara: l'entrata o espansione dei concorrenti è ostacolata. Mentre in passato era stata elaborata una *per se rule* in materia, per cui ogni clausola di esclusiva prevista dall'*incumbent* era da ritenersi illecita (a ragione della speciale responsabilità di cui questo è gravato), oggi prevale l'opinione per cui è necessaria una valutazione economica dei potenziali effetti escludenti alla luce delle circostanze del caso concreto³²⁰. Si deve inoltre precisare che a un tale risultato di fatto si può arrivare anche con strumenti contrattuali diversi dalla clausola di esclusiva (c.d. *esclusive di fatto*). Questo è in particolare il caso delle clausole che prevedono una quantità minima da acquistare, che presumibilmente coprirà interamente il fabbisogno della controparte contrattuale. Per via della sostanziale uguaglianza degli effetti, le clausole che prevedono esclusive di fatto sono illecite alla stregua delle clausole di esclusiva *tout court*³²¹.

³²⁰ La *per se rule* era stata elaborata nella Sentenza *Hoffmann-La Roche*, cit., punto 89. Mentre espressione del “*more economic approach*” è, ancora una volta, la Comunicazione *exclusionary conduct*, cit.

³²¹ Tra le altre, Sentenza del Tribunale UE del 23 ottobre 2003, *Van den Bergh Foods Ltd c. Commissione delle Comunità europee*, T-65/98, ECLI:EU:T:2003:281, punto 160.

Un caso simile è poi quello delle clausole di prelazione, per mezzo delle quali l'impresa dominante si arroga la priorità negli acquisti futuri del cliente. Per via dell'ovvietà dell'effetto legante, queste clausole sono trattate allo stesso modo delle precedenti. E lo stesso si può dire per le c.d. *clausole inglesi*³²², le quali prevedono l'obbligo del cliente di previa comunicazione all'impresa dominante di tutte le offerte negoziali che riceve da altri soggetti.

Per completare il quadro, si deve ancora trattare degli sconti per fidelizzare la clientela. Al riguardo va anzitutto indicato che non vi è un divieto generale per l'impresa dominante di praticare sconti. Infatti, questa può praticare sconti-quantità, cioè giustificati da ordinativi di grandi quantità di beni o servizi³²³. Queste pratiche sono pienamente comprensibili in termini di razionalità aziendale: ordini elevati comportano economie di scala nella produzione e dunque riduzione dei prezzi. Come è ovvio, questi sconti devono essere giustificabili sul piano dei costi e non possono essere uno strumento surrettizio per fidelizzare la clientela. Quel che l'impresa dominante non può fare è praticare sconti o premi fedeltà³²⁴, cioè sconti condizionati al raggiungimento di un certo ammontare di vendite di un prodotto in un dato periodo³²⁵. Al riguardo si deve distinguere a seconda che i destinatari degli sconti siano i distributori o i consumatori. Nel primo caso, l'illiceità deriva dall'effetto distorsivo sulla circolazione dei beni e sull'orientamento della domanda. Nel secondo caso, invece, tale pratica è ritenuta in genere tollerabile, in quanto inidonea a distorcere la domanda finale. Mentre i distributori sono di fatto forzati, per non rischiare di essere esclusi dal mercato, ad avvalersi dell'impresa dominante, lo stesso

³²² Sentenza *Hoffmann-La Roche*, cit., punti 102-108.

³²³ Sentenza della Corte di Giustizia UE del 9 novembre 1983, N.V. *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin* c. Commissione delle Comunità europee, C-322/81, ECLI:EU:C:1983:313, punto 71, che richiama anche le decisioni precedenti in materia.

³²⁴ Tra le altre, Sentenza *Hoffmann-La Roche*, cit., punti 89-90.

³²⁵ Sono parimenti illecite le maggiorazioni di prezzo per chi acquista meno dello *standard* offerto dall'impresa dominante, così dimostrando la volontà di approvvigionarsi anche da altri fornitori. In ogni caso, il sovrapprezzo non è di per sé un abuso, ma solo nella misura in cui non è obiettivamente giustificabile sul piano dei costi, v. Sentenza della Corte di Giustizia UE del 5 ottobre 1994, *Société civile agricole du Centre d'insémination de la Crespelle* c. *Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne*, C-323/93, ECLI:EU:C:1994:368, punto 27.

non può dirsi per i consumatori. A ogni modo, gli sconti a questi ultimi diventano abusivi nella misura in cui siano destinati a determinate categorie di clienti (c.d. *selective price cuts*), per esempio per recuperare un cliente. In questo caso, infatti, la condotta ha un preciso intento escludente.

2.4.3.2. *Le pratiche discriminatorie*

Tema legato a quello appena trattato sono le pratiche discriminatorie. Si tratta dell'applicazione di prezzi e condizioni contrattuali diversi per diverse categorie di beni o servizi o di acquirenti. La risposta del diritto *antitrust* è di nuovo differenziata a seconda dei destinatari della pratica. Se il contraente è un'impresa, si ha abuso di posizione dominante, mentre se la condotta è rivolta ai consumatori, la pratica è in linea di principio lecita³²⁶. Infatti, l'art. 102, c. 2, lett. c), TFUE vieta all'impresa dominante di “*applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza*”. Affinché vi sia abuso, dunque, è necessario che l'impresa discriminata operi nello stesso mercato delle imprese che beneficiano di un trattamento migliore e che la prima provi di aver subito uno svantaggio concorrenziale a seguito della pratica discriminatoria³²⁷. Inoltre, la discriminazione può essere anche implicita. Questo è il caso di offerte formalmente non discriminatorie, ma di fatto accessibili a pochi acquirenti.

2.4.3.3. *Il boicottaggio*

Un classico abuso di impedimento è il boicottaggio, cioè un comportamento dell'impresa dominante finalizzato a impedire l'entrata o a espellere dal mercato un'altra impresa. Questo può manifestarsi in due forme: boicottaggio primario e secondario. Il primo si sostanzia in un rifiuto di contrarre al fine predetto, mentre il

³²⁶ M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza*, cit., p. 326.

³²⁷ Sentenza della Corte di Giustizia UE del 27 marzo 2012, Post Danmark A/S c. Konkurrenserådet, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172, punto 44.

secondo (certamente più diffuso del primo) avviene mediante l'imposizione di clausole contrattuali ad altri soggetti tali da portarli a non negoziare con l'impresa boicottata³²⁸.

2.4.3.4. Predatory pricing e comportamenti persecutori

Si ha *predatory pricing* quando l'impresa dominante adotta una strategia di vendita sottocosto al fine di escludere i concorrenti dal mercato o di indurli ad adeguarsi a determinate strategie dell'impresa dominante. Prima la giurisprudenza e poi la Commissione europea hanno precisato il concetto di prezzo predatorio³²⁹. Ebbene, se il prezzo è inferiore al "costo evitabile medio"³³⁰, questo sarà senz'altro predatorio; mentre, se superiore a tale ammontare, ma minore del "costo incrementale di lungo periodo"³³¹, occorre valutare caso per caso il carattere escludente della condotta³³². In ogni caso, va sottolineato che non è predatoria una pratica di prezzo del tutto occasionale. Si pensi, per esempio, a campagne promozionali o di fine produzione³³³.

³²⁸ Come avvenuto nel caso oggetto della Sentenza *Compagnie maritimes belges*, cit. In questo caso i membri della compagnia in parola si erano associati come "fighting ships" per estromettere dal mercato un concorrente indipendente.

³²⁹ In giurisprudenza si veda, per esempio, Sentenza *AKZO*, cit., punti 71-72 ripresa da Sentenza *Tetra Pak*, cit., punto 41. Per l'orientamento della Commissione v. Comunicazione della Commissione *exclusionary abuses*, cit., punti 25-27.

³³⁰ Per costo evitabile medio si intende la media dei costi che si sarebbero evitati se non si fosse prodotta una certa quantità di beni o servizi.

³³¹ Per costo incrementale medio di lungo periodo si intende la media di tutti i costi (variabili e fissi) necessari per produrre un certo prodotto.

³³² Sugli strumenti economici da utilizzare non vi è concordia. Infatti, mentre la giurisprudenza utilizza per il primo *test* il "costo variabile medio" e per il secondo il "costo totale medio", la Commissione fa riferimento, rispettivamente, al "costo evitabile medio" e al "costo incrementale di lungo periodo". Mentre il "costo evitabile medio" sostanzialmente coincide con il "costo variabile medio", il "costo incrementale di lungo periodo" equivale al "costo totale medio" solo in caso di imprese che producono un solo prodotto. V. Comunicazione *exclusionary conduct*, cit., punto 26, nt. 2, nella quale si trovano anche le definizioni fornite nelle due note immediatamente precedenti.

³³³ M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza*, cit., p. 329.

Inoltre, non è detto che la “predazione” avvenga sul mercato in cui l’impresa è dominante, ma questa può altresì avvenire altrove. Questo è il caso dei c.d. *sussidi incrociati*, cioè dell’utilizzo dei profitti ottenuti sul mercato dominato per finanziare i prezzi predatori su un mercato collegato³³⁴.

A differenza di quanto accade negli Stati Uniti, il diritto *antitrust* dell’UE (e quello nazionale di conseguenza, cfr. art. 1, c. 1, l. n. 287/1990) non prevede il c.d. *recoupment* quale elemento della fattispecie. In altre parole, non è richiesto che l’impresa dominante, una volta raggiunto l’obiettivo dei prezzi predatori, sia in grado di recuperare le perdite subite.

Infine, i prezzi predatori non sono le uniche strategie predatorie a disposizione delle imprese dominanti, le quali possono anche mirare ad aumentare i costi dei concorrenti così da costringerli a praticare prezzi più alti (c.d. *raising rival’s cost*)³³⁵. Sul punto si tornerà per l’elaborazione della teoria del danno in caso di imitazione da parte delle piattaforme digitali di idee innovative di soggetti non operanti all’interno del loro ecosistema, dove si proveranno a definire i lineamenti di quella che si chiamerà “*predatory imitation*” (v. *infra*, Sezione II, paragrafo 7.2.).

2.4.3.5. Il rifiuto di contrarre: essential facility doctrine e DPI

L’ultima delle condotte qui prese in rassegna è il rifiuto di contrarre. In linea di principio, non esiste nel diritto privato un dovere di contrarre, anzi la regola è proprio l’opposto, cioè l’autonomia privata. Tuttavia, come già detto, le imprese dominanti sono gravate da una speciale responsabilità, la quale in alcuni casi impone un tale dovere per impedire che l’autonomia privata dell’*incumbent* possa ostacolare la concorrenza sui mercati a valle. Ma questa è solo una faccia della medaglia. Infatti, nel delineare i contorni di questa speciale responsabilità, è necessario tener conto della libertà contrattuale dell’impresa dominante, la quale deve essere bilanciata e non annullata dalla libertà di iniziativa economica delle imprese a valle. Infatti, una

³³⁴ Questo, per esempio, è il caso oggetto della Sentenza *AKZO*, cit.

³³⁵ Tra gli altri, v. T. CALVANI – N.W. AVERITT, *Non-Price Predation: An Introduction*, in 16 *J. Reprints Antitrust L. & Econ.* XIII (1986) e, in Italia, M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza*, cit., pp. 332-333.

disciplina *antitrust* sbilanciata a favore dell'accesso rischia di rappresentare un disincentivo all'investimento e, per converso, un incentivo al *free ride* da parte delle imprese sui mercati a valle³³⁶.

Ebbene, espressione di questo bilanciamento è la c.d. “*essential facility doctrine*” (*EFD*). In via preliminare, come si sarà già capito, il rifiuto di contrarre può contrastare con l'art. 102, c. 2, lett. b), TFUE solo nella misura in cui sia individuabile un mercato a monte – anche solo potenziale o addirittura ipotetico³³⁷ – e uno a valle³³⁸. Secondo questa dottrina, qualora un'impresa sia proprietaria o controlli una risorsa o un'infrastruttura indispensabile per operare su un mercato a valle e non replicabile dai concorrenti (come può essere un porto), questa ha il dovere di permettere ai secondi l'accesso alla risorsa in parola a condizioni eque e non discriminatorie³³⁹. Il carattere esclusivo sta nel fatto che l'*incumbent* estende la sua posizione dominante nel mercato a valle (c.d. *leveraging*)³⁴⁰.

³³⁶ Comunicazione della Commissione *exclusionary conduct*, cit., punto 75. Nel diritto nord-americano, la Corte Suprema ha ristretto l'*essential facility doctrine* per evitare i pericoli indicati nel testo, v. Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. (2003) riportata per estratto in E. FOX – D. GERARD, *EU Competition law*, cit., pp. 177-179. In questa sentenza si è ritenuta applicabile la dottrina in esame solo quando l'impresa dominante recede da un accordo preesistente e vantaggioso per entrambe le parti.

³³⁷ Sentenza della Corte di Giustizia UE del 29 aprile 2004, IMS Health GmbH & Co. OHG c. NDC Health GmbH & Co. KG, C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257, punto 44. Pertanto, basta che il detentore dell'*essential facility* abbia una posizione dominante sul mercato a monte, ma non è necessario che vi operi effettivamente. È d'altronde ovvio che il rifiuto di contrarre è spesso sintomatico della volontà di non operare su questo mercato.

³³⁸ Sentenza della Corte di Giustizia UE del 26 novembre 1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569, punti 29 e 34. In questa sentenza, la Corte, seguendo quanto affermato dalla Commissione, ha ritenuto che solo in presenza di mercati separati si possa applicare l'*essential facility doctrine*.

³³⁹ E. FOX – D. GERARD, *EU competition law*, cit., p. 172. Per un elenco delle *essential facilities*, v. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza*, cit., pp. 335-340. Secondo questo Autore, si applica la dottrina in parola alle infrastrutture materiali (come può essere un porto), organizzative (per esempio formule di abbonamento cumulativo, quale uno *skipass* che permette di fruire di più piste collegate) e

Allo stesso modo, anche l'esercizio di un DPI, in circostanze eccezionali, può costituire abuso di posizione dominante. Il che accade quando il titolare di un DPI rifiuta di licenziarlo a un'altra impresa, che, per via del rifiuto, non può offrire al pubblico un nuovo prodotto o servizio su un mercato a valle per cui vi è una potenziale domanda. Per esempio, l'emittente titolare dei diritti d'autore sui suoi programmi televisivi è tenuto a concederlo in licenza a un'impresa che si propone di realizzare una guida televisiva quando nessuno offre questo servizio³⁴¹.

La giurisprudenza comunitaria³⁴² ha sintetizzato questa teoria in quattro condizioni cumulative³⁴³. 1) L'infrastruttura deve essere indispensabile per operare sul mercato a valle e non replicabile. In altri termini, si deve trattare di una risorsa per cui non vi è nessun sostituto attuale o realizzabile dalle imprese a valle nel futuro prossimo. La non replicabilità, tuttavia, non è da valutarsi in assoluto, ma si deve tener conto degli

virtuali (quale un sistema operativo per computer), alle materie prime e ai prodotti intermedi insostituibili (come i pezzi di ricambio originali non sostituibili con un prodotto equivalente) e ai DPI.

³⁴⁰ Sentenza della Corte di Giustizia UE del 6 aprile 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Commissione delle Comunità europee (Magill)*, cause riunite C-241/91 e C-242/91, ECLI:EU:C:1995:98, punto 56, dove si legge che “[the Irish broadcasting stations] reserved to themselves the secondary market of weekly television guides by excluding all competition on that market”.

³⁴¹ Questo caso è stato portato all'attenzione della Corte di Giustizia nella Sentenza *Magill*, cit.

³⁴² Si fa in particolare riferimento alla Sentenza *Magill*, cit., punti 54-56 e Sentenza *IMS*, cit., in particolare punto 38. La regola di giudizio elaborata in queste sentenze è stata applicata al contesto digitale dalla Sentenza *Microsoft*, cit., in cui l'accesso all'*essential facility* si manifesta nella forma dell'interoperabilità tra un *software* e il sistema operativo Windows, il quale, per via della sua ampia diffusione, è stato considerato un'*essential facility*. In questa sentenza la Corte di Giustizia ha confermato i criteri elaborati dalla giurisprudenza precedente, ma li ha interpretati in modo più ampio per rispondere alle peculiarità del nuovo contesto, v. I. GRAEF, *Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy*, *TILEC Discussion Paper*, aprile 2019, pp. 5-6 disponibile a <http://ssrn.com/abstract=5>. Per la trattazione dell'*essential facility doctrine* nella *digital economy* si rimanda alla sede opportuna (v. *infra*, Sezione III, paragrafo 1.3.1.).

³⁴³ La cumulatività è espressamente affermata dalla Sentenza *IMS*, cit., punto 38. Questo orientamento è seguito da M. HERZ – H. VEDDER, *A Commentary on Art. 102 TFEU*, cit., pp. 26-28 dell'estratto. Tuttavia, A. KUR – T. DREIER, *European intellectual property law*, cit., p. 409 affermano che è opinabile se la seconda (impedire la creazione di un nuovo prodotto) e la terza condizione (controllo del mercato secondario) siano cumulative o alternative.

eventuali ostacoli economici o normativi che la rendono eccessivamente gravosa per le imprese interessate³⁴⁴. Per esempio, mentre non è immaginabile che ogni società di trasporto marittimo si costruisca il proprio porto, è possibile che un'impresa organizzi un sistema di distribuzione di giornali nonostante la presenza di un'impresa dominante su questo mercato³⁴⁵. 2) Il rifiuto deve impedire la realizzazione di nuovi prodotti per i quali esiste una domanda potenziale su un mercato distinto. A ogni modo, il carattere innovativo non è da identificarsi con un apprezzabile progresso tecnico o scientifico, ma è sufficiente l'introduzione di varianti di beni o servizi già esistenti, purché non si tratti di mera duplicazione di prodotti già offerti sul mercato secondario dal titolare del DPI³⁴⁶. Occorre precisare che questa condizione si applica solo al rifiuto di licenziare DPI³⁴⁷. 3) Il rifiuto preclude o è idoneo a precludere ogni forma di concorrenza sul mercato a valle. 4) Il rifiuto non è giustificabile sul piano economico. Per tale ultima valutazione di rimanda *supra*, paragrafo 2.4.

Infine, non è vietato solo il rifiuto di accesso, ma anche le condotte che di fatto producono gli stessi effetti escludenti (c.d. "rifiuto costruttivo")³⁴⁸. Questo è il caso, per esempio, del proprietario di un porto che offre anche servizi di traghettiamento il quale, per via del passaggio delle sue navi al momento dell'imbarco o sbarco dei passeggeri di un concorrente, agita le acque in modo tale da impedire al secondo di operare. Tuttavia, a differenza di quanto avviene per i rifiuti di contrarre *tout court*,

³⁴⁴ G. OLIVIERI, *L'abuso di posizione dominante*, cit., p. 501. Per un'affermazione giurisprudenziale di questo principio v. Sentenza *IMS*, cit., punto 29. In questo caso, la Corte ha tenuto conto, nel valutare il requisito della non replicabilità, del grado di dipendenza dei consumatori dalla tecnologia dell'impresa dominante e degli investimenti che sarebbero necessari per sviluppare alternative.

³⁴⁵ Sentenza *Bronner*, cit., punti 43-47. In questa sentenza la Corte afferma, oltre a quanto già riportato in precedenza, che un sistema di distribuzione quotidiana di giornali è replicabile.

³⁴⁶ Sentenza *IMS*, cit., punto 49.

³⁴⁷ Sentenza *Microsoft*, cit., punto 334.

³⁴⁸ Per tutti, Comunicazione *exclusionary abuses*, cit., punto 79. L'esempio che segue nel testo è tratto dalla Decisione della Commissione del 11 giugno 1992, Sealink/B&I – Holihead (*interim measures*), Caso IV/34.174, punto 42.

per quelli costruttivi la giurisprudenza non sembra richiedere il requisito dell'indispensabilità³⁴⁹.

³⁴⁹ Sentenza del Tribunale UE del 13 dicembre 2018, Slovak Telekom, a.s. contro Commissione europea, C-851/14, ECLI:EU:T:2018:929, punto 126, dove il Tribunale interpreta la Sentenza *TeliaSonera*, cit. – che ritiene non necessario in caso di *margin squeeze* il requisito dell'indispensabilità (punti 55-58) – nel senso che “*the exclusionary practices to which reference was made concerned not solely a margin squeeze, but also other business practices capable of producing unlawful exclusionary effects for current or potential competitors, like those classified by the Commission as an implicit refusal to supply access to the applicant’s local loop*”.

SEZIONE II

L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE NELL'AMBITO DIGITALE

SOMMARIO: 1. *Digital economy*: speranze e timori – 2. Che cosa sono i *big data* e piattaforme digitali? – 3. Uno sguardo di insieme: la concorrenza ai tempi della *digital economy* – 4. E poi arriva il diritto, ma quale? Diritto *antitrust*, protezione dei dati personali e tutela del consumatore – 5. Definizione del mercato rilevante – 5.1. *Single v. multi-markets approach* e relazione tra i versanti dei *multi-sided markets* – 5.2. La *free side* è un mercato? – 5.3. *SSNIP test* e mercati digitali – 5.3.1. *Multi-sided markets* – 5.3.2. *Free side* e *SSNDQ test* – 5.4. Un mercato per i dati per valutare la concorrenza potenziale tra le piattaforme *across markets* – 6. Il potere di mercato. Dalle quote di mercato alle barriere all'entrata – 6.1. Oltre la nozione tradizionale di potere di mercato: *competition across markets* e manipolazione della domanda – 7. Una nuova teoria del danno: l'imitazione quale condotta abusiva – 7.1. Le piattaforme che imitano i loro utenti commerciali: una nuova concezione del *margin squeeze* – 7.1.1. Oltre il diritto *antitrust*: regolazione dei mercati digitali e separazione tra piattaforme e attività economiche nei mercati a valle – 7.2. Le piattaforme che imitano imprese che non operano nel loro ecosistema

1. *Digital economy*: speranze e timori

“*We live in technologically changing and challenging times. [...] This requires us to rethink existing tools and think outside the box, in order to ensure that indeed we, as a society, benefit from such changes.*”³⁵⁰

Uno degli obiettivi e al contempo dei timori più grandi dei nostri tempi è senz'ombra di dubbio la c.d. *digital economics*. In poche parole, si tratta dell'applicazione delle *Information and Communication Technologies* (ICT) al processo economico. Ci aspetta così, portando alcuni esempi – neanche troppo – avveniristici, un futuro in cui le automobili, comunicando con i sensori installati nelle strade, potranno guidarsi da sole. Anche la seccatura di andare a fare la spesa sparirà poiché sarà possibile

³⁵⁰ M. GAL, *Competition and innovation in the digital environment*, in G. COLANGELO – V. FALCE, *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 11.

ordinare direttamente dal nostro frigorifero ciò di cui abbiamo bisogno, che ci verrà consegnato a domicilio da un drone³⁵¹.

Tutto ciò meraviglia e spaventa allo stesso tempo. E come sempre accade, vi è chi tende all'ottimismo e chi al pessimismo³⁵². Agli occhi dei primi il futuro sarà radioso e portatore di innovazione e ricchezza, per i secondi, con varie gradazioni, l'avvenire è oscurato dall'ombra del controllo e del totalitarismo digitale.

Ma com'è che tutto ciò può realizzarsi? Quali sono i pilastri su cui si regge?³⁵³ L'informazione ha sempre avuto una rilevanza centrale nell'economia. Si pensi ai vantaggi derivanti dalla conoscenza delle preferenze dei consumatori o delle mosse dei concorrenti. Tuttavia, in tempi recenti, il progresso tecnologico – e in particolare l'innovazione computazionale³⁵⁴ – ha accresciuto sempre più quest'importanza e ha

³⁵¹ Il primo esempio è così noto da non necessitare riferimento alcuno, per il secondo v. M. WILSON, *A Wild Vision Of The Future Run By Amazon And Whole Foods. Drones. Shared refrigerators. Hydroponic garages. And never setting foot in a grocery store again*, *Fast Company*, 21 agosto 2017 disponibile a <https://www.fastcompany.com/90137320/a-wild-vision-of-a-future-run-by-amazon-and-whole-foods>

³⁵² Esemplificando – ma il dibattito è certamente troppo vasto per essere contenuto in questa nota – per chi sottolinea i vantaggi del cambiamento in atto, “[t]he capitalist era is passing... not quickly but inevitably. A new economic paradigm – the Collaborative Commons – is rising”. Ciò è reso possibile dal c.d. *Internet of Things (IoT)*, il quale sta portando a una terza rivoluzione industriale. “*The Internet of Things is already boosting productivity to the point where the marginal cost of producing many goods and services is nearly zero, making them practically free. [...] [A]n economy based on scarcity is slowly giving way to an economy of abundance*”, v. J. RIFKIN, *The Zero Marginal Cost Society. The Internet of Things, the Collaborative Commons, and the Eclipse of Capitalism*, Palgrave Mac Millan, New York, 2014, pp. 1 e 11. Per chi evidenzia i pericoli delle tecnologie digitali, “[i]f we do not take back our ownership rights from software companies and overarching governments, we will become digital peasants [...]. Like the serfs of feudal Europe who lacked rights in the land they worked, without digital property rights, we aren't owners – we're owned”, v. J.A.T. FAIRFIELD, *Owned. Property, Privacy and the New Digital Serfdom*, Cambridge University Press, Cambridge (UK), 2017, p. 3. Infine, non si può omettere il celebre S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: the Fight for the Future at the New Frontier of Power*, Profile Books, London, 2019.

³⁵³ Per una sintesi, v. M. RICOLFI, *Il futuro della proprietà intellettuale nella società algoritmica*, in *Giur. It.*, Supplemento, 2019, pp. 10-11.

³⁵⁴ Secondo la legge di Moore (formulata nel 1965), la capacità computazionale è raddoppiata ogni anno e ogni due dal 1975. Tuttavia, oggi si assiste a un significativo rallentamento, v. T. SIMONITE,

favorito la nascita dei c.d. *big data*. Così le imprese hanno iniziato a raccogliere e analizzare i dati più disparati (un messaggio, un commento, un *follower*, un *like*, un pagamento, la localizzazione degli *smartphone*, ecc.) per ottenere informazioni utili alla loro attività economica. Per avere un'idea di quanto “*big*” possano essere questi *data*, quotidianamente su Facebook sono tracciati circa dieci miliardi di *like*, su Instagram vengono condivise più di novantacinque milioni di immagini e su YouTube vengono caricati oltre cinque milioni di ore di contenuti³⁵⁵. Per quanto impressionante, tutto ciò è ancora immaginabile come una comunicazione tra umani. Il passaggio successivo è stato segnato dall'avvento del c.d. *Internet of Things (IoT)*, cioè la comunicazione tra “cose”. Per esempio, sin dall'inizio degli anni 2000, UPS ha installato sensori sulla sua flotta di oltre 60 000 veicoli negli Stati Uniti per prevedere eventuali malfunzionamenti e cambiare i pezzi usurati prima del verificarsi di un costoso incidente³⁵⁶. Inoltre, la disponibilità di grandi quantità di dati, unitamente allo sviluppo computazione, ha permesso alle macchine di imparare dall'esperienza (c.d. *machine learning*). Si pensi al *Discover Weekly* di *Spotify* che, sulla base delle canzoni ascoltate da un soggetto, ne suggerisce di nuove ritenute conformi alle sue preferenze³⁵⁷. Al culmine di questa parabola evolutiva vi è oggi l'intelligenza artificiale (IA o *AI*, secondo la dizione anglosassone). Con questo termine si intendono quei “*sistemi [solo software o anche hardware] che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi*”³⁵⁸. Alcuni

Moore's Law Is Dead. Now What?, *MIT Technology Review*, 13 maggio 2016 disponibile a <https://www.technologyreview.com/s/601441/moores-law-is-dead-now-what/>

³⁵⁵ Questi esempi sono tratti da M. MAGGIOLINO, *I big data e il diritto antitrust*, Egea, Milano, 2018, p. 25.

³⁵⁶ In tal modo UPS ha risparmiato milioni rispetto alla sostituzione periodica dei pezzi. V. V. MAYER-SCHÖNBERGER – K. CUKIER, *Big Data. A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, Houghton Mifflin Harcourt, Boston – New York, 2014, p. 59.

³⁵⁷ Per il funzionamento del *Discover Weekly* v. A. PASICK, *The magic that makes Spotify's Discover Weekly playlists so damn good*, *Quartz*, 21 dicembre 2015, disponibile a <https://qz.com/571007/the-magic-that-makes-spotifys-discover-weekly-playlists-so-damn-good/>

³⁵⁸ Comunicazione della Commissione del 24 aprile 2018, *L'intelligenza artificiale per l'Europa*, COM/2018/237 final, p. 1 disponibile a <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/IT/COM->

esempi di IA sono i veicoli autoguidati e i *software* utilizzati per la concessione del credito³⁵⁹ e, in alcuni ordinamenti, addirittura per valutare il rischio di recidiva dell'imputato³⁶⁰.

Allora ottimismo o pessimismo? Da un lato, si deve ammettere che lo sviluppo in esame è in grado di creare nuovi modelli³⁶¹ e opportunità³⁶² di *business* e beni e servizi sempre più rispondenti alle preferenze dei consumatori a un prezzo sempre più basso o addirittura pari a zero³⁶³. D'altro canto, non si possono trascurare i

2018-237-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF. Dal momento che, grazie al *machine learning* e all'IA, sempre più di frequente l'attività decisoria delle macchine sostituisce quella umana, si preferisce discorrere di società algoritmica, anziché di era digitale, che viene considerata un'antecedente della prima. V. J.M. BALKIN, *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in 78 *Ohio State Law Journal* 1219 (2017).

³⁵⁹ Tra gli altri, v. The Economist, *A brief history – and future – of credit scores*, 6 luglio 2019, disponibile a <https://www.economist.com/international/2019/07/06/a-brief-history-and-future-of-credit-scores>.

³⁶⁰ “*Sending people to jail because of the inexplicable, unchallengeable judgements of a secret computer program undermines our legal system*”, v. F. PASQUALE, *Secret Algorithms Threaten the Rule of Law*, *MIT Technology Review*, 1 giugno 2017 disponibile a <https://www.technologyreview.com/s/608011/secret-algorithms-threaten-the-rule-of-law/>

³⁶¹ Per esempio il *behavioral targeting*, cioè la proposizione di annunci pubblicitari basati sulle ricerche *online* degli utenti, v. L. DESCHENE, *What Is Behavioral Targeting?*, *CBS News*, 17 giugno 2008, disponibile a <https://www.cbsnews.com/news/what-is-behavioral-targeting/>

³⁶² I dati raccolti per un servizio possono essere anche utilizzati per creare nuovi servizi. Per esempio, i dati dei telefoni cellulari sono stati utilizzati per offrire servizi di navigazione in grado di prevedere le vie più trafficate, v. Bundeskartellamt – Autorité de la concurrence, *Competition law and data*, 10 maggio 2016, p. 10 disponibile a https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2

³⁶³ Oltre a quanto detto nella terza nota di questa Sezione, già si assiste alla nascita di modelli ibridi di *business* in cui beni e servizi vengono messi a disposizione gratuitamente al fine di ottenere profitti da attività parallele, v. J. RIFKIN, *The Zero Marginal Cost Society*, cit., sinteticamente pp. 4-5. Questo, per esempio, è il caso degli artisti emergenti che decidono di mettere a disposizione del pubblico gratuitamente la loro musica per poi trarne profitto in termini di maggiore affluenza ai concerti, *merchandising*, ecc. Combinando il nome di una delle prime *band* a sperimentare questo modello di *business* con una celebre citazione di J.M. Keynes, è stato affermato che “*in the long run, we are all the Grateful Dead*”, v. P. KRUGMAN, *Bits, Bands and Books*, *The New York Times*, 6 giugno 2008

pericoli della società algoritmica. A titolo esemplificativo e in ordine sparso, vi è il rischio di compromettere l'informazione³⁶⁴, di annullare il diritto alla *privacy*³⁶⁵, di minare il processo democratico per via dello straordinario potere delle grandi piattaforme digitali³⁶⁶ come Facebook e di accentuare le diseguaglianze accentrando la ricchezza nelle mani di chi accesso ai *big data*³⁶⁷. Inoltre, la sostituzione delle macchine agli esseri umani non sempre conduce alla tanto sperata imparzialità e oggettività delle decisioni. Infatti, l'algoritmo rifletterà i *bias* dei dati utilizzati per elaborarlo e/o del suo creatore³⁶⁸.

Questa è quella che si suole chiamare la *big picture*. All'interno di questa, qual è il ruolo del diritto *antitrust*? Questo è l'unico interrogativo al quale si proverà a rispondere in questo Capitolo. A tal fine, prima di addentrarsi nell'analisi giuridica, è

disponibile a https://www.nytimes.com/2008/06/06/opinion/06krugman.html?_r=2&oref=slogin&oref=slogin. Ma è anche il caso delle piattaforme che offrono servizi gratuiti (*free side*) per trarre profitto dalla raccolta di grandi quantità di dati e dagli inserzionisti pubblicitari.

³⁶⁴ Le *ICT* da un lato possono potenziare il diritto all'informazione (sia sul lato del diritto a informare che di quello a essere informati), dall'altro possono diventarne il peggior nemico. Non ci si riferisce solo alle celeberrime *fake news*, ma anche al fenomeno più sottile – ma non meno significativo – della c.d. *filter bubble*. Per un'analisi della (dis)informazione *online*, v. M. DEL VICARIO – A. BESSI – F. ZOLLO – F. PETRONI – A. SCALA – G. CALDARELLI – H.E. STANLEY – W. QUATTROCIOCCHI, *The Spreading of Misinformation Online*, *PNAS*, 19 gennaio 2016 disponibile a <https://www.pnas.org/content/113/3/554>

³⁶⁵ L'eloquenza del termine “*surveillance capitalism*” è forte, v. S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, cit.

³⁶⁶ Il caso di Cambridge Analytica è così noto da non richiedere alcun riferimento. A ogni modo, questa è l'ennesima conferma di quanto già affermato dai padri, negli Stati Uniti, dello Sherman Act e, in Europa, dell'ordoliberalismo, v. *supra*, Sezione I, paragrafi 1.1.1. e 1.2.1.

³⁶⁷ “*By the end of September 2018, the first largest firms in the world by market capitalization were in the digital sector, namely Apple, Amazon, Microsoft and Alphabet*”, v. Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, 2019, p. 13 disponibile a <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

³⁶⁸ Per esempio, un *software* di riconoscimento facciale, per via della difficoltà dei bianchi di identificare le persone di colore, non era in grado di identificare queste ultime, v. G. NOTO LA DIEGA, *Against the Dehumanisation of Decision-Making. Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information*, in 9 *JIPITEC* 8-9 (2018).

innanzitutto necessario capire che cosa si intende per *big data* e quali sono le caratteristiche dei loro detentori (le piattaforme digitali). Come detto in apertura, non è possibile applicare pedissequamente le soluzioni tradizionali all'evoluzione in corso. Al contrario, è necessario capirla e interpretare – e quando occorre modificare – il diritto cosicché i benefici della società algoritmica si possano diffondere.

2. Che cosa sono i big data e le piattaforme digitali?

2.1. I big data

Il valore economico dei dati è talmente noto da risultare quasi luogo comune³⁶⁹. Non parimenti noto è il modo in cui l'accesso a grandi quantità di dati attribuisca un vantaggio.³⁷⁰ Come già accennato, dall'analisi dei *big data* è possibile trarre informazioni utili alle imprese per migliorare i propri processi produttivi e distributivi, per produrre beni o servizi sempre più rispondenti alle preferenze dei consumatori e addirittura influenzare le scelte di questi ultimi. A scanso di equivoci, non si tratta di un condizionamento delle opinioni in stile totalitario – come talvolta si teme – ma semplicemente della proposizione di nuovi beni o servizi che, sulla base dei gusti manifestati in precedenza dal consumatore (o da un certo di gruppo di consumatori), si ritengono a lui graditi. Un esempio sono i risultati correlati al video che si sta guardando su YouTube³⁷¹. Insomma, i *big data* conferiscono un vantaggio informativo che si traduce in un vantaggio competitivo.

³⁶⁹ The Economist, *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, 6 maggio 2017 disponibile a <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Il World Economic Forum ha dichiarato i dati una nuova tipologia di *asset* economico, v. World Economic Forum, *Big Data, Big Impact: New Possibilities for International Development*, 2012 disponibile a http://www3.weforum.org/docs/WEF_TC_MFS_BigDataBigImpact_Briefing_2012.pdf

³⁷⁰ Sul punto e per la critica dell'equazione *big data*=vantaggio competitivo, v. M. MAGGIOLINO, *I big data*, cit., pp. 17-56.

³⁷¹ Non si nega però la presenza di pericoli. Rimanendo sull'esempio di YouTube, per quanto i risultati correlati servano a scoprire nuovi video di interesse per l'utente, questi diffondono anche *fake news* e *conspiracy theories* (il terrapiattismo e la “verità” sull'11 settembre 2001 vanno per la

Prima di procedere oltre, è imprescindibile soffermarsi sulla definizione di *big data*. Finora si è dato brevemente conto dei vantaggi da essi derivanti, ma non si sono ancora esaminate le caratteristiche che rendono un insieme di dati un *big data*³⁷². Sin dal 2001 è stato notato che questi sono caratterizzati da *3Vs* (*velocity*, *volume* e *variety*)³⁷³, alle quali si sono poi aggiunte le *V* di *value*³⁷⁴ e *veracity*³⁷⁵. In breve, i dati hanno valore in quanto ottenibili e processabili velocemente (*velocity*) – talvolta anche in tempo reale (*nowcasting*) – disponibili in grandi quantità (*volume*), provenienti da diverse fonti e disponibili in diversi formati – i dati possono essere strutturati, cioè organizzati secondo una certa logica, o non strutturati – (*variety*) e affidabili, cioè utilizzabili per ottenere informazioni attendibili (*veracity*). Il valore socio-economico dei dati, invece, è più l’obiettivo del loro utilizzo che una loro caratteristica. A ogni modo, anche se le *V* non finiscono qui – qualcuno ne ha

maggior), v. B. POPKEN, *As algorithms take over, YouTube's recommendations highlight a human problem. A supercomputer playing chess against your mind to get you to keep watching*, *NBC news*, 20 aprile 2018 disponibile a <https://www.nbcnews.com/tech/social-media/algorithms-take-over-youtube-s-recommendations-highlight-human-problem-n867596>

³⁷² Il termine non è nato con una precisa valenza descrittiva. Si dice che il termine sia stato utilizzato per la prima volta da John Mashey a metà degli anni '90 per indicare l'analisi di "massive" datasets, v. F.X. DIEBOLD, *A Personal Perspective on the Origin(s) and Development of "Big Data": The Phenomenon, the Term, and the Discipline*, *PIER Working Paper 13-003*, 2012 disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2202843&download=yes

³⁷³ D. LANEY, *3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity, and Variety*, *META Group*, 6 febbraio 2001 disponibile a <https://blogs.gartner.com/doug-laney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf>

³⁷⁴ "Value is a fourth *V* which is related to the increasing socioeconomic value to be obtained from the use of big data. It is the potential economic and social value that ultimately motivates the accumulation, processing and use of data", OECD, *Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation*, 10 ottobre 2013, p. 325 disponibile a https://www.oecd-ilibrary.org/industry-and-services/supporting-investment-in-knowledge-capital-growth-and-innovation_9789264193307-en

³⁷⁵ OECD, *Data Driven Innovation. Big Data for Growth and Well Being*, 6 ottobre 2015, p. 37 disponibile a https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/data-driven-innovation_9789264229358-en

individuare³⁷⁶ – l’analisi empirica mostra che anche le V più tradizionali non sono comuni a tutti i *big data*³⁷⁷. Le caratteristiche fin qui elencate dunque valgono solo in astratto per descrivere il valore di un *dataset*, ma in concreto che cosa sia un *big data* dipende dalle scelte compiute da chi ha raccolto i dati e dalle circostanze in cui ciò è avvenuto. L’unica caratteristica comune a tutti i *big data* è il loro impiego quale *input* nella produzione di conoscenza. A ogni buon conto, l’assenza di una puntuale definizione non è un gran problema per il diritto *antitrust*. Quel che ha rilievo giuridico è il vantaggio informativo e competitivo che i *big data* conferiscono ai loro detentori.

Non si tratta di un automatismo. Non sempre l’accesso ai dati attribuisce un vantaggio informativo e non sempre questo rappresenta un vantaggio competitivo. In primo luogo, il vantaggio informativo non è dato dal mero possesso di un *dataset*, ma è necessario l’investimento di risorse materiali e intellettuali lungo tutta la c.d. *data value chain*. I dati devono essere raccolti (*collection*)³⁷⁸, immagazzinati (*storage*), integrati e analizzati (*synthesis and analysis*) e le informazioni da essi estratte

³⁷⁶ E. MCNULTY, *Understanding Big Data: The Seven V’s*, *DATA ECONOMY*, 22 maggio 2014 disponibile a <https://dataconomy.com/2014/05/seven-vs-big-data/>. Altri hanno individuato sette caratteristiche (non tutte V) dei *big data*. Alle 3Vs si sono aggiunte l’eshaustività, la risoluzione, la natura relazionale e la flessibilità, v. R. KITCHIN, *The Data Revolution. Big Data, Open Data, Data Infrastructures & Their Consequences*, SAGE, Los Angeles – London – New Dehli – Singapore – Washington DC, 2014, p. 68. Vi è anche chi è passato dalle V alle P, v. D. LUPTON, *The thirteen Ps of big data*, *This Sociological Life*, 11 maggio 2015 disponibile a <https://simplysociology.wordpress.com/2015/05/11/the-thirteen-ps-of-big-data/>

³⁷⁷ R. KITCHIN – G. MCARDLE, *What makes Big Data, Big Data? Exploring the ontological characteristics of 26 datasets*, *Big Data & Society*, 17 febbraio 2016 disponibile a <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2053951716631130>. Gli unici tratti comuni ai 26 *dataset* esaminati dagli Autori sono la *velocity* e l’*exhaustivity*.

³⁷⁸ Un dato può essere ottenuto col consenso del consumatore (come le informazioni che si danno a un *social network* per avere su questo un profilo), dall’osservazione del comportamento di un soggetto (per esempio la sua cronologia) o dall’inferenza da un dato noto (così è possibile inferire il genere di una persona sulla base dei suoi acquisti), v. Bundeskatellamt – Autorité de la concurrence, *Competition law and data*, cit., pp. 6-7.

saranno poi utilizzate per prendere decisioni sul mercato (*usage*)³⁷⁹. Mentre l'utilizzo ha più a che fare col vantaggio competitivo, tutti gli altri anelli della *data value chain* servono a realizzare il vantaggio informativo. Alla luce di ciò e del fatto che i *big data* possono individuare solo correlazioni ma non causalità³⁸⁰, è necessario valutare caso per caso se un *dataset* e gli investimenti effettuati conferiscono un tale vantaggio. Per esempio, per analizzare i dati è necessario filtrarli. Se quest'operazione viene effettuata in modo maldestro, vi è il rischio di arrivare a conclusioni assurde, come che la stessa macchina è parcheggiata in due luoghi diversi nello stesso momento³⁸¹. Inoltre, una volta ottenuto un vantaggio informativo, non è detto che se ne ricavi un vantaggio competitivo. Quest'ultimo si ha solo quando si è in grado di realizzare una strategia non replicabile dai concorrenti. Per esempio, si è in grado di praticare prezzi più bassi, si sviluppa una nuova tecnologia o si riesce a differenziare il prodotto in modo non replicabile. Ebbene, ciò non dipende sempre dai dati. Esemplicando, nonostante Google avesse a disposizione un'enorme mole di dati da cui estrarre informazioni, ciò non ha rappresentato un vantaggio competitivo per Google+ nel mercato dei *social network*³⁸².

A ogni buon conto, quest'ultimo esempio non permette di affermare che le barriere all'ingresso ai *big data* (e allo sviluppo) siano basse. È vero che vi sono stati casi in cui i *newcomers* hanno spodestato gli *incumbent* – come fece Google con Altavista sul mercato dei motori di ricerca e come stanno facendo Tinder e Hinge con Meetic e Match sul mercato dei siti di incontri – ma lo studio più approfondito del fenomeno ha dimostrato che in ogni passaggio della *data value chain* possono presentarsi delle barriere tecnologiche, legali o comportamentali³⁸³ (v. *infra*, paragrafo 3.).

³⁷⁹ D.L. RUBINFELD – M. GAL, *Access Barriers to Big Data*, in 59 *Arizona Law Review* 348-349 (2017).

³⁸⁰ V. MAYER-SCHÖNBERGER – K. CUKIER, *Big Data.*, cit., pp. 60-63.

³⁸¹ L'esempio è tratto da M. MAGGIOLINO, *I big data*, cit., p. 39, dove l'Autrice precisa anche (alla nt. 71) che nei dati provenienti dall'*IoT* vi sono molti "rumori", cioè dati irrilevanti.

³⁸² Bundeskatellamt – Autorité de la concurrence, *Competition law and data*, cit., p. 30.

³⁸³ Per un'accurata analisi, v. D.L. RUBINFELD – M. GAL, *Access Barriers*, cit., 349-368. Mentre le prime due sono di più facile comprensione, le barriere comportamentali sono quelle derivanti da comportamenti dei soggetti che raccolgono i dati. Un esempio è il caso Nielsen deciso in Canada,

2.2. Le piattaforme digitali

Le piattaforme sono dei mercati caratterizzati dall'esistenza di due o più gruppi di agenti interessati a entrare in contatto gli uni con gli altri (c.d. *multi-sided markets*)³⁸⁴. Per esempio, Amazon mette in contatto i consumatori con i *merchants*, Facebook gli utenti tra loro e questi con gli inserzionisti, Uber chi ha bisogno di un passaggio con chi è disposto a offrirlo, AirBnb domanda e offerta sul mercato delle locazioni, Spotify gli artisti (e nella versione gratuita anche gli inserzionisti) con il pubblico e Tinder chi è alla ricerca di una relazione. Non è che questi soggetti non abbiano la possibilità di entrare in contatto altrimenti, ma gli elevati costi di transazione rischierebbero di impedirlo. Si pensi quanto sarebbe alto il costo per i *merchants* di Amazon per ottenere la stessa visibilità che è offerta dalla piattaforma e il costo di ricerca per i consumatori. Oppure, più semplicemente, una piattaforma come OpenTable che permette di prenotare tavoli a un ristorante risolve il costo transattivo rappresentato dalla ricerca e dalla chiamata.

Negli esempi portati è chiaro che le relazioni tra i diversi gruppi possono essere le più disparate, dall'acquisto di un *computer* alla ricerca di un coinquilino. A seconda della natura di queste, la piattaforma sarà differentemente qualificata³⁸⁵. La *summa divisio* è tra *matching platforms* e *audience providing* o *advertising platforms*. Nelle prime vi è un'interazione diretta tra i due gruppi, sia essa una transazione economica (*transaction platforms*) – come avviene su Amazon e AirBnb – o di altro tipo (*non-*

dove la Nielsen aveva concluso contratti di accesso esclusivo agli “*scanner data*” (cioè i dati sui prodotti acquistati dai consumatori ottenuti dalla scansione del codice a barre) con tutti i maggiori supermercati canadesi, v. Can. (Dir. of Investigation & Research) v. D&B Co. of Can., 1995 CarswellNat 2684 (Comp. Trib.) (WL).

³⁸⁴ V. l'ancora ottimo D.S. EVANS – R. SCHMALENSEE, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*, Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 623, 2012, disponibile a

<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1482&context=lawandeconomics>

³⁸⁵ Per la sintesi del dibattito v. Bundeskartellamt, *Market Power of Platforms and Networks*, giugno 2016, pp. 17-25 disponibile a https://www.bundeskartellamt.de/EN/AboutUs/Publications/Reports/reports_node.html

transaction platforms) – come la ricerca dell’anima gemella su Tinder. Nelle seconde invece i gruppi non hanno contatti diretti tra loro e solo i soggetti su un certo versante della piattaforma hanno interesse ad attrarre l’attenzione degli altri (ma non viceversa). Questo è il caso di Spotify e di ogni giornale *online* con annunci pubblicitari. Artisti (su Spotify) e inserzionisti hanno interesse ad attrarre l’attenzione degli utenti o lettori, ma non è vero il contrario. Anzi talvolta l’elevato numero di soggetti che cercano di attirare l’attenzione può ridurre l’utilità della piattaforma per chi si trova sull’altro lato³⁸⁶. Chi non è mai stato infastidito nella lettura di un articolo *online* dagli annunci pubblicitari? In ogni caso, per la sopravvivenza della piattaforma è necessario che la differenza tra maggiore e minore utilità sui diversi lati sia positiva. Le considerazioni che precedono mettono in luce la differenza strutturale esistente tra *matching platforms* e *audience providing platforms*. Mentre le prime sono espressione di un certo assetto del mercato, le seconde sono la conseguenza di una decisione commerciale³⁸⁷.

Le piattaforme sono caratterizzate dall’esistenze di *network effects* tra i loro diversi lati, economie di scala e di ampiezza³⁸⁸. Come già accennato nell’analisi della *Post-Chicago School* (v. *supra*, Sezione I, paragrafo 1.1.4.), si hanno *network effects* quando l’utilità procurata a un soggetto da un bene o servizio aumenta (*positive network effects*) o diminuisce (*negative network effects*) con l’aumentare del numero di soggetti che lo comprano o utilizzano. Concentrandoci su *network* e piattaforme, una precisazione è d’uopo. I *network effects* possono essere diretti o indiretti³⁸⁹. I

³⁸⁶ D.S. EVANS – R. SCHMALENSSEE, *The Antitrust Analysis*, cit., p. 8.

³⁸⁷ Bundeskartellamt, *Market Power*, cit., pp. 19 e 24.

³⁸⁸ D. COYLE, *Digital Platforms force a rethink in competition theory*, *FT*, 17 agosto 2017, disponibile a <https://www.ft.com/content/9dc80408-81e1-11e7-94e2-c5b903247afd>. Per un’approfondita analisi delle barriere all’ingresso create dai big data v. D.L. RUBINFELD – M. GAL, *Access Barriers*, cit., 352-356. Inoltre questi ultimi sostengono che la velocità dell’elaborazione dei dati produce anche delle economie di velocità. Per esempio, il c.d. *nowcasting* (l’utilizzazione della velocità alla quale un *dataset* cresce per prevedere le tendenze prima degli altri) permette di prevedere le mosse dei concorrenti e dunque di reagire più velocemente.

³⁸⁹ Per un’ottima sintesi v. Bundeskartellamt, *The Market Power of Platforms and Networks. Executive Summary*, 2016, pp. 3-4 disponibile a

primi si producono nelle reti (*network*) – come le reti telefoniche o i *social network* – quando queste sono utilizzate da altri utenti. È ovvio, per esempio, che il valore di Facebook sarà tanto maggiore per gli utenti quanto maggiore è la possibilità di entrare in contatto con altri soggetti³⁹⁰. I secondi invece sono generati dalla semplice presenza di soggetti sull'altro lato del mercato. Questo è quanto accade per le piattaforme, dove “*the more people actively or passively contribute data, the more the company can improve the quality of its product, the more attractive the product is to other users, the more data the company has to further improve its product, which becomes more attractive to prospective users*”³⁹¹ (c.d. *positive feedback loop*). Gli *indirect network effect*, inoltre, possono essere bilaterali o unilaterali. In genere, sono bilaterali nelle *matching platforms* e unilaterali nelle *audience providing platforms*. Per esempio, sia i consumatori che i *merchants* beneficiano dell'elevato numero di soggetti sull'altro versante di Amazon. Al contrario, solo gli inserzionisti beneficiano dell'elevato numero di utenti di Spotify (nella versione gratuita)³⁹². Quanto alle economie di scala, non bisogna ingannarsi. Le economie di scala sul lato della domanda sono un sinonimo di *network effects*. Al contrario, quelle sul lato dell'offerta si producono quando l'aumentare della quantità di beni o servizi prodotti riduce i costi di produzione. È noto che spesso le imprese più grandi sono più efficienti, ma la *digital economy* spinge questo fenomeno all'estremo. Infatti, la creazione di un'informazione richiede elevanti costi iniziali, ma i costi marginali per riprodurla e trasmetterla sono quasi nulli. Questa è una delle ragioni per cui spesso le

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=4

³⁹⁰ Si badi, qui si sta guardando a Facebook come (*social*) *network*, non come piattaforma. Facebook deve essere invece considerato come una piattaforma (*audience providing platform*) quando permette agli inserzionisti di pubblicizzare i loro prodotti. Solo in questo secondo caso si creano due gruppi di soggetti e il mercato diventa dunque *multi-sided*.

³⁹¹ M. STUCKE – A. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 170.

³⁹² Nonostante si tratti di *audience providing platform*, vi sono *positive bilateral network effects* tra artisti e utenti.

piattaforme optano per offrire gratuitamente i loro servizi (i vantaggi sono la raccolta di grandi quantità di dati e i guadagni derivanti dalla pubblicità)³⁹³.

Il fenomeno delle economie di ampiezza – per cui la produzione di un bene o servizio rende più efficienti nell’offerta di un altro – si spiega in termini parzialmente diversi. Da un lato, l’accesso ai dati conferisce alle piattaforme la c.d. “*God’s eye view*”³⁹⁴, cioè la capacità di conoscere le preferenze dei consumatori e le iniziative dei concorrenti. Dall’altro, la velocità dell’innovazione nei mercati digitali può minacciare la potenza delle piattaforme. Infatti, può darsi che la raccolta di dati da parte di un concorrente su un mercato possa in futuro minacciare la posizione della piattaforma sul mercato in cui è, se non dominante, comunque forte³⁹⁵. Allora, per via del basso costo marginale di memorizzazione e replica dei dati, le imprese sono spinte a espandersi su nuovi mercati abbandonando il timore che ciò possa cannibalizzare la loro attuale attività³⁹⁶. Si creano così degli ecosistemi in cui la piattaforma accanto alla sua attività economica principale ne svolge di secondarie. Per esempio Alibaba – il gigante dell’*e-commerce* cinese – ha iniziato a offrire servizi finanziari, come il credito al consumo³⁹⁷. In ogni caso, il timore di essere sorpresi dai concorrenti non è l’unica giustificazione di questo fenomeno. Vi sono

³⁹³ Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit., p. 20.

³⁹⁴ “[T]he giants’ surveillance systems span the entire economy: Google can see what people search for, Facebook what they share, Amazon what they buy. They own app stores and operating systems, and rent out computing power to start ups. They have a ‘God’s eye view’ of activities in their own market and beyond. They can see when a new product or service gains traction, allowing them to copy it”, v. The Economist, *The world’s most valuable resource is no longer oil, but data*, cit.

³⁹⁵ Ed è proprio questo timore che ha spinto Facebook prima a cercare di acquisire SnapChat e, a seguito del rifiuto di quest’ultima, ad introdurre le storie su Instagram, v. J. SHINAL, *Mark Zuckerberg couldn’t buy Snapchat years ago, and now he’s close to destroying the company*, CNBC, 12 luglio 2017 disponibile a <https://www.cnn.com/2017/07/12/how-mark-zuckerberg-has-used-instagram-to-crush-evan-spiegels-snap.html>

³⁹⁶ “*In this era of tech disruption, companies need to be willing to disrupt themselves before others do it to them*”, v. R. DOBBS – T. KOLLER – S. RAMASWAMY, *The Future and How to Survive It*, *Harvard Business Review*, ottobre 2015 disponibile a <https://hbr.org/2015/10/the-future-and-how-to-survive-it>, i quali dimostrano anche le imprese che sono state in grado di far ciò hanno ottenuto profitti più elevati.

³⁹⁷ Di nuovo R. DOBBS – T. KOLLER – S. RAMASWAMY, *The Future*, cit.

almeno altre due ragioni. In primo luogo, ciò permette alla piattaforma di acquisire dati di diversa provenienza (*variety*) e dunque di incrementare il vantaggio informativo conferitole dai *big data*. In secondo luogo, questa modalità operativa può cogliere l'occasione per fidelizzare i propri utenti. L'arricchimento e l'ampliamento dell'esperienza offerta difatti porterà questi ultimi a rivolgersi sempre allo stesso ecosistema³⁹⁸.

3. Uno sguardo di insieme: la concorrenza ai tempi della digital economy

Qual è l'impatto di tutto ciò sulla concorrenza? Le piattaforme sono uguali alle grandi imprese dell'ambito analogico – od “*old economy*”, come anche si suol dire – o vi è qualcosa di nuovo?

Dal punto di vista concorrenziale, non si può non notare come i *network effects* tendano a fidelizzare il consumatore e dunque ad aumentare i costi che questo dovrebbe sopportare per cambiare piattaforma (c.d. *switching-costs*). Ovvìa conseguenza è il rischio che gli utenti rimangano bloccati nelle grandi piattaforme rendendo così ardua l'entrata dei concorrenti nel mercato (c.d. *lock-in effects*). La tendenza di questi mercati all'oligopolio o al monopolio diventa chiara se si considera che su questi non si può operare in assenza della massa critica di dati – quindi di utenti. In altri termini, come è stato efficacemente notato, “*a digital platform is either large or dead*”³⁹⁹ e, in termini ancora più generali, la concorrenza non è più “*in the market*” ma “*for the market*” – o, se si preferisce, “*winner takes all*”⁴⁰⁰.

Più precisamente, questa tendenza si spiega analizzando le barriere all'ingresso ai *big data*⁴⁰¹. Come il nome suggerisce, le barriere all'ingresso sono quegli ostacoli

³⁹⁸ V. M. MAGGIOLINO, *I big data*, cit., p. 64.

³⁹⁹ D. COYLE, *Why Economics must go digital*, *NewEurope*, 13 giugno 2019, disponibile a <https://www.neweurope.eu/article/why-economics-must-go-digital/>

⁴⁰⁰ Questa analisi è già stata sviluppata all'inizio degli anni 2000 da A.B. SPENCER, *Antitrust and the Information Age: Sec. 2 Monopolization Analyses in the New Economy*, in 114 *Harv. L. Rev.* 1635 (2001).

⁴⁰¹ Si rinvia di nuovo a D.L. RUBINFELD – M. GAL, *Access Barriers*, cit.

all'entrata o allo sviluppo dei concorrenti su un certo mercato. Queste possono essere "tradizionali" (come la presenza di economie di scala) o proprie dei *big data* (per esempio la massa critica di dati necessaria per operare su un mercato). Da un altro punto di vista, queste possono esistere tanto sul lato dell'offerta – e l'esempio è ancora una volta quello delle economie di scala – quanto della domanda – in particolare, i *network effects*. Inoltre, come accennato in precedenza, le barriere all'ingresso possono sorgere in qualsiasi fase della *data-value chain* e possono avere natura tecnologica, legale o comportamentale. Così come queste possono cumularsi, può anche darsi che le barriere all'entrata in una certa fase siano, almeno parzialmente, compensate dal basso livello presente in un'altra. Così la disponibilità di un efficace algoritmo permette utilizzare meno dati⁴⁰².

Non è certo questa la sede per esaminare tutte queste barriere, ma qualche esempio – oltre ai già citati *network effects* e conseguentemente elevati *switching costs*⁴⁰³ – può essere utile per capire il fenomeno in esame. Particolarmente interessante è il fatto che, nonostante i dati presentino le caratteristiche dei beni pubblici (non escludibilità e non rivalità nel consumo) vi siano delle barriere alla loro raccolta. La contraddizione è solo apparente, dal momento che le operazioni di raccolta, immagazzinamento, integrazione e analisi li rendono più simili ai beni privati (escludibili e rivali nel consumo) che a quelli pubblici⁴⁰⁴. Infatti, alcuni dati sono unici o comunque è unica la modalità di accesso (barriere tecnologiche alla raccolta). Per esempio, non è facilmente replicabile la reazione emozionale di un utente a un contenuto espressa tramite un *like*. Un caso poi in cui la barriera attiene al mezzo di accesso si può trovare nei paesi del c.d. "terzo mondo", dove l'accesso all'Internet soprattutto tramite *smartphones* conferisce alle imprese operanti nel campo della telefonia mobile un vantaggio nella raccolta dati rispetto a quelle che operano sulla

⁴⁰² D.L. RUBINFELD – M. GAL, *Access Barriers*, cit., p. 369.

⁴⁰³ Questi sono delle barriere tecnologiche alla raccolta.

⁴⁰⁴ D.L. RUBINFELD – M. GAL, *Access Barriers*, cit., 373. Gli Autori, analizzando le barriere all'ingresso ai *big data*, confutano la tesi – un po' semplicistica – per cui la natura di beni pubblici dei dati permette di accedervi facilmente (350-351). Per questa tesi v. D.S. TUCKER – H.D. WELLFORD, *Big Mistakes Regarding Big Data, The Antitrust Source*, 2014, pp. 6-9 disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2549044

base degli schermi di *computer*. Ancora, le norme sulla protezione dei dati personali e il *copyright* o – più spesso – il diritto *sui generis* sulle banche dati possono rappresentare barriere legali alla raccolta dati. Infine, esempio di barriere comportamentali – sempre alla raccolta – è la disattivazione dei meccanismi con cui altre imprese raccolgono i dati. Per esempio, Microsoft a ogni aggiornamento del sistema operativo disattiva il *browser* selezionato e reinstalla quello di *default* (Bing, che ovviamente è della Microsoft).

Si potrebbe andare avanti a elencare le barriere all'entrata sia nella raccolta sia nelle altre fasi della *data-value chain*, ma ciò rischierebbe di portarci fuori strada. È meglio smettere – almeno per il momento – di fare i pessimisti ed è ora di considerare l'impatto positivo che la *digital economy* ha sulla concorrenza. Come osservato in precedenza, la rivoluzione digitale ha portato alla nascita di nuove opportunità e modelli di *business*⁴⁰⁵, come il *targeting* e l'offerta di servizi gratuiti (*free side*) per poi trarre profitto dall'utilizzo dei dati così raccolti e dalla pubblicità. Per fare un esempio tra i molti, Facebook offre gratuitamente ai suoi utenti la possibilità di utilizzare il *social network*, raccogliendo così una quantità di dati sterminata – da utilizzare per i fini più vari – e offrendo agli inserzionisti l'opportunità di raggiungere un pubblico vastissimo di cui si conoscono le preferenze (*targeting*). Ciò può suggerire un certo ottimismo, ma non vale a fugare i timori monopolistici appena esposti. Per trovare maggior sollievo si devono prendere in considerazione almeno quattro ordini di ragioni.

In primo luogo, è ormai parte della quotidianità la comparazione di beni o servizi offerti *online*. Ciò ha due implicazioni. Da un lato, è molto più facile venire a conoscenza e confrontare beni e servizi⁴⁰⁶, dall'altro i *network effects* possono

⁴⁰⁵ Per alcuni riferimenti si rinvia *supra*, paragrafo 1 di questa Sezione.

⁴⁰⁶ Il che, da un lato, è un forte stimolo alla concorrenza, ma dall'altro può rappresentare una minaccia. Infatti, per via della natura duale (mercato e concorrente) delle *transaction matching platforms*, vi è il rischio che queste distorcano la concorrenza – per esempio – tramite il *self-preferencing*. Questo timore è alla base dell'indagine della Commissione – e negli Stati Uniti della FTC e del DoJ – nei confronti di Amazon, v. il comunicato stampa della Commissione europea, *Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon*, 17 luglio 2019 disponibile a https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_4291. Per un

trasformarsi da nemici dei *newcomers* a loro alleati, offrendoli opportunità di rapida crescita. È chiaro d'altronde che appena un'impresa inizia ad avere successo, per via delle esternalità di rete, potrà crescere in modo esponenziale⁴⁰⁷. Si può citare al riguardo – ma con cautela – la velocità con cui Google ha sostituito Altavista, Facebook My Space e, più di recente, Tinder sta sostituendo siti di incontri come Meetic. La cautela è d'obbligo per via delle differenti condizioni dei mercati ai tempi dei primi due esempi rispetto a quelle attuali e, quanto al terzo, Tinder ha avuto successo soprattutto per via dell'offerta di un servizio nettamente diverso da quello dei concorrenti (*social network* di incontri che utilizza la localizzazione dello *smartphone*)⁴⁰⁸.

Quest'ultimo esempio funge da ponte per la trattazione della differenziazione del prodotto (c.d. *product differentiation*) – che è la seconda ragione per cui i mercati digitali non sono inesorabilmente condannati al monopolio⁴⁰⁹. Si tratta, come noto, di una teoria sviluppata nell'ambito analogico ma applicabile anche alla *digital economy*. La differenziazione può essere verticale od orizzontale. Nel primo caso i consumatori sono in grado di valutare quale prodotto è di qualità superiore e, dunque, a parità di prezzo, sarà preferito quest'ultimo. Per esempio, uno strumento

breve commento, v. R. BELL, *European Commission scrutinizes on-line platforms with competition investigation into Amazon, EU & Competition Law*, 11 ottobre 2019, disponibile a <https://eu-competitionlaw.com/eu-commission-scrutinizes-on-line-platforms-with-competition-investigation-into-amazon/> e, per l'indagine negli Stati Uniti, S. SOPER – B. BRODY, *Amazon Probed by U.S. Antitrust Officials Over Marketplace*, *Bloomberg*, 11 settembre 2019, disponibile a <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-09-11/amazon-antitrust-probe-ftc-investigators-interview-merchants?srnd=markets-vp>. Sul punto si tornerà diffusamente per l'elaborazione della teoria del danno, v. *infra*, paragrafi 7. ss.

⁴⁰⁷ “[H]istory has shown that entry barriers generally—not just those related to data requirements—are low in the online space, as evidenced by the tremendous amount of entry and rapid gains often enjoyed by innovative new challengers”, v. D.S. TUCKER – H.D. WELLFORD, *Big Mistakes*, cit., p. 7.

⁴⁰⁸ Per i primi due esempi, v. Bundeskartellamt – Autorité de la concurrence, *Competition law and data*, cit., pp. 29-30, per l'ultimo v. M. MAGGIOLINO, *I big data*, cit., p. 56.

⁴⁰⁹ Questa ragione e le prossime due (*multi-homing* e concorrenza asimmetrica) sono tratte da D.S. EVANS – R. SCHMALENSEE, *The Antitrust Analysis*, cit., pp. 12-17.

musicale realizzato con materiali più pregiati. Nel secondo caso, la scelta dipende dai gusti del consumatore. Tale è la scelta tra *computer* di colori diversi. In ogni caso, per via dell'interdipendenza dei versanti della piattaforma digitale, è necessario tener conto degli effetti che la differenziazione su un lato ha sugli altri. E di norma questa dovrà avvenire unitamente su entrambi i lati. Così, prendendo un esempio dalle piattaforme che mettono in contatto domanda e offerta sul mercato del lavoro, LinkedIn si rivolge ai professionisti, mediabistro.com a chi lavora nel settore dei *media*, ecc. In questi casi, la specializzazione aumenta la *matching efficiency* e dunque l'utilità che gli utenti traggono dalla piattaforma. Il che permetterà a una pluralità di piattaforme di coesistere. E l'esistenza di una piattaforma operante in un mercato affine ne manterrà la concorrenzialità.

In terzo luogo, spesso chi opera su una piattaforma ne utilizza anche altre (c.d. *multi-homing*). Per esempio, chi acquista e vende *online* non lo fa solo su Amazon, ma anche su eBay e altri siti di *e-commerce*. Si tratta com'è evidente dell'antidoto più efficace contro le tendenze monopolistiche dei *network effects*. In tal modo, difatti, riducendosi per gli utenti gli *switching costs* (e dunque i *lock-in effects*), si garantisce l'apertura concorrenziale di questi mercati. Tuttavia, affinché il *multi-homing* bilanci – o almeno ci provi – i *network effects* è necessario, da un lato, che le piattaforme dominanti non lo impediscano – per esempio creando ostacoli tecnologici – e, dall'altro, che la portabilità e interoperabilità dei dati siano garantite⁴¹⁰. Di più, quando il *multi-homing* avviene solo su un versante della piattaforma (c.d. *competitive bottleneck*)⁴¹¹, la concorrenza per mantenere gli utenti *single-home* sarà forte e i profitti verranno tratti principalmente dall'altro lato. Ciò non è sempre vero. Per esempio, nelle *computing platforms*⁴¹² (come Google Android) accade il

⁴¹⁰ Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit., pp. 57-60. Sul punto, v. *infra*, Sezione III, paragrafi 1. ss. Le Autorità *antitrust* tedesca e francese sottolineano che nella maggior parte dei casi più che essere il *multi-homing* ad arrestare i *network effects* avviene il contrario, v. Bundeskartellamt – Autorité de la concurrence, *Competition law and data*, cit., pp. 28-29.

⁴¹¹ M. ARMSTRONG, *Competition in Two-Sided Markets*, in 37 *RAND Law Journal* 668-691 (2006) citato da D.S. EVANS – R. SCHMALENSEE, *The Antitrust Analysis*, cit., pp. 15-16.

⁴¹² Dove i due gruppi (consumatori e programmatori) interagiscono nell'*app store*. Si deve fare attenzione a non confondere le *computing platforms* con le *technology platforms*, le quali ultime non

contrario. Su questo mercato, nonostante i programmatori operino per più piattaforme, mentre i consumatori tendano al *single-homing*, i profitti sono tratti dai consumatori.

Infine, le piattaforme sono sottoposte a una concorrenza asimmetrica. Non solo concorrono tra loro, ma anche con le imprese (*single-sided*) che operano sui singoli versanti della piattaforma (è noto come Amazon sia in competizione con i librai, tra gli altri), con piattaforme che operano su alcuni ma non tutti i lati (per esempio, mentre Spotify e Apple Music offrono i brani più disparati, Bandcamp è dedicata agli artisti indipendenti e alla musica sperimentale) e, ribaltando la prospettiva, con piattaforme con più versanti. Riprendendo quanto detto sulle economie di ampiezza, le piattaforme sono degli ecosistemi attivi in diversi mercati (c.d. *competition across markets*) e dunque soggetti a concorrenza da più parti. D'altro canto, tornando per un attimo pessimisti, sarebbe ingenuo tenere in non cale il rischio di estensione del dominio delle piattaforme più forti ai mercati secondari⁴¹³.

E il diritto come deve reagire a questa trasformazione? Mi sembra che il quadro appena tratteggiato sfilii il tappeto sotto i piedi dei “*business as usual guys*”. E mentre questi finiscono gambe all'aria, i loro colleghi un po' più critici iniziano a fare i conti

sono delle vere e proprie piattaforme (in quanto non sono *multi-sided markets*), v. Platform Hunt, *The 9 Types of Software Platforms*, Medium, 12 giugno 2016 disponibile a <https://medium.com/platform-hunt/the-8-types-of-software-platforms-473c74f4536a>

⁴¹³ In linea di principio, può essere un bene che la concorrenza sia sempre più ampia. Tuttavia, così facendo le piattaforme più grandi rischiano di monopolizzare mercati secondari, costringendo chi opera su questi fuori dal mercato. Un esempio – sul quale si tornerà diffusamente quando si tratterà della condotta abusiva e nel Capitolo sulla concorrenza sleale – è l'imitazione delle idee dei concorrenti da parte delle piattaforme dominanti (c.d. *second mover advantage*), v. G. BENSINGER, *Competing with Amazon on Amazon*, Wall Street Journal, 27 giugno 2012 disponibile a <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304441404577482902055882264>. Tale condotta è oggetto – tra gli altri – delle indagini della Commissione europea, FTC e DoJ nei confronti di Amazon.

con una nuova forma di concorrenza e a ripensare il diritto *antitrust*... “[because] *this time is different guys* [and we’d better hurry up]”⁴¹⁴.

4. *E poi arriva il diritto, ma quale? Diritto antitrust, protezione dei dati personali e tutela del consumatore*

In un mercato in cui il potere è dato dalla disponibilità e dall’analisi dei dati spesso forniti dai consumatori in cambio di servizi gratuiti, la concorrenza è ancora disciplinata soltanto dal diritto *antitrust* o anche la normativa sui dati personali e il diritto del consumo devono essere presi in considerazione? Recentemente il dialogo tra queste discipline si sta infittendo e non di rado l’una è chiamata a tutelare interessi propri anche delle altre. Così il diritto del consumo è stato utilizzato per proteggere i dati personali e la disciplina di questi ultimi si è dimostrata un utile strumento per l’interpretazione del primo⁴¹⁵. Inoltre, per quel che qui più interessa, concetti propri della protezione dei dati personali sono stati impiegati nell’applicazione del diritto *antitrust*. In breve, sembra stia nascendo un “*approccio integrato*”⁴¹⁶. L’avvento della *digital economy* ha certamente accentuato questa

⁴¹⁴ Rimaneggiando la distinzione con cui si è aperto il capitolo, v. M. RICOLFI, *The Internet of Things and the Ages of Antitrust*, in *Concorrenza e Mercato*, 2017, pp. 215-232 disponibile a <https://nexa.polito.it/nexacenterfiles/4.%20ricolfi.pdf>, p. 5 dell’estratto.

⁴¹⁵ La protezione dei dati personali è stata ritenuta parte integrante della moderna tutela dei consumatori nell’ambito digitale, v. N. HELBERGER – F. ZUIDERVEEN BORGESIOUS – A. REYNA, *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law*, in 54 *Common Market Law Review* 1427 (2017).

⁴¹⁶ “*EU approaches to data protection, competition and consumer protection share common goals, including the promotion of growth, innovation and the welfare of individual consumers*”. “*Closer dialogue between regulators and experts across policy boundaries can not only aid enforcement of rules on competition and consumer protection, but also stimulate the market for privacy-enhancing services*”, v. European Data Protection Supervisor, *Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, marzo 2014, le citazioni sono tratte da p. 3 disponibile a https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf. Tale approccio è condiviso anche da Bundeskatellamt – Autorité de la concurrence, *Competition law and data*, cit., pp. 22-25.

convergenza, ma la prudenza porta a chiederci: ce n'è bisogno dal punto di vista giuridico? Nonostante sia troppo presto per prendere una posizione netta, si può comunque svolgere qualche considerazione teorica (minima) al riguardo.

Il bandolo della matassa normativa è la funzione delle tre discipline. Così solo nella misura in cui la loro applicazione persegua finalità omogenee, se necessario, i concetti propri di una sono utilizzabili per interpretare le altre. L'esempio lampante è il diritto alla portabilità dei dati (art. 20 GDPR). La possibilità di richiedere al titolare del trattamento e trasmettere a un altro soggetto i dati che il primo ha raccolto riguardo all'interessato prende ben tre piccioni con una fava. Oltre alla tutela della personalità, la norma in esame permette all'interessato di scegliere razionalmente a chi affidare il trattamento dei suoi dati e, allo stesso tempo, riduce gli *switching costs* e dunque i *lock-in effects*. Il che, visto dal lato dei *newcomers*, riduce le barriere all'entrata erette dai *network effects* e dalle economie di scala, così garantendo l'apertura concorrenziale dei mercati. Nonostante il diritto alla portabilità dei dati meriti una trattazione più approfondita, questa deve essere rimandata alla sede opportuna (v. *infra*, Sezione III, paragrafi 1.3.2. e 1.3.3.) per concentrarsi ora, per ragioni di spazio e opportunità, sul rapporto tra diritto *antitrust* e protezione dei dati personali.

Quel che è certo è che il vento della novità non può spazzare via i criteri su cui l'interpretazione del diritto *antitrust* tradizionalmente si è fondata – almeno non i capisaldi. Più precisamente, si deve evitare di ridurre la teoria del danno all'automatismo per cui la mera violazione di una disposizione del GDPR perpetrata un'impresa dominante diviene un illecito *antitrust*. Il pericolo che comporta un approccio come questo è evidente. Si finirebbe per includere la protezione dei dati

Per un'analisi economica del c.d. "approccio integrato", v. W. KERBER, *Digital markets, data, and privacy: competition law, consumer law and data protection*, in 11 *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 856 (2016). Per una trattazione giuridica del rapporto tra diritto *antitrust* e tutela dei dati personali, v. in senso critico G. COLANGELO – M. MAGGIOLINO, *Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition?*, in 8 *Journal of European Competition Law & Practice* 363 (2017) e, più ottimisticamente, G. SCHNEIDER, *Testing Art. 102 TFEU in the Digital Marketplace: Insights from the Bundeskartellamt's investigation against Facebook*, in 9 *Journal of European Competition Law & Practice* 220-222 e 223-225 (2018).

personali tra gli obiettivi del diritto della concorrenza⁴¹⁷, che diverrebbe una sorta di “*passe-partout*”. È bene allora dare a ogni questione il suo strumento normativo e percorrere la strada verso un approccio integrato con piedi di piombo.

Ma c'è chi preferisce correre verso questa meta. In particolare, essendo il trattamento dei dati personali ormai un criterio per valutare la qualità di un bene o servizio, alcuni sostengono che, quando questo sia ideato od offerto da un'impresa dominante per ridurre il livello di protezione dei primi, vi è un danno al *consumer welfare* e dunque un illecito *antitrust*⁴¹⁸. L'argomento non è privo di rilievo, ma incontra un limite. È vero che vi sono dei mercati in cui il *consumer welfare* è strettamente legato alla qualità dei beni, che a sua volta dipende dal livello di protezione dei dati personali; tuttavia non sempre la riduzione di tale protezione ha un impatto negativo sul *consumer welfare*⁴¹⁹. In questo senso può essere letto il c.d. “*privacy paradox*”. Il paradosso sta nel fatto che, nonostante la tutela dei dati personali sia altamente valutata dai consumatori, il loro comportamento nei mercati digitali mostra l'opposto. Così ben può darsi che i consumatori siano disposti a fornire più dati – anziché pagare – per avere servizi gratuiti *online*. Pertanto, l'utilizzo delle norme sulla tutela dei dati personali nell'interpretazione del diritto *antitrust* è da accogliersi

⁴¹⁷ Infatti, le norme sul trattamento dei dati personali non sono in quanto tali rilevanti ai fini del diritto *antitrust*, v. Sentenza della Corte di Giustizia UE del 23 novembre 2006, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, punto 63. Per un'ottima sintesi sul punto, v. G. COLANGELO – M. MAGGIOLINO, *Data Protection in Attention Markets*, cit. Gli Autori espongono gli argomenti a favore e contro le quattro teorie del danno per cui la riduzione del livello di tutela dei dati personali nei mercati dell'attenzione (quali i *social network* e i motori di ricerca) costituisce un illecito *antitrust*. Il *paper* conclude – conformemente a quanto sostenuto nel testo – che solo quando il *consumer welfare* su un dato mercato dipende dalla qualità dei beni o servizi, che a sua volta si basa sul livello di tutela dei dati personali, la riduzione di quest'ultimo è rilevante ai fini del diritto *antitrust*. In ogni caso, questo impatto negativo non può essere presunto dalla violazione delle norme sulla protezione dei dati personali, ma deve essere motivato in termini concorrenziali.

⁴¹⁸ Tra gli altri, v. M. STUCKE – A. EZRACHI, *When Competition Fails to Optimise Quality: A Look at Search Engines*, in 18 *Yale Journal of Law and Technology* 70 (2016).

⁴¹⁹ Peraltro, a tutt'oggi, la misurazione della qualità di un bene o servizio presenta delle difficoltà pratiche non trascurabili, v. G. COLANGELO – M. MAGGIOLINO, *Data Protection in Attention Markets*, cit., p. 368.

con favore solo quando l'analisi economica delle circostanze del caso concreto dimostri l'effetto anti-concorrenziale del c.d. "*privacy harm*". In tutti gli altri casi tale operazione è inutile o, peggio, fuorviante, in quanto rischia di creare una *per se rule* incompatibile con l'*effect based approach* del diritto *antitrust*.

Un buon banco di prova è la – probabile – saga tra il Bundeskartellamt e Facebook. Nel 2019 il BKartA ha sanzionato come "*condizioni di transazione non eque*" [Sez. 19.1 GWB e, nel diritto dell'UE, art. 102, c. 2, lett. a), TFUE] le clausole dei *terms of use* di Facebook che prevedevano la raccolta sostanzialmente illimitata dei dati degli utenti e la possibilità di condividere questi dati con le c.d. *ineterested third parties*⁴²⁰. In primo luogo, l'Autorità tedesca ha ritenuto questa condotta contraria all'art. 6.1 GDPR – che pone il consenso dell'interessato alla base del trattamento dei dati personali. Dopodiché, su queste basi è stata elaborata la teoria del danno. In quest'ottica, la violazione della disposizione citata, da parte di un'impresa dominante il cui *business model* si fonda sulla raccolta e analisi dei dati personali, riduce la c.d. *consumer choice* e ha un effetto escludente nei confronti dei concorrenti⁴²¹. Più di preciso, il nesso di causalità tra posizione dominante e abuso è rappresentato dal

⁴²⁰ Bundeskartellamt, Decision B6-22/16, Facebook Inc. i.a. – The use of abusive business terms pursuant to Section 19 (1) GWB, 6 febbraio 2019 disponibile a <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html>. Per una sintesi v. Bundeskartellamt, *Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing – Case Summary*, 15 febbraio 2019 disponibile a <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html>. Per un commento – scritto durante l'indagine del BKartA – v. G. SCHNEIDER, *Testing Art. 102 TFEU*, cit.

⁴²¹ Come affermato anche in altra sede, "[p]rivacy policies [...] are liable to affect competition, notably when they are implemented by a dominant undertaking for which data serves as a main input of its products or services. [In fact] in those cases, there may be a close link between the dominance of the company, its data collection processes and competition on the relevant markets", v. Bundeskartellamt – Autorité de la concurrence, *Competition law and data*, cit., pp. 23-24. Peraltro, nei *multi-sided market*, lo sfruttamento degli utenti su un lato probabilmente, per via dei *network effects*, si rifletterà anche sull'altro. Così è ben possibile che grazie ai dati ottenuti abusivamente sulla *free side*, Facebook esiga un maggior prezzo sulla *paying side* (inserzionisti), v. G. SCHNEIDER, *Testing Art. 102 TFEU*, cit., 224-225.

guadagno di un indebito vantaggio competitivo sui concorrenti e, dunque, dall'aumento delle barriere all'entrata (*normative* od *outcome causality*)⁴²². Certamente questa teoria è innovativa, ma è corretta? Neanche un po' ha risposto l'Oberlandesgericht (OLG) di Düsseldorf⁴²³. In sintesi, il BKartA non ha provato che è stata la posizione dominante di Facebook a rendere possibile la (presunta) violazione dell'art. 6.1 GDPR (*behavioural causality*)⁴²⁴ e, dunque, che i consumatori non avrebbero accettato le stesse condizioni se il mercato fosse stato concorrenziale ("*as-if competition*"). Questa era la dimostrazione necessaria ai fini del nesso di causalità, mentre la *normative causality* è stata ritenuta fuori luogo per gli abusi di sfruttamento, in quanto tipica di quelli di impedimento⁴²⁵. Senza entrare nel merito del caso, l'approccio integrato parrebbe essersi qui dimostrato abbastanza fuorviante. E sotto questo profilo, sembrano condivisibili le

⁴²² Per una sintesi, v. Bundeskartellamt, *Facebook – Case Summary*, cit., pp. 11-12.

⁴²³ Oberlandesgericht Düsseldorf, interim proceedings, 26 August 2019, Case VI - Kart 1/19 (V) al momento l'unica versione inglese è disponibile a <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/08/OLG-Düsseldorf-Facebook-2019-English.pdf>. Nonostante la teoria del danno elaborata dal BKartA lasci qualche perplessità, si tratta pur sempre di un primo tentativo di interpretare il diritto *antitrust* alla luce del GDPR – frutto peraltro di un dibattito internazionale – che non merita l'asprezza e il formalismo che l'Oberlandesgericht di Düsseldorf, peraltro non senza delle buone ragioni, gli ha riservato. Al momento si attende la decisione del BGH sull'appello proposto dal BKartA avverso le *interim measures* della Corte di Düsseldorf. Tra i primi commenti, v. G. COLANGELO, *Facebook and the Bundeskartellamt's Winter of Discontent*, *Competition Policy International*, 23 settembre 2019 disponibile a <https://www.competitionpolicyinternational.com/facebook-and-bundeskartellamts-winter-of-discontent/> – il quale accoglie con favore la decisione dell'OLG: "*the Court has set competition enforcement back on track*" – e, in termini più dubitativi e con equilibrato umorismo giuridico, R. PODSZUN, *Facebook vs. Bundeskartellamt, D'KART*, 30 agosto 2019 disponibile a <https://www.d-kart.de/en/blog/2019/08/30/en-facebook-vs-bundeskartellamt/>.

⁴²⁴ La speciale responsabilità delle imprese dominanti è limitata alla concorrenza, non al rispetto della legge in generale, v. Oberlandesgericht Düsseldorf, interim proceedings, cit., p. 12 dell'estratto.

⁴²⁵ Tuttavia, un argomento a favore della *normative causality* può essere rinvenuto nella Decisione della Commissione del 24 luglio 1991, Tetra Pak II, IV/31043, punto 170.

censure mosse dall'OLG alla decisione del BKartA⁴²⁶. L'inadeguatezza della motivazione riguardo al nesso di causalità rischia davvero di produrre l'automatismo per cui la violazione di una norma del GDPR da parte di un *incumbent* diventa anche un abuso di posizione dominante⁴²⁷. Peraltro, anche se la condotta fosse lecita secondo questa disposizione, ma produttiva di effetti anti-competitivi, il diritto *antitrust* non può certo astenersi dal sanzionarla. In conclusione, come detto in precedenza, l'approccio integrato deve essere utilizzato con estrema cautela. Altrimenti, si trasforma il diritto della concorrenza in un "*passe-partout*".

5. Definizione del mercato rilevante

⁴²⁶ Nonostante la metodologia seguita dal BKartA non sia condivisibile, sembra invece corretto l'esito della sua decisione: si tratta di un abuso di posizione dominante (conclusione che, con ogni probabilità, non sarà confermata dall'OLG). Molto brevemente, ciò mi sembra corretto per via dell'evidente parallelismo tra il caso Facebook in esame e la Sentenza della Corte di Giustizia UE del 27 marzo 1974, *Belgische Radio en Televisie e société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs c. SV SABAM e NV Fonior*, C-127/73, ECLI:EU:C:1974:25 e, più recentemente, la Decisione della Commissione del 12 agosto 2002, *Banghalter & de Homem Christo / SACEM (Daft Punk)*, COMP/C2/37.219. In questi casi, il rifiuto da parte di una società di gestione collettiva di diritti d'autore di offrire i suoi servizi soltanto per alcune opere di un autore – anziché per la loro globalità – è stato ritenuto condizione di transazione non equa ex art. 102, c. 2, lett. a), TFUE. Il parallelismo è evidente. Un soggetto in posizione dominante riduce le possibilità di scelta degli utenti impedendo loro il libero esercizio del diritto d'autore o, nel caso Facebook, del diritto all'autodeterminazione informativa. Quanto al nesso di causalità, in entrambi i casi, è la posizione dominante a rendere possibile l'abuso. Infatti, la dipendenza dei consumatori dall'*incumbent* ha reso loro estremamente difficile rifiutare condizioni che non sarebbero state accettate in una situazione di mercato concorrenziale. Il che non significa che solo l'impresa dominante è in grado di praticare quelle condizioni, ma che solo in un mercato in cui vi è un'impresa dominante queste sono possibili (eventualmente anche per altre imprese) e solo se provenienti dall'*incumbent* producono un effetto di sfruttamento.

⁴²⁷ Anche se la valutazione sia dell'iniquinà delle condizioni ex art. 102, c. 2, lett. a), TFUE che della violazione dell'art. 6.1 GDPR richiedono le stesse operazioni (necessità e proporzione della condotta in relazione al suo oggetto). Quest'identità è ritenuta un argomento a favore dell'approccio integrato da G. SCHNEIDER, *Testing Art. 102 TFEU*, cit., 222-223, che ritiene in ogni caso necessario provare il nesso di causalità tra posizione dominante e abuso.

Come detto a suo tempo, la definizione del mercato rilevante mira alla determinazione dell'ambito nel quale un'impresa opera e, dunque, all'individuazione delle pressioni concorrenziali alle quali essa è sottoposta⁴²⁸ (v. *supra*, Sezione I, paragrafo 2.2.). Nonostante si tratti di un passaggio essenziale per l'applicazione dell'art. 102 TFUE, gli strumenti tradizionalmente utilizzati a tal fine – *i.e.* cuciti sulla realtà economica dei *one-sided markets* – non sono oggi al passo con i tempi. Lo sviluppo della *digital economy*, difatti, rende sempre più impellente il bisogno di una revisione di tali soluzioni per renderle adeguate all'analisi di *multi-sided markets*, quali le piattaforme, che spesso vedono l'offerta di servizi gratuiti su un loro versante (*free side*). Più precisamente, ai fini della definizione del mercato rilevante nella *digital economy*, si deve chiarire se i diversi lati di una piattaforma rappresentino un unico mercato (c.d. *single-market approach*) o mercati separati (c.d. *multi-markets approach*). Ancora, in quale misura i *network effects* che legano tali versanti richiedono un esame congiunto di questi ultimi? E di converso, quando si può procedere a esaminare un lato indipendentemente dagli altri? Di più. Una trattazione a sé è richiesta dalla *free side*. In particolare, è possibile definire un mercato in assenza di flussi di denaro come corrispettivi? Infine, dopo aver provato a rispondere a queste domande, si deve passare all'esame della sostituibilità dei prodotti (mercato del prodotto) e delle aree geografiche (mercato geografico). Il che richiede, da un lato, l'adattamento del *SSNIP test* alla natura *multi-sided* delle piattaforme e, dall'altro, l'individuazione di un *test* alternativo per la *free side*. È ovvio del resto che, essendo un aumento percentuale di un prezzo nullo sempre pari a zero, il *SSNIP test* non è applicabile ai c.d. *zero-price markets*.

5.1. Single v. multi-markets approach e relazione tra i versanti dei multi-sided markets

⁴²⁸ Comunicazione della Commissione del 9 dicembre 1997, *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in GUCE C 372/97, punto 2.

Per definire il mercato rilevante su cui operano le piattaforme è anzitutto necessario comprendere se i loro versanti debbano essere considerati un unico mercato oppure si tratti di mercati separati. Mentre è pacifico che alle *non-transaction* o, secondo un altro orientamento, alle *audience providing platforms* vada applicata la seconda soluzione, la questione resta controversa per le *transaction* o *matching platforms*. Nella pratica⁴²⁹ e in dottrina⁴³⁰ l'opinione per cui il *single-market approach* sia lo strumento migliore per esaminare queste ultime ha avuto qualche riconoscimento.

⁴²⁹ Negli Stati Uniti, la Corte Suprema ha riconosciuto un unico mercato, comprensivo dei servizi offerti ai consumatori e ai *merchants*, per i sistemi di pagamento (in quanto *transaction platforms*), v. *Ohio v. American Express Co.*, 585 U.S. ____ (2018). Nell'UE il tema resta ancora piuttosto inesplorato dalla Commissione, la quale finora si è occupata perlopiù di *audience providing platforms* o *networks*. A ogni modo, il BKartA ha individuato un argomento a favore del *single-market approach* per le *transaction platforms* nella Decisione della Commissione del 21 agosto 2007, *Travelport/Worldspan*, COMP/M.4523, v. *Bundeskartellamt, Market Power of Platforms and Networks*, cit., p. 27. Tuttavia, per i *multi-sided markets* relativi ai sistemi di pagamento, malgrado la Commissione fosse orientata verso il *single-market approach*, il Tribunale ha preferito il *multi-markets approach*, v. Sentenza del Tribunale UE del 24 maggio 2012, *MasterCard, Inc. e altri c. Commissione europea*, ECLI:EU:T:2012:260, punto 177 (la Corte di Giustizia non è stata chiamata a pronunciarsi in appello sulla definizione del mercato). A livello di Stati membri, v. Decisione del Nederlandse Mededingingsautoriteit 21 agosto 2007, 5901/184 *Bloemenveiling Aalsmeer – FloraHolland* e le decisioni del BkartA riportate in *Bundeskartellamt, Market Power of Platforms and Networks*, cit., pp. 30-31. Per un'analisi della giurisprudenza e della prassi comunitaria e di alcuni Stati membri, v. J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power in the Platform Economy*, Report del Centre on Regulation in Europe, Maggio 2019, pp. 28-31 disponibile a https://www.cerre.eu/sites/cerre/files/2019_cerre_market_definition_market_power_platform_economy.pdf

⁴³⁰ Per l'applicazione del *single-market approach* alle *transaction platforms*, v. L. FILISTRUCCHI – D. GERARDIN – E. VAN DAMME – P. AFFELDT, *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*, *TILEC Discussion Paper*, 16 marzo 2013, pp. 8-25 disponibile a <http://ssrn.com/abstract=2240850>, L. FILISTRUCCHI, *Market definition in multi-sided markets*, in OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, 2018, pp. 41-43 disponibile a <https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf> e, più cautamente, S. WISMER – A. RASEK, *Market definition in multi-sided markets*, in OECD, *Rethinking Antitrust Tools*, cit., pp. 56-60. Con riferimento alle *matching platforms*, v. *Bundeskartellamt, Market Power of Platforms and Networks*, cit., pp. 25-32 e sembrerebbe orientarsi in questo senso anche Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit., p. 46.

Iniziando dalle *transaction platforms*, queste sono caratterizzate dalla presenza di una transazione osservabile da parte della piattaforma tra gli utenti dei diversi gruppi. In questi casi, siccome i prodotti offerti sui diversi versanti “*need to be consumed in a fixed 1:1 proportion, as perfect complements, but by two different consumers*”⁴³¹, è stato proposto di considerare tali lati un unico mercato avente a oggetto il servizio di intermediazione⁴³². Secondo questo orientamento, una soluzione diversa (*i.e.* il *multi-markets approach*) non terrebbe debito conto del fatto che le *transaction platforms* non possono operare se non su entrambi i versanti della piattaforma⁴³³. Per esempio, nel caso di un’impresa che offre servizi di pagamento come American Express, “*either the transaction between the buyer and the merchant takes place using American Express services on both sides, or it does not take place through American Express*”⁴³⁴. Il che non può certamente dirsi per le *non-transaction platforms*. Un giornale *online*, difatti, può ben operare solo sul versante dei lettori e non su quello degli annunci pubblicitari.

D’altro canto, per non escludere le piattaforme che facilitano un’interazione diversa dallo scambio economico tra gli utenti⁴³⁵, altri preferiscono applicare il *single-market*

⁴³¹ L. FILISTRUCCHI, *Market definition in multi-sided markets* (OECD), cit., p. 42.

⁴³² Non si può però trascurare che, come già detto, le piattaforme competono anche con imprese *single-sided* (concorrenza asimmetrica) (v. *supra*, paragrafo 3.). Così, anche se non si tratta di controversie relative al diritto *antitrust*, la Corte di Giustizia ha ritenuto Uber attivo sul mercato dei servizi di trasporto urbano, in quanto gli autisti non potrebbero offrire il servizio di trasporto senza tale piattaforma, la quale peraltro offre servizi ulteriori rispetto alla sola intermediazione tra passeggeri e autisti, v. Sentenza della Corte di Giustizia UE del 20 dicembre 2017, Asociación Profesional Elite Taxi c. Uber Systems Spain SL, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981, in particolare punti 39 e 48, che è stata ripresa nella Sentenza della Corte di Giustizia UE del 10 aprile 2018, Procedimento penale a carico di Nabil Bensalem, C-320/16, ECLI:EU:C:2018:221, punti 21, 22 e 27.

⁴³³ L. FILISTRUCCHI – D. GERARDIN – E. VAN DAMME – P. AFFELDT, *Market Definition in Two-Sided Markets*, cit., p. 9.

⁴³⁴ *Ibidem*.

⁴³⁵ L’importanza dell’applicazione del *single-market approach* alle *matching non-transaction platforms* è sottolineata dalla Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit., p. 46, la quale sostiene che “[t]o understand the type of cases where one would want to have only one market, consider a dating app which would be a pure matching platform: no ads, no selling of data, no partnership with restaurants for a first date (we know of no such site). [...] In this case, the only

approach alle *matching platforms*. Come già detto, con questo termine si intendono le piattaforme che facilitano un'interazione diretta tra i due gruppi, sia essa una transazione economica (*transaction platforms*) o di altro tipo (*non-transaction platforms*). Il più noto sostenitore di questa tesi è il Bundeskartellamt⁴³⁶, secondo il quale, fermo restando il *multi-markets approach* come regola generale, se il servizio di intermediazione offerto da una *matching platform* soddisfa lo stesso bisogno su entrambi i versanti della piattaforma – cioè se entrambi i gruppi considerano in modo non sostanzialmente differente la funzione e la sostituibilità dei servizi offerti dalla piattaforma – si avrà un solo mercato. Di converso, il *multi-markets approach* va applicato – oltre che alle *audience providing platforms* – anche alle *matching platforms* che presentano possibilità di sostituzione sostanzialmente differenti per i gruppi di utenti⁴³⁷. Per esempio, nonostante Amazon sia una *matching platform*, il bisogno principale dei consumatori – a differenza dei *merchants* – non è necessariamente il servizio di intermediazione⁴³⁸. Di più. Il Bundeskartellamt ha

market in which it would compete would be the one for “matching”, and there would be only one market”.

⁴³⁶ Bundeskartellamt, *Market Power of Platforms and Networks*, cit., pp. 25-32.

⁴³⁷ Nello stesso senso, anche se con riguardo alle *transaction platforms*, sul punto concordano S. WISMER - A. RASEK, *Market definition in multi-sided markets* (OECD), cit., in particolare p. 60, i quali affermano che il *single-market approach* “seems feasible if (i) a firm’s service necessarily involves all groups and (ii) the set of substitutes and their respective relevance from the perspective of each customer group does not differ significantly across groups”.

⁴³⁸ Bundeskartellamt, *Market Power of Platforms and Networks*, cit., pp. 31-32. Il che sembra confermato nell'indagine del BKartA contro Amazon, che è ritenuto dominante nel “*market for marketplace services for online sales to consumers*”, v. Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt initiates abuse proceeding against Amazon (press release)*, 29 novembre 2018 disponibile a https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/29_11_2018_Verfahrenseinleitung_Amazon.html;jsessionid=F3889A3E3CC1ED18C7711747BE2CEA81.2_cid387?n=3591568. La controversia è stata poi transatta, v. Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt obtains far-reaching improvements in the terms of business for sellers on Amazon’s online marketplaces (press release)*, 17 luglio 2019 disponibile a https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/17_07_2019_Amazon.pdf?__blob=publicationFile&v=4

individuato due casi in cui non trova applicazione il *single-market approach*⁴³⁹. Così quando le piattaforme operano come agenti⁴⁴⁰ e quando vi è *multi-homing* su un lato e *single-homing* sull'altro⁴⁴¹, saranno da individuare mercati separati ma connessi per i diversi versanti.

Agli antipodi di tale approccio vi è il *multi-markets approach*⁴⁴². In quest'ottica, i versanti di una piattaforma rappresentano sempre mercati separati, anche se profondamente connessi. Il che non significa però che la definizione del mercato rilevante su un lato possa avvenire in modo isolato. Al contrario, è necessario svolgere tale operazione alla luce dei *network effects* che legano i versanti della piattaforma⁴⁴³. In particolare, come si vedrà meglio a breve, nell'applicazione del

⁴³⁹ J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., p. 37.

⁴⁴⁰ In questi casi le piattaforme agiscono al contempo come “*commercial or commission agents on behalf of the event organizers and sell tickets to final consumers or participate as agents in the distribution via external booking offices*”, come avviene per le *ticketing platforms*. V. Decisione del Bundeskartellamt del 23 novembre 2017, B6-35/17, CTS Eventim/Four Artists, citata da J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., p. 17.

⁴⁴¹ In questi casi, siccome la piattaforma detiene il monopolio sul versante *multi-homing* per l'accesso agli utenti *single-homing*, le condizioni della concorrenza sui diversi versanti sono da ritenersi significativamente diverse. V. Bundeskartellamt, *Market Power of Platforms and Networks*, cit., p. 62.

⁴⁴² In particolare, v. J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., pp. 22-38 e M. KATZ – J. SALLET, *Multisided Platforms and Antitrust Enforcement*, in 127 *Yale Law Journal* 2142 (2018). A sostegno del *multi-markets approach* si sono espressi anche i venticinque professori di diritto *antitrust* intervenuti come *amici curiae* nel caso *Ohio v. Am. Express*, v. *Brief of 25 Professors of Antitrust Law as Amici Curiae Supporting Petitioners* at 4-5 (No. 16-1454), 2017 WL 2963573 (July 6, 2017) disponibile a <https://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2017/07/16-1454-cert-ac-25-professors.pdf>

⁴⁴³ Tutti gli Autori citati in questo paragrafo concordano sul punto (ovviamente i sostenitori del *single-market approach* limitatamente alle *non-transaction* o alle *audience providing platforms*). Del resto, la rilevanza di elementi ed effetti esterni al mercato rilevante non è una novità nel diritto *antitrust*. In particolare, v. Sentenza della Corte di Giustizia UE del 11 settembre 2014, *Groupement des cartes bancaires (CB) c. Commissione europea*, C-67/13, ECLI:EU:C:2014:2204, punti 78-79, Sentenza del Tribunale UE del 28 febbraio 2002, *Compagnie générale maritime e altri c. Commissione delle Comunità europee*, T-86/95, ECLI:EU:T:2002:50, punto 343 e Sentenza del Tribunale UE del 21 settembre 2005, *EDP - Energias de Portugal, SA c. Commissione delle Comunità*

SSNIP test si devono considerare gli effetti che l'aumento di prezzo su un versante ha sugli altri (v. *infra*, paragrafo 5.3.). Vi è però un'eccezione alla regola. Infatti, quando un versante non produce nessuna esternalità verso gli altri, questo può essere analizzato isolatamente come se si trattasse di un *one-sided market*⁴⁴⁴. Così, non essendo di norma i lettori di un giornale stampato turbati dagli annunci pubblicitari, questo lato può essere esaminato indipendentemente da quello dei lettori.

Tirando le fila, quale approccio è da preferire? Come detto, per i sostenitori del *single-market approach*, non potendo le *transaction* o *matching platforms* operare se non su entrambi i versanti, il *multi-markets approach* rischierebbe di trascurare la realtà economica sottostante e, dunque, le pressioni concorrenziali esistenti sui *multi-sided markets*. Dal canto loro, i sostenitori del secondo orientamento evidenziano che una tale affermazione non tiene in debito conto il principio per cui beni o servizi possono essere compresi nello stesso mercato solo se essi sono legati da un sufficiente grado di sostituibilità⁴⁴⁵. Il che non avviene certo nel caso dei servizi offerti sui diversi lati della piattaforma. A questa osservazione però i sostenitori del *single-market approach* immediatamente controbattono che le *transaction* o *matching platforms* non offrono servizi diversi, ma un unico servizio di intermediazione. Di talché, l'identificazione di servizi differenti sui singoli versanti sarebbe tanto errata quanto la definizione di mercati separati per le scarpe destre e sinistre⁴⁴⁶. Tuttavia, i loro avversari convincentemente fanno notare che si tratta di un'analogia scorretta. Infatti, mentre le scarpe destre e sinistre – e in generale i prodotti perfettamente complementari – sono acquistate dallo stesso soggetto, i gruppi di utenti di una piattaforma sono diversi, così come lo sono gli interessi di cui

europee, T-87/05, ECLI:EU:T:2005:333, punti 147 e 236. Per un'analisi di queste sentenze v. J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., pp. 43-46.

⁴⁴⁴ Anche a questo riguardo, tutti gli Autori citati in questo paragrafo concordano. Si vedano, a titolo di esempio, L. FILISTRUCCHI – D. GERARDIN – E. VAN DAMME – P. AFFELDT, *Market Definition in Two-Sided Markets*, cit., p. 36 e J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., pp. 39-40.

⁴⁴⁵ M. KATZ – J. SALLET, *Multisided Platforms and Antitrust Enforcement*, cit., 2157-58.

⁴⁴⁶ *Brief for American Express in Opposition to Petition for Certiorari* at 16-17 (No. 16-1454), 2017 WL 3669431 (August 21, 2017) disponibile a <https://www.scotusblog.com/wp-content/uploads/2017/08/16-1454-amex-BIO.pdf>

sono portatori⁴⁴⁷. Se si condivide quest'ultima osservazione, allora non si può che concordare che, essendo la sostanziale differenza riguardo alle possibilità di sostituzione sui due lati delle *transaction* o *matching platforms* la regola piuttosto che l'eccezione, il *single-market approach* non permette di apprezzare appieno le possibilità di sostituzione sui singoli versanti⁴⁴⁸. In questo senso, oltre all'esempio di Amazon riportato poco sopra, depone l'analisi delle piattaforme per servizi di trasporto come Uber. Mentre la sostituibilità sul lato dei passeggeri può riguardare taxi, trasporti pubblici e *car pooling apps* (come BlaBla car), quella sul lato degli autisti non comprende nulla di tutto di ciò. Inoltre, la distinzione tra *transaction* e *non-transaction platforms* non è sempre così agevole come sembra in teoria⁴⁴⁹. Per esempio, non di rado gli utenti di AirBnb (*matching transaction platform*) sfruttano la visibilità ottenuta per mezzo della piattaforma per concludere la transazione fuori da essa, che in questi casi diventa simile a una *audience providing platform*. E allo stesso modo, un tale *matching service* può essere offerto da una *non-transaction platform* quale, per alcune città della Germania, WG-Gesucht⁴⁵⁰. Infine, siccome anche il *multi-markets approach* tiene in considerazione i *network effects* che legano i versanti, non si capisce di preciso quali siano i vantaggi pratici del *single-market approach*. Anzi, le incertezze applicative legate a quest'ultimo rischierebbero di rendere la definizione del mercato più difficoltosa del necessario⁴⁵¹.

Per queste ragioni, pare preferibile adottare come punto di partenza analitico la flessibilità del *multi-markets approach*, che permette di individuare in modo più

⁴⁴⁷ M. KATZ – J. SALLET, *Multisided Platforms and Antitrust Enforcement*, cit., 2158 e J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., pp. 27-28 e 38.

⁴⁴⁸ J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., pp. 25-26.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, pp. 24-25.

⁴⁵⁰ A onor del vero, tra le due piattaforme intercorre un certo grado di *product differentiation* (ulteriore all'adozione di un modello di *business* diverso). Mentre AirBnb è più utilizzata per soggiorni brevi, WG-Gesucht è più orientato verso soggiorni lunghi. Il che non esclude però che esse possano competere in alcuni casi (per esempio, per soggiorni di un mese).

⁴⁵¹ Anche la raffinata ricostruzione del BKartA potrebbe risultare di difficile applicazione. Si pensi solo al fatto che Amazon, la *transaction platform* per eccellenza, è esclusa dall'ambito applicativo del *single-market approach*. Per la critica dell'approccio seguito dal BKartA, v. J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., pp. 37-38.

preciso la sostituibilità sui diversi versanti, purché ovviamente non si trascurino le esternalità di rete che si producono tra questi ultimi. In ogni caso, siccome la discussione al riguardo è ancora nella sua fase iniziale, il prosieguo della trattazione darà conto delle opportunità offerte da entrambi gli approcci.

5.2. *La free side è un mercato?*

Come noto, spesso le piattaforme offrono i loro servizi gratuitamente a un gruppo di utenti per poi trarre profitto su un altro versante. Così da un lato, sia Facebook che Amazon non richiedono un corrispettivo in denaro rispettivamente per l'uso del *social network* o del *servizio di online marketplace* offerto ai consumatori ma, dall'altro, i profitti del primo derivano dai corrispettivi versati dagli inserzionisti degli annunci pubblicitari e quelli del secondo da una percentuale del prezzo di vendita dei beni la cui intermediazione è facilitata dalla piattaforma. In questo scenario, la *free side* può essere considerata un mercato ai fini del diritto *antitrust*?

Talvolta a questo interrogativo si è risposto in senso negativo⁴⁵². Il ragionamento, in sintesi, è il seguente: richiedendo un mercato, per essere tale, uno scambio di valori e difettando i beni e servizi offerti sulla *free side* di un corrispettivo, questa offerta non rientra in tale nozione. Si badi, ciò non significa che l'orientamento in esame escluda

⁴⁵² M.S. FERRO, "Ceci n'est pas un marché": *Gratuity and competition law*, in *Concurrences*, I, 2015, pp. 1-13. Di questo orientamento sono espressione, negli Stati Uniti, la sentenza *Kinderstart.com, LLC v. Google, Inc.*, Case No. C 06-2057 JF (RS) (N.D. Ca., March 16, 2007) e, nell'UE, in materia di radio e televisioni finanziate da annunci pubblicitari, in termini decisamente più dubitativi rispetto alla sentenza statunitense citata, v. Decisione della Commissione del 20 settembre 1995, *RTL/Veronica/Endemol*, IV/M.553, punti 17 e 20, Decisione della Commissione del 7 ottobre 1996, *Bertelsmann/CLT*, IV/M.779, punto 15 e Decisione della Commissione del 3 agosto 1996, *Kirch/Mediaset*, IV/M.1574, punti 11-12. In queste decisioni, la Commissione ha affermato, da un lato, che i canali televisivi gratuiti e le radio libere competono sul mercato degli spazi pubblicitari televisivi o radiofonici, dall'altro, "[i]t can be left open if there is, in the strict economic sense of this notion, a market for viewers where the tv broadcasters compete against each other for audience shares. In any event, the audience shares in tv broadcasting are a determinant factor for the success of the broadcasters in the tv advertising market and have, therefore, to be assessed at least in the context of this market", v. Decisione *Bertelsmann/CLT*, cit., punto 15.

sic et simpliciter la rilevanza della *free side* ai fini del diritto *antitrust*. Difatti, l'importanza persa sul piano della definizione del mercato rilevante è riguadagnata al momento della valutazione del potere di mercato (sulla *paid side*).

L'argomento non convince. Anche ammettendo che questo potesse avere un certo successo prima dell'avvento della *digital economy*, oggi l'analisi economica dei mercati digitali non permette più di sostenerlo. In primo luogo, è noto che le piattaforme non offrono i loro servizi per spirito liberale, ma per raccogliere dati. Pertanto, sebbene sia improprio considerare questi ultimi la valuta digitale⁴⁵³, pare difficile negare l'esistenza di uno scambio⁴⁵⁴. In secondo luogo, l'esistenza della *free side* è espressione di un'*asymmetric price strategy* volta a sfruttare i *positive indirect network effects* che un versante produce verso l'altro. Infatti, l'offerta "gratuita" di servizi sul lato che produce queste eternalità fa sì che più utenti siano attratti dalla piattaforma sulla *paid side*. Il che, è amplificato dal valore economico dei dati raccolti sulla *free side*, che permettono in particolare di cucire gli annunci pubblicitari sulle preferenze degli utenti (*targeted advertising*).

Per queste ragioni, sembra difficile escludere i c.d. *zero-price markets* dalla nozione di mercato propria del diritto *antitrust*, la quale comprende tutti i casi in cui beni o servizi sono offerti da un agente economico razionale che agisce sulla base del principio di convenienza⁴⁵⁵ – indipendentemente dal fatto che il corrispettivo sia in

⁴⁵³ Infatti, mentre la valuta ha un valore nominale oggettivo, il valore dei dati – che varia a seconda delle categorie di dati – dipende sia da componente oggettive che soggettive, v. I. GRAEF, *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, in 38 *World Competition* 483 (2015) e M.S. FERRO, "Ceci n'est pas un marché", cit., p. 11.

⁴⁵⁴ Significativo è il fatto che nella prima versione della *Digital Content Directive* i dati erano considerati espressamente come "*counter performance*" (art. 3.1). Nella versione finale l'art. 3.1 Dir. UE 2019/770 (*Digital Content Directive*) prevede che "[t]his Directive shall also apply where the trader supplies or undertakes to supply digital content or a digital service to the consumer, and the consumer provides or undertakes to provide personal data to the trader". Sul punto, v. J. DREXL, *Legal Challenges of the Changing Role of Personal and Non-Personal Data in the Data Economy*, in A. DE FRANCESCHI – R. SCHULZE (a cura di), *Digital Revolution – New Challenges for Law*, C.H. Beck – Nomos, München – Baden-Baden, 2019, pp. 36-37.

⁴⁵⁵ M. MAGGIOLINO, *I big data*, cit., pp. 252-253. Similmente il Bundeskartellamt ha affermato che la *free side* rappresenta un mercato ogni qualvolta sia legata a una *paid side* (anche qualora nel suo

denaro⁴⁵⁶. In altri termini, la *free side* deve essere considerata un mercato quando questa “*is part of a long term strategy to generate revenue*”⁴⁵⁷. Così conformemente alla nozione di impresa propria del diritto *antitrust* (v. *supra*, Sezione I, paragrafo 2.1.), sono esclusi soltanto l’esercizio di pubblici poteri e le attività filantropiche⁴⁵⁸. Su questa strada parrebbe essersi incamminata la Commissione. Nonostante la titubanza espressa nei casi relativi alle radio e televisioni finanziate dalla pubblicità, la Commissione si è dimostrata meno dubbiosa per le piattaforme digitali⁴⁵⁹. Questo sviluppo interpretativo è recentemente culminato nella decisione *Google*

periodo iniziale la piattaforma non richieda un corrispettivo in denaro su nessun lato). V. Bundeskartellamt, *Market Power of Platforms and Networks*, cit., pp. 32-37. Questa tesi peraltro sembrerebbe essere confortata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha considerato l’offerta – finanziata da pubblicità – di un bene o servizio a prezzo nullo un’attività economica, v. Sentenza della Corte di Giustizia UE del 26 aprile 1988, *Bond van Adverteerders e altri c. Stato olandese*, C-352/85, ECLI:EU:C:1988:196, in particolare punto 16. Più in generale, la raccolta dei dati degli utenti può avere valore economico non solo sulla *paid side*, ma anche in altri mercati, v. J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., p. 48.

⁴⁵⁶ La necessità di un corrispettivo in denaro per definire la *free side* un mercato ai fini del diritto *antitrust* è altresì confutata dalla giurisprudenza comunitaria relativa all’art. 57 TFUE. In particolare, nonostante questa disposizione richieda espressamente l’esistenza di un corrispettivo in denaro per poter considerare una prestazione un servizio ai fini del diritto comunitario, la Corte di Giustizia l’ha applicata anche in presenza di un disegno economico diverso dall’immediata corresponsione di un corrispettivo in denaro, v. Sentenza della Corte di Giustizia UE del 11 aprile 2000, *Christelle Delière c. Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo e François Pacquée*, cause riunite C-51/96 e C-191/97, ECLI:EU:C:2000:199, punti 56-57.

⁴⁵⁷ J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., p. 54. Questa conclusione è condivisa dalla Commissione, v. Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit., p. 44, in particolare nt. 61.

⁴⁵⁸ J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., p. 54. In ambito digitale, per esempio, Wikipedia non sarebbe da qualificare come mercato ai fini del diritto *antitrust*.

⁴⁵⁹ In particolare, nella decisione *Facebook/Whatsapp*, accanto al mercato dei servizi di *online advertising*, sono stati individuati i mercati di *social networking* e *consumer communication (free side)* – anche se l’attenzione si è concentrata sul primo. V. Decisione della Commissione del 3 ottobre 2014, *Facebook/Whatsapp*, M7217, in particolare punti 34, 47 e 62.

*Shopping*⁴⁶⁰, nella quale è stato individuato il mercato generale dei motori di ricerca (*free side*) come mercato rilevante.

Infine, a ulteriore conferma di questa tesi (anche se con tutte le cautele che si impongono nei confronti di un *argumentum ab inconvenienti*), va anche considerato che se la *free side* non fosse ritenuta un mercato a sé, gli interessi economici degli utenti su questo versante non potrebbero essere tutelati per mezzo delle norme *antitrust*⁴⁶¹. Così se il Bundeskartellamt avesse sposato tale posizione, non avrebbe potuto proteggere gli utenti di Facebook dalla raccolta e condivisione sostanzialmente illimitata dei loro dati.

5.3. SSNIP test e mercati digitali

Una volta definito il mercato su cui una piattaforma opera, per individuare il mercato rilevante è ancora necessario esaminare la sostituibilità dei prodotti. Come detto a suo tempo, questa analisi è guidata dal c.d. *SSNIP test*, il quale indaga la sostituibilità dei prodotti a seguito di un aumento piccolo ma significativo e non transitorio del loro prezzo – sia sul lato della domanda che su quello dell’offerta e, sotto altro punto di vista, sia per il mercato del prodotto che per il mercato geografico (v. *supra*, Sezione I, paragrafo 2.2.). Mentre questo strumento ha raggiunto risultati soddisfacenti nell’ambito analogico, le cose sono cambiate con l’avvento della *digital economy*.

⁴⁶⁰ Decisione della Commissione del 27 giugno 2017, Google Search (*Shopping*), AT.39740, punti 157-160. La Commissione ha evidenziato tre ragioni per cui la *free side* deve essere considerata un mercato a sé: 1) i servizi sono scambiati per i dati degli utenti; 2) la disponibilità dei dati presenta particolari vantaggi nei *multi-sided markets*; e 3) il prezzo non è l’unico parametro della concorrenza. È bene segnalare che questa decisione è stata impugnata davanti al Tribunale UE, il quale non si è ancora pronunciato.

⁴⁶¹ J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., p. 53. Inoltre, in Germania, dal 9 giugno 2017, è entrata in vigore la riforma della legge *antitrust* (GWB), che ora prevede espressamente che “*the assumption of a market shall not be invalidated by the fact that a good or service is provided free of charge*” [Sez. 18(2a) GWB]. Una versione inglese del GWB è disponibile a https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/GWB.pdf?__blob=publicationFile&v=3

In sintesi, come già accennato, i problemi sono posti da un lato dalla natura *multi-sided* di questi mercati e, dall'altro, dalla *free side*. Come si valutano gli effetti che l'aumento di prezzo su un versante della piattaforma produce sull'altro? E ancora, premesso che non ha senso applicare un aumento percentuale a un prezzo nullo, qual è l'alternativa al *SSNIP test* per la *free side*? In particolare, mentre la concentrazione del potere su questi mercati (*competition for the market*) rischia di portare a una definizione troppo ampia del mercato rilevante⁴⁶², l'impossibilità di applicare un aumento percentuale di un prezzo nullo porta al risultato opposto⁴⁶³. È evidente che una soluzione interpretativa ancorata ai *one-sided markets* e non curante di tali problematiche impedirebbe di considerare appieno le possibilità di sostituzione e, dunque, definirebbe il mercato in modo non rispondente alla realtà economica. Prima di addentrarci nell'esame della materia, due avvertenze sono d'obbligo. Nel definire il mercato rilevante, si deve fare attenzione, da un lato, a non considerare ogni piattaforma un mercato a sé e, dall'altro, a evitare di assumere come stella polare della sostituibilità dei prodotti la tecnologia impiegata dalla piattaforma – anziché l'uso che ne fanno i consumatori⁴⁶⁴.

⁴⁶² Si tratta della c.d. *Cellophane Fallacy*. Con questa espressione si intende il fenomeno per cui l'aumento di prezzo ipotizzato dal *SSNIP test*, non tenendo conto del fatto che il monopolista fissa prezzi a un livello appunto monopolistico, porta all'individuazione di un numero eccessivo di sostituti e, dunque, alla definizione troppo ampia del mercato rilevante e alla difficile individuazione del potere di mercato. La *Cellophane Fallacy* deriva dal "*Cellophane case*", v. *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956). Il pericolo è sottolineato per i mercati digitali da S. WISMER - A. RASEK, *Market definition in multi-sided markets* (OECD), cit., p. 62.

⁴⁶³ Al contrario di quanto avviene nella *Cellophane Fallacy*, l'esistenza di prezzi artificialmente bassi (nel nostro caso di prezzi nulli) porta troppo facilmente a concludere che un'impresa detiene una posizione dominante (c.d. *Reverse Cellophane Fallacy*), v. D.J. ARON – D.E. BURNSTEIN, *Regulatory Policy and the Reverse Cellophane Fallacy*, in 6 *Journal of Competition Law and Economics* 973 (2010) disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1171292. Il pericolo nell'ambito digitale è sottolineato da M. MAGGIOLINO, *I big data*, cit., p. 250.

⁴⁶⁴ M. MAGGIOLINO, *I big data*, cit., pp. 262-263. L'Autrice sottolinea che questi due errori non sono infrequenti. Per esempio, la parte attrice nel caso statunitense contro Amazon ha sostenuto la tesi per cui ogni piattaforma rappresenta un distinto mercato rilevante, v. *Bookhouse of Stuyvesant Plaza, Inc. v. Amazon.Com, Inc.*, 985 F. Supp. 2d 612 (S.D.N.Y. 2013). Inoltre, l'individuazione del mercato rilevante sulla base della tecnologia utilizzata da un'impresa, anziché in relazione all'uso che di questa

5.3.1. Multi-sided markets

Per indagare la sostituibilità dei beni e servizi nei *multi-sided markets* il *SSNIP test* deve essere quantomeno rielaborato, al fine di tener conto dei *network effects*⁴⁶⁵. Si immagini, per esempio, una piattaforma con due versanti legati da *bilateral positive indirect network effects* (come normalmente avviene per le *transaction platforms*)⁴⁶⁶. Se a seguito dell'aumento del prezzo ipotizzato dal *SSNIP test* alcuni utenti passano ad altri beni o servizi, il valore della piattaforma si ridurrà anche per l'altro gruppo. Il che a sua volta spingerà alcuni di questi ultimi a sostituire il servizio offerto dalla piattaforma, così riducendone ulteriormente il valore per gli utenti sul primo versante e così via. Pertanto, se in questo caso i *network effects* non fossero considerati, si rischierebbe di non comprendere appieno la sostituibilità dei prodotti, definire troppo restrittivamente il mercato rilevante e dunque, in ultima analisi, trascurare le effettive pressioni concorrenziali esistenti sui mercati digitali⁴⁶⁷. Per semplicità l'analisi si concentrerà ora sui *multi-sided markets* che non presentano una *free side*. I problemi posti da quest'ultima situazione saranno esaminati nel paragrafo successivo.

ne fanno i consumatori, è avvenuta nei casi statunitensi Microsoft e Google-Yahoo. V. C. BUTTS, *The Microsoft Case 10 Years Later: Antitrust and New Leading "New Economy" Firms*, in 8 *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* 288 (2010) disponibile a <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1105&context=njtip>

⁴⁶⁵ Senza entrare nel merito della questione, si noti inoltre che se il gruppo nei cui confronti è aumentato il prezzo ha la possibilità di spostare questo aumento sull'altro gruppo, si deve tener conto anche di ciò, v. J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., p. 64.

⁴⁶⁶ Ma è evidente che, *mutatis mutandis*, anche in caso di esternalità di rete negative o di segno opposto (una positiva e una negativa), l'aumento percentuale di prezzo ipotizzato dal *SSNIP test* ha un impatto non trascurabile sull'altro versante. Un'analisi non curante di questi effetti porterebbe, a seconda dei casi, a una definizione troppo ampia o troppo ristretta del mercato rilevante. Adottando il *single-market approach* per le *transaction platforms*, v. L. FILISTRUCCHI, *Market definition in multi-sided markets* (OECD), cit., p. 46.

⁴⁶⁷ L. FILISTRUCCHI – D. GERARDIN – E. VAN DAMME – P. AFFELDT, *Market Definition in Two-Sided Markets*, cit., pp. 35-36.

Secondo i sostenitori del *single-market approach*⁴⁶⁸, per quanto riguarda le *transaction* o *matching platforms*, l'aumento di prezzo dovrà applicarsi al prezzo globale della transazione, cioè alla somma dei prezzi pagati sui due versanti (c.d. *price level*). Al contrario, dal momento che per le *non-transaction* o *audience providing platforms* – e in generale secondo il *multi-markets approach* – si devono definire mercati diversi ma interconnessi per ogni versante, l'aumento di prezzo dovrà riguardare ciascun lato separatamente. In entrambi i casi, non si possono trascurare le esternalità di rete. Mantenendo ai fini della trattazione la distinzione tra i due orientamenti, i *network effects* che legano i versanti di una *transaction* o *matching platform* sono compresi nell'analisi in quanto un aumento del *price level*, essendo questo la somma dei prezzi pagati dai gruppi di utenti, non può che tener conto della situazione esistente su entrambi i versanti. Al contrario, ciò non è automatico quando si applica il *multi-markets approach*, il quale richiede di prestare la dovuta attenzione all'impatto che l'aumento di prezzo su un versante produce sull'altro⁴⁶⁹. Per esempio, per definire il mercato sul versante dei lettori di un giornale *online*, si dovrà tener conto delle conseguenze che ciò produce sul versante degli inserzionisti. Infatti, siccome il primo produce un'esternalità positiva sul secondo, l'aumento di prezzo per i lettori non porterà solo alcuni di questi ultimi, ma anche alcuni inserzionisti a sostituire il servizio offerto dalla piattaforma. Il che, producendo il secondo versante di norma un'esternalità negativa verso il primo, potrebbe ridurre il numero di lettori che sostituiscono il giornale con un altro. Non sempre però è necessario questo esame congiunto dei lati della piattaforma. Così, come già accennato, qualora un versante non produca esternalità nei confronti degli altri, questo può essere analizzato come si trattasse di un *one-sided market* e, dunque, si può applicare il *SSNIP test* nella sua formulazione tradizionale⁴⁷⁰.

Questa trattazione permette di tornare sul confronto di *single* e *multi-markets approach*. Così premesso che, come affermato dal BKartA, il secondo resta la regola

⁴⁶⁸ Per tutti, v. L. FILISTRUCCHI, *Market definition in multi-sided markets* (OECD), cit., p. 45.

⁴⁶⁹ Il punto è pacifico, per tutti v. L. FILISTRUCCHI, *Market definition in multi-sided markets* (OECD), cit., pp. 43-45.

⁴⁷⁰ Si è già accennato che sul punto vi è concordia. Per tutti, v. L. FILISTRUCCHI, *Market definition in multi-sided markets* (OECD), cit., p. 46.

generale (v. *supra*, paragrafo 5.1.), quali sono i vantaggi pratici nell'applicazione del *SSNIP test* offerti dal primo? Il fatto che entrambi gli orientamenti in esame prendano in considerazione i *network effects* rende la questione alquanto oscura. Più precisamente, siccome l'aumento del *price level* ipotizzato dal *single-market approach* in concreto non può che manifestarsi sotto forma di un incremento dei prezzi sui singoli versanti, sembra difficile percepire la differenza pratica rispetto all'orientamento contrapposto. Pertanto, il momento applicativo conferma i timori ipotizzati in precedenza, cioè che le incertezze e, dunque, le difficoltà pratiche presentate dal *single-market approach* superino i suoi vantaggi (si rimanda ancora una volta *supra*, paragrafo 5.1.).

Inoltre, mentre l'importanza dei *network effects* è pacifica, è ancora controverso se – indipendentemente dall'adozione del *single* o *multi-markets approach* – si debba offrire all'*hypothetical monopolist* la possibilità di aggiustare la propria *price structure*. In altri termini, a seguito dell'aumento del prezzo su un lato, si devono considerare anche le modifiche del prezzo che verosimilmente avverrebbero sull'altro versante? Al fine di rendere l'analisi il più possibile rispondente alla realtà economica sottostante, pare preferibile rispondere nel senso positivo. Una diversa soluzione, difatti, rischierebbe di sopravvalutare le perdite derivanti dall'aumento di prezzo e, dunque, di definire in modo troppo ampio il mercato rilevante⁴⁷¹.

⁴⁷¹ In questo senso si esprimono sostenitori sia del *single* che del *multi-markets approach*. Per il primo orientamento, v. L. FILISTRUCCHI – D. GERARDIN – E. VAN DAMME – P. AFFELDT, *Market Definition in Two-Sided Markets*, cit., pp. 36-37, i quali ricordano che “*the logic behind the traditional SSNIP test is to define a market as the smallest set of substitute products on which a monopolist would find it profitable in the EU (or profit-maximising in the US) to increase prices by a small-but-significant amount*”, e L. FILISTRUCCHI, *Market definition in multi-sided markets* (OECD), cit., p. 47. Per il secondo orientamento, v. J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., p. 64. Anche la Commissione sottolinea – senza però entrare nell'esame della materia – che “*increasing one price without modifying the price on the other side does not make much sense*”, v. Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit., p. 45. Per la negazione all'*hypothetical monopolist* della possibilità di aggiustamento della *price structure*, v. D.S. EVANS – M.D. NOEL, *The Analysis of Mergers that Involve Multi-Sided Platform Businesses*, in 4 *Journal of Competition Law and Economics* 663 (2008) citato da L. FILISTRUCCHI – D. GERARDIN – E. VAN DAMME – P. AFFELDT, *Market Definition in Two-Sided Markets*, cit., pp. 36-37.

A ogni buon conto, il *SSNIP test* nella sua formulazione tradizionale può svolgere una funzione di filtro. Infatti, siccome esso porta a una definizione del mercato – in presenza *positive bilateral network effects* – più ristretta rispetto alla versione adattata ai *multi-sided markets*, se la piattaforma non detiene una posizione dominante sul mercato definito per mezzo del primo, non vi è ragione di applicare il secondo. È del resto evidente che, se un'impresa non è dominante in un mercato più ristretto, non lo sarà di certo su uno più ampio⁴⁷².

Infine, una precisazione merita la sostituibilità sul lato dell'offerta⁴⁷³. Come detto a suo tempo, questa può essere presa in considerazione nella misura in cui il suo impatto sia equivalente a quello della sostituibilità sul lato della domanda in termini di efficacia e immediatezza (v. *supra*, Sezione I, paragrafo 2.2.). In altri termini, perché un bene o servizio possa considerarsi sostituibile sul lato dell'offerta, l'impresa in esame deve essere in grado di passare rapidamente alla sua produzione senza costi aggiuntivi o rischi eccessivi. Nell'ambito digitale, la disponibilità dei dati svolge un ruolo cruciale al riguardo. Se da un lato, è vero che la possibilità di passare alla produzione di un bene o servizio dipende dal possesso della massa critica di dati necessari per operare su quel mercato, dall'altro, siccome non sempre ciò si riflette in un vantaggio informativo e competitivo, non si può assumere semplicisticamente che ogni grande piattaforma sia in grado di penetrare ogni mercato. A titolo esemplificativo, oltre al fallimento del *social network* di Google (Google+), si deve ricordare che anche Froogle – oggi Google Shopping – ha avuto poco successo, prima dell'inizio della condotta abusiva di Google (v. *infra*, paragrafo 6.1.)⁴⁷⁴.

5.3.2. Free side e SSNDQ test

⁴⁷² L. FILISTRUCCHI – D. GERARDIN – E. VAN DAMME – P. AFFELDT, *Market Definition in Two-Sided Markets*, cit., pp. 38.

⁴⁷³ Sul punto, v. Bundeskartellamt, *Market Power of Platforms and Networks*, cit., pp. 41-43.

⁴⁷⁴ “[B]efore the start of the Conduct, in October 2007, Google's comparison shopping service had been unsuccessful in gaining traffic. As a Google executive wrote on 13 March 2006: “In my opinion, Froogle isn't really a serious contender today”. On 27 February 2007, another Google executive wrote: “Froogle simply doesn't work””, *Decisione Google Shopping*, cit., punto 490.

Se i *multi-sided markets* richiedono un ripensamento del *SSNIP test*, la *free side* non lascia scelta al giurista *antitrust*: qui è necessario un nuovo strumento di valutazione della sostituibilità dei beni o servizi. Nonostante il *SSNIP test* sia lo strumento principe a tal fine⁴⁷⁵, la giurisprudenza comunitaria ha già sottolineato che esso né esaurisce il novero del possibile⁴⁷⁶ né deve essere privilegiato rispetto alle prove atecniche⁴⁷⁷. Da dove partire allora per delineare il *test* da applicare ai *zero-price markets*? Si deve innanzitutto individuare quale sia l'oggetto della concorrenza tra le piattaforme che offrono servizi gratuiti. Come noto, queste adottano un modello di *business* che permette loro di sfruttare i *positive indirect network effects* che la *free side* produce verso la *paid side*, in modo tale da trarre profitto dagli utenti che si trovano su quest'ultima. Così, più utenti vi sono sulla prima più soggetti avranno interesse al servizio offerto sulla seconda. Ma com'è che il servizio gratuito attira gli utenti? Non potendo qui la concorrenza svolgersi sulla base del prezzo, essa ruoterà attorno alla qualità dei servizi. E i consumatori preferiranno, in linea di principio, il prodotto più innovativo e che impone loro un costo minore; qui vengono in considerazione molti parametri fra cui, in particolare, vanno considerati i costi in termini di protezione della *privacy*⁴⁷⁸.

Sulla base di questi rilievi, un'attenzione crescente è prestata al c.d. *Small but Significant Non-transitory Decrease in Quality (SSNDQ) test*⁴⁷⁹, il quale, partendo

⁴⁷⁵ Ha assunto questo ruolo, in particolare, dalla Comunicazione *mercato rilevante*, cit.

⁴⁷⁶ Sentenza del Tribunale UE del 11 gennaio 2017, *Topps Europe Ltd c. Commissione europea*, T-699/14, ECLI:EU:T:2017:2, punto 82.

⁴⁷⁷ Sentenza del Tribunale UE del 6 luglio 2010, *Ryanair Holdings plc c. Commissione europea*, T-342/07, ECLI:EU:T:2010:280, punto 136.

⁴⁷⁸ M.S. GAL – D.L. RUBINFELD, *The Hidden Cost of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*, in 80 *Antitrust Law Journal* 551-552 (2016). Il collegamento tra qualità e *privacy* nei mercati digitali è già stato sottolineato in precedenza (v. *supra*, paragrafo 4).

⁴⁷⁹ Per la precisione, questo *test* è stato proposto per la prima volta all'inizio degli anni '90 come alternativa al *SSNIP test* nei mercati caratterizzati da una rapida innovazione tecnologica (tra i quali rientrano certamente quelli digitali), v. R. HARTMAN – D.J. TEECE – W. MITCHELL – T. JORDE, *Assessing Market Power in Regimes of Rapid Technological Change*, in 2 *Industrial and Corporate Change* 317 (1993). Questo *test* ha avuto anche qualche riconoscimento nella pratica. Esso, infatti, è stato applicato dall'autorità inglese della concorrenza in alcuni casi relativi a concentrazioni nel

dagli assunti fondamentali del *SSNIP test*, ipotizza una piccola ma significativa riduzione della qualità dei servizi offerti dalla piattaforma – nella versione originaria del *test*, nella misura del 25%⁴⁸⁰. Pertanto, se i consumatori – o le imprese se si sta analizzando la sostituibilità sul lato dell’offerta – sostituiscono il servizio offerto dalla piattaforma con un altro, il mercato rilevante dovrà comprendere almeno entrambi. Peraltro, come già sottolineato nel paragrafo precedente, in questa operazione non si possono ignorare i *network effects* che legano i versanti della piattaforma. Si immagini una riduzione della qualità sul versante dei lettori di un giornale *online* (*free side*). Se questi sostituiscono tale giornale con un altro, dal momento che questo lato produce un’externalità positiva su quello degli inserzionisti, la piattaforma perderà valore anche per questi ultimi. Tuttavia, siccome non di rado il secondo versante produce un’externalità negativa sul primo, la riduzione del numero di inserzionisti potrebbe attirare nuovi lettori. Per quanto riguarda la sostituibilità sul lato dell’offerta, si deve altresì tenere a mente che il capitale necessario per entrare negli *attention markets* è, di norma, relativamente basso e che le imprese potrebbero

settore ospedaliero e ha avuto un importante riconoscimento da parte della Corte Suprema cinese in *Qihu 360 v. Tencent*. Rispettivamente, v. OECD, *Role and Measurement of Quality in Competition Analysis*, 2013, p. 109 disponibile a <http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf> e Beijing Qihu Technology Co., Ltd. v. Tencent Technology (Shenzhen) Company Limited and Shenzhen Tencent Computer Systems Company Limited, A Dispute over Abusing Dominant Market Positions, STANFORD LAW SCHOOL CHINA GUIDING CASES PROJECT, English Guiding Case (EGC78), Apr. 7, 2017 disponibile a <http://cgc.law.stanford.edu/guiding-cases/guiding-case-78>

⁴⁸⁰ Per procedere a tale misurazione, i primi sostenitori di questo *test* attribuiscono rilievo centrale alle opinioni dei consumatori informati e degli altri soggetti attivi in questi mercati (evitando i *competitors bias*), v. R. HARTMAN – D.J. TEECE – W. MITCHELL – T. JORDE, *Assessing Market Power*, cit., 340-341. Questo *modus operandi*, peraltro, non è completamente estraneo neanche al *SSNIP test*, il quale prende in considerazione elementi qualitativi quando le opinioni dei consumatori e concorrenti sono utilizzate per valutare gli effetti dell’aumento di prezzo (v. *supra*, Sezione I, paragrafo 2.2.). Il punto è sottolineato da OECD, *Role and Measurement of Quality*, cit., pp. 8-9.

essere spinte a entrare in mercati anche assai differenti da quelli in cui svolgono la loro attività principale (*competition across markets*)⁴⁸¹.

Anche ai fini dell'applicazione del *SSNDQ test* i sostenitori del *single-market approach* distinguono tra *transaction* e *non-transaction platforms*⁴⁸². Così, siccome per le prime viene definito un unico mercato comprensivo dei due versanti della piattaforma, per indagare l'esistenza di sostituti si deve prevedere la reazione degli utenti a un aumento del *price level*. Il che “*can usually be done by designing an appropriate survey of existing customers to elicit their willingness to pay. Once this is measured, [...] the SSNIP test can be performed*”. Per le *non-transaction platforms* invece si è detto che l'analisi deve avvenire versante per versante. E quando si arriva all'esame della *free side*, l'orientamento in esame distingue a seconda che il servizio qui prestato competa o meno con prodotti offerti da altre imprese dietro corrispettivo. Se questo è il caso, l'analisi della sostituibilità nei *zero-price markets* si svolgerà applicando il *SSNIP test* ai servizi a pagamento offerti dai concorrenti. Al contrario, se la concorrenza avviene solo tra servizi offerti gratuitamente, non rimane altra possibilità che procedere al *SSNDQ test*. A ogni modo, essendo l'orientamento preferito nel testo quello opposto – cioè il *multi-markets approach* – non è condivisibile un trattamento differenziato per *transaction* e *non-transaction platforms*⁴⁸³. Ma neanche la soluzione proposta per i casi in cui occorre definire mercati diversi per i versanti della piattaforma (*i.e.* per le *non-transaction platforms*)

⁴⁸¹ D.S. EVANS, *Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms*, Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper No. 753, 2016, p. 27 disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2746095

⁴⁸² Sul punto v. L. FILISTRUCCHI, *Market definition in multi-sided markets* (OECD), cit., pp. 47-48, dal quale è tratta la citazione immediatamente seguente nel testo.

⁴⁸³ Come già detto in precedenza, il *single-market approach* non permette di apprezzare appieno le diverse possibilità di sostituzione esistenti sui versanti della piattaforma. Il fenomeno è amplificato per la *free side*. Infatti, essendo necessario per la comprensione degli effetti dell'aumento del *price level* valutare come questo si possa distribuire tra i versanti, la *free side* non è mai esaminabile correttamente. Mentre un aumento percentuale di un prezzo nullo produrrebbe la *Reverse Cellophane Fallacy*, l'introduzione di un prezzo – per quanto basso – stravolgerebbe il modello di *business* della piattaforma e definirebbe un mercato troppo ampio. Il secondo pericolo è ben evidenziato nella sentenza *Qihu 360 v. Tencent*, cit., p. 7.

pare condivisibile. Nonostante la distinzione tra concorrenza solo tra servizi gratuiti e concorrenza anche con servizi a pagamento abbia il vantaggio pratico di ridurre l'ambito di applicazione dell'ancor incerto *SSNDQ test*, essa non sembra risolutiva. Si ipotizzi uno scenario caratterizzato da tre prodotti, due gratuiti e uno a pagamento. Se il *SSNIP test* applicato al prodotto a pagamento portasse a concludere che questo non è sostituibile con i primi due, ciò non permetterebbe di comprendere se i primi due siano sostituibili tra loro. Inoltre, a voler essere particolarmente ligi nell'applicazione di *SSNIP* e *SSNDQ test*, se già prima di tale analisi se ne conoscessero i risultati – cioè quali sono tutti i servizi concorrenti – non vi sarebbe ragione di svolgerla. Pertanto, pare preferibile spostare l'attenzione dai concorrenti all'impresa sotto indagine e distinguere a seconda dei modelli di *business* da questa adottati. Pertanto, se i servizi da essa offerti sono gratuiti si applicherà il *SSNDQ test*, in caso contrario si dovrà procedere al *SSNIP test*.

Tuttavia, non si può nascondere che il *SSNDQ test* è avvolto da un denso alone di incertezza. Il cuore del problema riguarda la misurazione della qualità. Da un lato, è noto che la qualità di un bene o servizio dipende sia da elementi oggettivi che soggettivi⁴⁸⁴. Dall'altro, mentre il significato di un aumento percentuale di un prezzo è chiaro, non altrettanto può dirsi per la riduzione di qualità ipotizzata dal *SSNDQ test*⁴⁸⁵. Per far fronte a questi problemi, dal momento che in molti *zero-price markets* le imprese traggono i loro profitti dagli inserzionisti e dalla raccolta e analisi dei dati degli utenti, vi è chi ha proposto di concentrarsi sui c.d. *attention* e *information costs*,

⁴⁸⁴ Per esempio, “[i]nformation and attention costs are also differentiated by who bears them. Different customers experience viewing advertisements or surrendering personal information differently”, v. J.M. NEWMAN, *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*, in 164 *University of Pennsylvania Law Review* 181 (2015).

⁴⁸⁵ Per affrontare questi problemi, Filistrucchi propone di prendere in considerazione i *network effects* per quantificare la qualità di una piattaforma. Per esempio, una riduzione della qualità sulla *free side* di un giornale *online* può essere effettuata aumentando il numero di inserzionisti sull'altro versante. V. L. FILISTRUCCHI, *Market definition in multi-sided markets* (OECD), cit., p. 48. Nonostante si tratti di un passo nella giusta direzione, sembra preferibile la più precisa soluzione immediatamente successiva nel testo.

anziché sul più vago concetto di qualità⁴⁸⁶. In altri termini, per definire il mercato rilevante si dovrebbe applicare uno *Small but Significant Non-transitory Increase in Costs (SSNIC test)*, cioè un aumento degli annunci pubblicitari – per esempio della loro durata – o dei dati degli utenti raccolti – o in altre parole, una riduzione della qualità del servizio per mezzo di un più basso livello di *privacy* degli utenti. Dopodiché, ponendoci sul lato della domanda, se questi ultimi sostituiscono il servizio offerto dall'impresa sotto indagine con uno alternativo, il mercato rilevante dovrà comprendere almeno entrambi i servizi⁴⁸⁷. Nonostante i problemi indicati poco sopra non siano così eliminati, il *SSNIC test* sembra offrire una precisione maggiore di quella che si può ottenere basandosi genericamente sulla qualità (*SSNDQ test*). Inoltre, non sembra verosimile che un'impresa decida di sfruttare il proprio potere di mercato sulla *free side* riducendo la qualità dei suoi servizi, quando ciò risulti in un trascurabile risparmio di costi. Il che accade tutte le volte in cui – come spesso avviene – la qualità dei prodotti è il risultato di investimenti in costi irrecuperabili (c.d. *sunk costs*) in *R&D* e i costi marginali per offrire un prodotto di alta piuttosto che di bassa qualità sono trascurabili⁴⁸⁸. Insomma, quando i costi marginali non variano assieme alla qualità del bene si dovrà preferire il *SSNIC test*, mentre nei mercati in cui vi è tale variazione il *SSNDQ test* è applicabile⁴⁸⁹.

Purtuttavia, in assenza di un preciso strumento di misurazione della qualità dei servizi, la Commissione, nel caso *Google Shopping*, ha preferito dichiarare inapplicabile il *SSNIP test* alla *free side* e concentrarsi sulla funzionalità dei

⁴⁸⁶ J.M. NEWMAN, *Antitrust in Zero-Price Markets: Applications*, in 94 *Washington University Law Review* 66-71 (2016). Quando gli *attention* e/o *information costs* sono quantificabili, questa conclusione è condivisa da M.S. GAL – D.L. RUBINFELD, *The Hidden Cost of Free Goods*, cit., 551-552.

⁴⁸⁷ È appena il caso di precisare che anche in questo caso si dovranno tenere a mente i *network effects* che legano i versanti della piattaforma.

⁴⁸⁸ J.M. NEWMAN, *Antitrust in Zero-Price Markets: Applications*, cit., 70, il quale porta l'esempio degli "streaming online radio services. The bulk of costs relating to creating a high-quality user experience arise from copyright licensing fees and product development. The incremental cost of providing audio at 192 kbps versus 128 kbps is relatively small".

⁴⁸⁹ *Ibidem*, 71. Tenendo ferma questa distinzione, per semplicità espositiva nel prosieguo si utilizzerà il termine *SSNDQ test* in modo comprensivo di entrambi i *test*.

prodotti⁴⁹⁰. Continuando in questo solco, tale orientamento è stato di recente ribadito dalla Commissione nel *report* relativo alla concorrenza nell'ambito digitale, dove si afferma espressamente che nei “*digital markets [...] less emphasis should be put on the market definition part of the analysis, and more importance attributed to the theories of harm and identification of anti-competitive strategies*”⁴⁹¹. Nonostante le incertezze riguardo alla misurazione della qualità, questo approccio mi sembra divida eccessivamente il mondo in bianco e nero. O meglio, utile e inutile. In particolare, se si fosse alla ricerca di un preciso strumento di misurazione econometrica, il *SSNDQ test* sarebbe con ogni probabilità inutile. Ma questa precisione è necessaria in mercati – come quelli digitali – caratterizzati da un dinamismo senza precedenti e sui quali la concorrenza avviene spesso sulla base della qualità anziché del prezzo? Certo male non farebbe, ma non penso sia indispensabile⁴⁹². Così, per via dell'importanza della definizione del mercato rilevante nel diritto *antitrust*, il *SSNDQ test* – nonostante tutte le sue incertezze – può comunque assurgere al ruolo di “*loose guide*” o “*thought experiment*” nell'analisi della sostituibilità dei servizi sulla *free side*⁴⁹³. Solo in questo senso mi sembra condivisibile l'affermazione della

⁴⁹⁰ Decisione *Google Shopping*, cit., punto 245.

⁴⁹¹ Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit., pp. 45-46, la citazione è tratta da p. 46.

⁴⁹² E nello stesso ordine di idee sembrerebbe potersi citare M. MAGGIOLINO, *I big data*, cit., p. 262, la quale afferma che “*la descrizione delle modalità attraverso cui le piattaforme sostengono e sviluppano il loro fatturato dovrebbe condurre a comprendere, con buona pace delle misurazioni econometriche, se un'impresa riesce ad agire indipendentemente dai suoi rivali, fornitori, clienti, nonché a stabilire come i suoi comportamenti si riverberino da un versante all'altro*”.

⁴⁹³ In questo senso, v. già R. HARTMAN – D.J. TEECE – W. MITCHELL – T. JORDE, *Assessing Market Power*, cit., 339 e, più recentemente, tra gli altri, L. FILISTRUCCHI, *Market definition in multi-sided markets* (OECD), cit., p. 49, J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., pp. 66-67, M.S. GAL – D.L. RUBINFELD, *The Hidden Cost of Free Goods*, cit., 551 e A. PISARKIEWICZ – J. WEST, *Background note*, in OECD, *The Role and Measurement of Quality*, cit., pp. 15, che precisano, a p. 41, che “[i]f competition authorities wish to place a greater focus on quality, they must be prepared to do market-specific empirical work. Theories about competition and quality alone will not provide sufficient insights about quality effects in most markets. If they are willing to do the empirical work, though, they may find that analysing competitive effects on quality is a valuable option when price effects analysis is irrelevant or inconclusive”. L'utilità del *SSNDQ test*

Commissione per cui la precisione persa nella definizione del mercato rilevante deve essere recuperata sul piano dell'analisi del potere di mercato e della teoria del danno.

5.4. *Un mercato per i dati per valutare la concorrenza potenziale tra le piattaforme across markets*

A onor del vero, le soluzioni finora esposte non sembrano considerare una delle principali novità della concorrenza nella *digital economy*: la *competition across markets*. Come detto a suo tempo, le piattaforme non operano solo sul loro mercato principale ma, temendo che i concorrenti – lasciati liberi di sperimentare una soluzione in solitaria – possano coglierle impreparate, entrano in mercati sempre nuovi (v. *supra*, paragrafo 3.). Di conseguenza, la concorrenza non avviene più solo tra imprese sul mercato rilevante, ma anche tra ecosistemi *across markets*. Così in tale contesto economico, si potrebbe obiettare alle proposte esaminate in precedenza che queste, considerando solo la concorrenza – per così dire – puntiforme sui singoli mercati rilevanti, non sarebbero in grado di cogliere le pressioni concorrenziali alle quali sono oggi sottoposti i giganti della tecnologia, come Google, Amazon e Facebook⁴⁹⁴.

Al fine di comprendere questo fenomeno nell'analisi *antitrust*, è stato proposto di considerare, a fianco del mercato rilevante sul quale opera una piattaforma, un mercato dei dati⁴⁹⁵. Come già detto, siccome la disponibilità di enormi quantità di

quale “*informal guidance*” nella definizione del mercato rilevante è ribadita nelle conclusioni di questo studio, v. OECD, *The Role and Measurement of Quality*, cit., p. 157. Infine, anche il BKartA afferma che il *SSNDQ test* per la *free side* “*would be conceivable*”, v. Bundeskartellamt, *Market Power of Platforms and Networks*, cit., p. 41.

⁴⁹⁴ N. PETIT, *Technology Giants, the Moligopoly Hypothesis and Holistic Competition: A Primer*, 2016 disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2856502. La necessità di una definizione del mercato rilevante capace di prendere in considerazione le pressioni competitive *across markets* è stata sottolineata anche da AGCM – AGCOM – Garante per la protezione dei dati personali, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, febbraio 2020, pp. 79-80 disponibile a https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf

⁴⁹⁵ I. GRAEF, *Market Definition and Market Power in Data*, cit., 489-501. La proposta di un mercato per i dati, al fine di prendere in considerazione il possibile uso dei dati in nuovi mercati, è stata

dati permette alle grandi piattaforme di affinare continuamente i loro servizi e conferisce loro la c.d. “*God’s eye view*”⁴⁹⁶, la definizione di un mercato dei dati permetterebbe di valutare la capacità delle piattaforme di entrare in nuovi mercati, difendersi dagli attacchi di concorrenti sul mercato sul quale le prime svolgono la loro attività principale e, in ultima analisi, le pressioni competitive esistenti nella “*competition across markets*”. A ogni modo, ammettendo l’attuale apparato concettuale del diritto *antitrust* la definizione di un mercato dei dati solo qualora essi siano effettivamente scambiati – il che non sempre avviene – la definizione di tale mercato servirebbe non a valutare la concorrenza attuale esistente su quest’ultimo, ma ad analizzare la concorrenza potenziale tra le piattaforme⁴⁹⁷. In particolare, per evitare la conclusione semplicistica per cui i giganti della tecnologia competono tra di loro sullo stesso mercato per l’attenzione e i dati degli utenti⁴⁹⁸, chi propone di valutare la concorrenza potenziale tra le piattaforme tramite la definizione di un mercato dei dati non fa di tutte le erbe un fascio. Più precisamente, muovendo dalla considerazione per cui l’esame della sostituibilità tra le diverse tipologie di dati è necessario per definire tale mercato, è stato proposto di distinguere tra dati raccolti

formulata per la prima volta negli Stati Uniti dalla commissaria della FTC Pamela Jones Harbour, dapprima in Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour, *Google/DoubleClick*, FTC File No. 071-0170, 20 Dec. 2007, p. 9, disponibile a http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf e successivamente – in modo più approfondito – in P.J. HARBOUR – T.I. KOSLOV, *Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Product Relevant Market*, in 76 *Antitrust Law Journal* 769 (2010). Inoltre, uno spunto a conforto di questa soluzione si può trovare nella Comunicazione della Commissione del 14 gennaio 2011, *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*, C-11/1, punti 119-120, dove si indicano i criteri per tenere conto della rilevanza, oltre il mercato rilevante, degli investimenti in *R&D*.

⁴⁹⁶ The Economist, *The world’s most valuable resource is no longer oil, but data*, cit.

⁴⁹⁷ Come detto in precedenza, secondo la teoria della concorrenza potenziale, anche in assenza di un’attuale concorrenza su un mercato, questo resta competitivo se vi è la possibilità per altre imprese di entrare e competere con l’*incumbent* (v. *supra*, Sezione I, paragrafo 1.1.2.).

⁴⁹⁸ Per la critica di questa posizione e l’indicazione degli opportuni riferimenti, v. M. MAGGIOLINO, *I big data*, cit., p. 263-264.

offline e *online*⁴⁹⁹ e, tra questi ultimi, tra *search data*, *social network data* ed *e-commerce data*⁵⁰⁰.

Mettendo da parte le tassonomie, la definizione del mercato in esame mi sembra richiedere il salto che finora si è preferito evitare: l'abbandono degli strumenti di misurazione econometrica⁵⁰¹. Come detto trattando delle caratteristiche dei *big data* (v. *supra*, paragrafo 2.1.), il loro valore dipende, tra gli altri, dalla varietà dei dati che li compongono. Il punto, chiaro in teoria, non pare così semplice da definire nella pratica. Infatti, dipendendo il labile confine tra varietà e confusione da una delicata scelta che ogni piattaforma è chiamata a effettuare, ben può darsi che i dati più disparati acquistino valore solo agli occhi di un'impresa che – innovando rispetto ai concorrenti – li riunisce in un *dataset*. Stando così le cose, gli strumenti di misurazione econometrica, basandosi sulle percezioni dei più, non sarebbero sempre adeguati a cogliere il valore dei *big data*. Così per via della dinamicità e talvolta imprevedibilità dell'utilità dei dati, mi sembra opportuno mettere da parte gli strumenti di misurazione econometrica e definire il mercato dei dati sulla base di

⁴⁹⁹ I. GRAEF, *Market Definition and Market Power in Data*, cit., 496-497. E similmente, nella pratica, la Commissione ha già distinto tra *online* e *offline advertising*, dal momento che il primo permette di cucire gli annunci pubblicitari sulle preferenze manifestate *online* dai consumatori, v. Decisione della Commissione del 11 marzo 2008, Google/DoubleClick, COMP/M.4731, punti 45-46.

⁵⁰⁰ I. GRAEF, *Market Definition and Market Power in Data*, cit., 497-499. L'Autrice peraltro fa notare che, avendo la Commissione già distinto tra *search* e *non-search advertising*, la distinzione che essa propone non rappresenterebbe una totale novità. Infatti, “[i]f separate relevant markets are distinguished for these types of advertising, it would be logical to define separate relevant markets for the data that is used as an input for providing different kinds of advertising services too”. Non si può nascondere però che la Commissione non ha mai definito espressamente diverse categorie di dati.

⁵⁰¹ In generale, nell'ambito digitale, la Commissione europea ha finora preferito tornare all'esame delle funzionalità dei prodotti, anziché applicare il *SSNIP test*, v. Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit., pp. 45-47, dove si afferma che “the difficulties of using the *SSNIP test* or the *SSNDQ test* have not been an obstacle to market definition in EU antitrust and merger cases concerning platforms in general, and zero-price services in particular, as the Commission has instead turned to assessing service functionalities”.

un'attenta analisi della loro funzionalità nel caso concreto⁵⁰². Insomma, si propone una definizione del mercato fluida che parte dalla concreta funzione di un *dataset* per individuare i soggetti che dispongono di dati utilizzabili allo stesso fine. Nonostante questa via – o meglio questo *revival* della funzionalità – possa sembrare foriero di incertezze a occhi abituati ad anni di *more economic approach*, essa potrebbe aiutare le autorità *antitrust* a individuare le pressioni competitive operanti *across markets*, che – si ripete – non possono essere analizzate utilizzando gli strumenti tradizionali. Inoltre, una teoria del danno basata sul *leveraging*⁵⁰³ tra posizione dominante di una piattaforma sul mercato dei dati e un mercato a valle nel quale essa decide di entrare potrebbe mostrarsi di notevole interesse per l'analisi dell'imitazione da parte delle piattaforme delle idee dei concorrenti che operano sul secondo.

6. Il potere di mercato. Dalle quote di mercato alle barriere all'entrata

Come detto a suo tempo, un'impresa detiene una posizione dominante se “*ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei suoi concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori*”⁵⁰⁴. Questa ampia definizione rimane il punto di partenza dell'analisi del potere di mercato anche

⁵⁰² Limitatamente alla definizione del mercato in esame mi sembra condivisibile l'approccio basato sulla funzionalità dei prodotti seguito dalla Commissione, v. Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit., p. 45.

⁵⁰³ Il *leveraging* rappresenta uno degli elementi principali per elaborare la teoria del danno nella *platform economy*, v. Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit., pp. 65-68. Il punto è sottolineato anche da AGCM – AGCOM – Garante per la protezione dei dati personali, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, cit., p. 107, dove si legge anche che “*le grandi piattaforme digitali [...] possono esercitare il loro potere ancor più che nei mercati dove sono già presenti [...], nei mercati dove non sono ancora attivi ma in cui, grazie alla disponibilità di Big Data e alla capacità di elaborarli, potrebbero agevolmente entrare e rapidamente “dominarli”*” (p. 79).

⁵⁰⁴ Sentenza della Corte di Giustizia UE del 14 febbraio 1978, *United Brands Company e United Brands Continental BV c. Commissione delle Comunità europee*, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22, punto 65, ripresa poi dalla Sentenza della Corte di Giustizia UE del 13 febbraio 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commissione delle Comunità europee*, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36, punto 38.

quando si ha a che fare con la *digital economy*⁵⁰⁵. Ma non ci si illuda, questo è uno dei pochi elementi di continuità tra ambito analogico e digitale. Difatti, come appare evidente dall'analisi economica delle piattaforme, la loro natura *multi-sided*, la frequente presenza di una *free side*, l'importanza della *non-price competition* e la dinamicità di tali mercati rendono particolarmente difficoltosa l'applicazione degli indicatori tradizionalmente utilizzati per indagare il potere di mercato. Così, mentre le quote di mercato hanno rilievo centrale nell'ambito analogico – tant'è che la giurisprudenza comunitaria ha presunto l'esistenza di una posizione dominante in presenza di quote di mercato superiori al 50%⁵⁰⁶ – la loro importanza è ridimensionata dall'avvento della *digital economy*, dove l'attenzione deve piuttosto focalizzarsi sulle barriere all'entrata⁵⁰⁷ – rappresentate in particolare dai *network effects* e dalla disponibilità di grandi *datasets*. In tale contesto, dunque, l'analisi non può concentrarsi – neanche principalmente – su un singolo indicatore, ma è necessario considerare e ponderare, caso per caso, una pluralità di elementi che potrebbero impedire ai concorrenti di competere sul mercato rilevante⁵⁰⁸. Dal

⁵⁰⁵ Per tutti, v. Bundeskartellamt, *Market Power of Platforms and Networks (Summary)*, cit., p. 8.

⁵⁰⁶ Sentenza della Corte di Giustizia UE del 3 luglio 1991, AKZO Chemie BV c. Commissione delle Comunità europee, C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286, punto 60.

⁵⁰⁷ Per un'ottima trattazione delle barriere all'entrata si ribadisce il rinvio a D.L. RUBINFELD – M. GAL, *Access Barriers*, cit. Di questo passaggio dalle quote di mercato alle barriere all'entrata depone anche la prassi della Commissione, v. Decisione della Commissione del 7 ottobre 2011, Microsoft/Skype, COMP/M.6281, dove si autorizza una concentrazione che avrebbe attribuito all'entità risultante da questa delle quote di mercato del 80-90%. La Commissione non ha impedito tale operazione in quanto si trattava di un mercato caratterizzato da basse barriere all'entrata e da una rapida innovazione. Questa decisione è stata confermata in appello, v. Sentenza del Tribunale UE del 11 dicembre 2013, Cisco Systems, Inc. e Messagenet SpA c. Commissione europea, T-79/12, ECLI:EU:T:2013:635.

⁵⁰⁸ Il punto è pacifico, per tutti v. Bundeskartellamt, *Market Power of Platforms and Networks (Summary)*, cit., pp. 9-11 e Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit., pp. 48-50. In Germania, ciò ha avuto anche un significativo riconoscimento legislativo nella Sec. 18(3a) GWB, la quale afferma che “*in the case of multi-sided markets and networks, in assessing the market position of an undertaking account shall also be taken of: 1. direct and indirect network effects, 2. the parallel use of services from different providers and the switching costs for users, 3. the undertaking's*

momento che, tali questioni sono già state esaminate trattando delle caratteristiche della concorrenza nell'ambito digitale, occorre ora solo inquadrarle nell'analisi del potere di mercato (v. *supra*, paragrafo 3.)⁵⁰⁹.

Innanzitutto, qual è il rilievo delle quote di mercato nell'ambito digitale? Nonostante siano da evitare delle soglie basate su queste ultime⁵¹⁰, esse conservano una qualche importanza anche nella *digital economy*. In particolare, queste continuano a essere utili per approssimare la portata dei *network effects* e la concentrazione del mercato⁵¹¹. Ma come si deve procedere per misurare le quote di mercato? Da un lato, queste potrebbero essere calcolate sulla base dei ricavi generati dalle piattaforme su entrambi i versanti⁵¹². Dall'altro, siccome le quote così calcolate sono il risultato dell'aggregazione dei ricavi su mercati separati e non permettono il confronto tra le imprese che adottano modelli di *business* diversi, parrebbe preferibile calcolarle sulla base delle percentuali degli utenti che utilizzano una piattaforma (c.d. *user shares*)⁵¹³. Più precisamente, si potrebbe considerare il numero totale degli utenti

economies of scale arising in connection with network effects, 4. the undertaking's access to data relevant for competition, 5. innovation-driven competitive pressure”.

⁵⁰⁹ Alla quale si rimanda anche per gli opportuni riferimenti, i quali, per evitare ripetizioni, saranno qui limitati allo stretto necessario.

⁵¹⁰ Il punto è sottolineato da J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., pp. 81-82.

⁵¹¹ Bundeskartellamt, *Market Power of Platforms and Networks*, cit., p. 68, che prende in considerazione le quote di mercato calcolate sulla base degli utenti, anziché dei ricavi.

⁵¹² J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., p. 70.

⁵¹³ Si veda di nuovo J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., pp. 71-72, da cui sono tratte anche le successive osservazioni riguardo alle quote di mercato calcolate sulla base degli utenti. Questa strada è già stata percorsa su entrambe le sponde dell'oceano. Per gli Stati Uniti, v. *Liveuniverse, Inc. v. Myspace, Inc.*, 304 F. App'x 554 (9th Cir. 2008). In Europa, v. Decisione *Microsoft/Skype*, cit., punti 79-80, dove le quote di mercato sono state calcolate sulla base del volume degli utenti attivi, Decisione *Google Shopping*, cit., punto 276, dove si afferma che “[t]here are several methods to calculate market shares by volume in the EEA [Including per number of queries, users, page views or per number of sessions]. All the methods indicate that since 2008, Google has enjoyed high market shares in all the relevant general search markets across the EEA, except for the Czech Republic” e Bundeskartellamt, *Facebook – Case Summary*, cit., p. 6, dove il BKartA considera “the number of daily active users as the key indicator and relevant measurand for assessing the

attivi. Tuttavia, se l'intensità dell'uso della piattaforma differisce tra gli utenti, è preferibile considerare l'intensità dell'utilizzo, indicata, per esempio, dal numero delle transazioni concluse (*transaction platforms*) o dal tempo speso sulla piattaforma. Il numero di utenti così calcolato deve essere poi rapportato, se questi sono in continua crescita, non solo al numero totale di utenti del mercato, ma alla somma tra questo e quello degli utenti potenziali.

Come appena detto, però, nell'ambito digitale le quote di mercato cedono il ruolo di protagonista all'analisi delle barriere all'entrata – in particolare, dei *network effects* e dell'*accesso ai dati*⁵¹⁴. Iniziando dai primi, questi possono avere un duplice impatto sulla concorrenza. Da un lato, essi hanno un effetto pro-competitivo quando permettono ai *newcomers* che introducono innovazioni un'opportunità di crescita rapida ed esponenziale⁵¹⁵. Dall'altro, più realisticamente, siccome i mercati caratterizzati da *network effects* tendono alla concentrazione, questi ultimi diventano nemici delle imprese entranti ergendo delle barriere all'entrata⁵¹⁶ – si ricordi, del resto, che la concorrenza nella *digital economy* è *per* anziché *nel* mercato. Più precisamente, per valutare correttamente l'impatto delle esternalità di rete sulla concorrenzialità dei mercati digitali occorre tenere a mente che queste operano diversamente per *matching* e *audience providing platforms*. Così, essendo di norma le prime caratterizzate da *positive bilateral indirect network effects* e le seconde da esternalità di rete asimmetriche o unilaterali, solo le *matching platforms* possono

network's competitive significance and market success as a social network's success is measured by the intensity of use".

⁵¹⁴ Il punto è pacifico, per tutti v. Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit., p. 49. Ciò non esenta però dall'esame delle tradizionali barriere all'entrata, se presenti anche nei mercati digitali. In particolare, le economie di scala sono sempre state prese in considerazione nell'analisi del potere di mercato e svolgono un ruolo importante anche nella *digital economy*. V. Bundeskartellamt, *Market Power of Platforms and Networks*, cit., pp. 54-56.

⁵¹⁵ Come osservato, tra gli altri, da S. WISMER – C. BONGARD – A. RASEK, *Multi-Sided Markets Economics in Competition Law Enforcement*, in 8 *Journal of European Competition Law & Practice* 261 (2017).

⁵¹⁶ Tra gli altri Bundeskartellamt, *Market Power of Platforms and Networks*, cit., pp. 45-54, dal quale è tratta anche la successiva distinzione tra *matching* e *audience providing platforms*.

presentare *self-reinforcing positive feedback loops* – che sono le barriere all’entrata più elevate prodotte dai *network effects*.

Come accennato, la seconda principale barriera all’entrata nei mercati digitali è rappresentata dall’accesso ai dati⁵¹⁷. Nonostante il tema sarà affrontato diffusamente nella prossima sezione (v. *infra*, Sezione III, paragrafi 1. ss.), essendo questa condizione necessaria per la concorrenzialità dei mercati in esame, si possono già svolgere alcune considerazioni minime per inquadrarlo all’interno dell’analisi del potere di mercato. In via introduttiva, da un lato, ci si deve guardare dall’automatismo per cui i dati attribuiscono sempre un vantaggio competitivo al loro detentore e, dall’altro, è necessario indagare la possibilità per i concorrenti di accedere ai dati. Per quanto riguarda la prima questione, già si è detto che le autorità *antitrust* sono chiamate ad accertare se la disponibilità dei dati abbia effettivamente attribuito al loro detentore un vantaggio informativo e se quest’ultimo sia poi stato sfruttato sul mercato in modo tale da ottenere un vantaggio competitivo (v. *supra*, paragrafo 2.1.). Ciò appurato, si deve analizzare se e in che misura l’accesso ai dati rappresenti una barriera all’entrata per i concorrenti. Anche al riguardo si deve evitare di giungere a conclusioni affrettate. Come detto in precedenza, sebbene i dati presentino le caratteristiche dei *public goods* (non escludibili e non rivali nel consumo), ciò non implica che essi siano sempre facilmente accessibili ai concorrenti. In particolare, questi ultimi potranno raccoglierci solo se in grado di superare gli ostacoli rappresentati dagli *switching costs* e dai *network effects* e di effettuare gli investimenti – di valore non trascurabile – necessari per effettuare le operazioni che compongono la c.d. *data value chain*. A ogni modo, anche quando le piattaforme decidono di non condividere (o meglio, commercializzare) i dati di cui sono in possesso, le imprese entranti possono accedere ai dati necessari per operare sui mercati digitali attraverso i c.d. *data broker*⁵¹⁸ e strumenti giuridici come il diritto

⁵¹⁷ Il tema è trattato diffusamente in Bundeskartellamt – Autorité de la concurrence, *Competition law and data*, cit., pp. 25-52. Dove si esamina anche il diverso rilievo che i dati hanno nell’ambito analogico e in quello digitale.

⁵¹⁸ In particolare negli Stati Uniti, sono sorte imprese (come Acxiom, Datalogic ed Experian) che raccolgono, aggregano e analizzano dati per poi “venderli” sul mercato. Tra i clienti dei *data brokers* non vi sono solo *newcomers*, ma anche imprese del calibro di Facebook e Google, che mirano a

alla portabilità dei dati personali (art. 20 GDPR) e l'*essential facility doctrine*. Mentre ai secondi sarà dedicata buona parte della prossima sezione, si deve notare che i dati di cui i *data broker* dispongono non sono certo equiparabili – né sostituibili – alla mole di dati in possesso delle grandi piattaforme digitali. A titolo esemplificativo, si tenga presente che certe categorie di dati – quali le reazioni emotive rappresentate dai *like* – non sono replicabili, che i *dataset* di norma sono protetti per mezzo del segreto commerciale e che, anche quando condivisi, chi li riceve si obbliga a utilizzarli solo per le finalità e nei modi concordati e a non condividerli con terze parti (c.d. *nondisclosure agreement*).

Dopo aver analizzato le barriere all'entrata, si deve volgere lo sguardo a ciò che si trova sull'altro piatto della bilancia. Ci si riferisce in particolare al *multi-homing* e dal dinamismo dei mercati digitali⁵¹⁹. Riprendendo quanto detto in precedenza, con la prima espressione ci si riferisce al fenomeno per cui gli utenti utilizzano parallelamente una pluralità di piattaforme, così riducendo gli ostacoli incontrati dai *newcomers* per ottenere la massa critica di dati necessaria per operare su un mercato⁵²⁰. Il che è favorito, da un lato, da un certo livello di differenziazione dei prodotti⁵²¹ e, dall'altro, dalla portabilità e interoperabilità dei dati. Su un altro piano,

migliorare le loro attività di *targeted advertising*. L'accesso ai dati per mezzo di questi soggetti è stato esaminato da Bundeskartellamt – Autorité de la concurrence, *Competition law and data*, cit., pp. 38-42.

⁵¹⁹ Questi due fenomeni sono i principali contrappesi alla concentrazione del mercato derivante dalle barriere all'entrata. Ciò non esclude che si possano – e, se del caso, si debbano – esaminare anche fattori ulteriori. Per esempio, le barriere all'entrata erette dai *network effects* sono ridotte se il *newcomer* ha già avuto successo su un altro mercato geografico o con un altro prodotto, v. J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., p. 76.

⁵²⁰ Nel caso *Microsoft/Skype*, la Commissione ha difatti ritenuto che “*consumers use videocalls services to communicate with a small circle of family and friends and multi-home. Therefore it is easy to switch small groups of users to other competing services. The Commission considers that this significantly mitigates any possible network effects related to the proposed transaction*”, v. Decisione *Microsoft/Skype*, cit., punto 130.

⁵²¹ La differenziazione dei prodotti, da un lato, può favorire il *multi-homing* e, dall'altro, rappresenta di per sé un fattore di deconcentrazione dei mercati (v. *supra*, paragrafo 3.). Il punto è esaminato dal Bundeskartellamt, *Market Power of Platforms and Networks*, cit., pp. 56-66. D'altro canto, si tenga

la velocità dell'innovazione nei mercati digitali contribuisce a ridimensionare l'altezza delle barriere all'entrata⁵²². Come è evidente, la dinamicità di tali mercati e il fatto che questi sono spesso caratterizzati da una *non-price competition* può rimescolare le carte a ogni gradino dell'innovazione e contribuire così a livellare la posizione delle imprese concorrenti⁵²³. Ciononostante, non si può affermare semplicisticamente – prendendo a esempio il successo di imprese come Google e Facebook – che la velocità dell'innovazione nei mercati digitali è così elevata da ridimensionare il rilievo delle barriere all'entrata, ma si deve valutare se, nel periodo rilevante per l'indagine *antitrust*, è prevedibile un livello di innovazione – anche potenziale – tale da ridurre effettivamente le barriere all'entrata che caratterizzano il mercato in esame⁵²⁴.

Infine, qualora le barriere all'entrata non siano elevate, in particolare per via della del *multi-homing* e della velocità dell'innovazione, le quote di mercato hanno un'importanza “effimera”⁵²⁵ e la concorrenza potenziale è sufficiente a esercitare sulle imprese operanti in questi mercati una pressione concorrenziale sufficiente a mantenerli a livello competitivo. Il che non può essere analizzato in astratto ma – in linea con la tradizione *antitrust* – richiede una valutazione e ponderazione di tutte le

anche presente che la differenziazione dei prodotti attribuisce un certo potere di mercato alle piattaforme, v. J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., pp. 73-74.

⁵²² Tra gli altri, si v. Bundeskartellamt, *Market Power of Platforms and Networks*, cit., pp. 71-80, Bundeskartellamt – Autorité de la concurrence, *Competition law and data*, cit., pp. 29-30 e J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., pp. 77-78. Per una dimostrazione della velocità dell'innovazione negli *attention markets* si può utilmente consultare la tabella contenuta in D.S. EVANS, *Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power*, cit., p. 30.

⁵²³ “Consumers are very sensitive to innovative services or products in consumer communications services. Providers of consumer communications services lose traction quickly if they are unable to offer users new and innovative functionality [...]. Moreover, smaller players have succeeded in rapidly entering, and gaining traction in the consumer communications sector with innovative products. For example, ooVoo launched its first video chat product in February 2007, and was one of the first providers of group video calling in May 2009. Today, ooVoo has more than 25 million users”, v. Decisione *Microsoft/Skype*, cit., punti 122-123.

⁵²⁴ Bundeskartellamt, *Market Power of Platforms and Networks*, cit., p. 74.

⁵²⁵ L'espressione è tratta dalla Sentenza *Cisco Systems*, cit., punto 69.

circostanze del caso concreto. E in tale operazione, l'attenzione si deve concentrare su indicatori⁵²⁶ come, tra gli altri, l'assenza di tentativi di ingresso nel mercato rilevante⁵²⁷ piuttosto che strumenti di misurazione econometrica⁵²⁸.

6.1. *Oltre la nozione tradizionale di potere di mercato: competition across markets e manipolazione della domanda*

All'analisi appena effettuata si può però obiettare che essa non presti la dovuta attenzione al fenomeno della *concorrenza across markets* e alla possibilità che le grandi piattaforme digitali hanno di manipolare la domanda a loro favore.

Come detto in precedenza, per affrontare la prima questione, può essere utile la definizione di un mercato potenziale dei dati (v. *supra*, paragrafo 5.4.). Quel che qui interessa è come su questo si debba valutare la posizione dominante⁵²⁹. In primo luogo, quando i dati sono effettivamente monetizzati, per esempio tramite la proposizione di nuovi servizi a pagamento, contratti di “licenza” o *targeted advertising*, potrebbe essere utile calcolare le quote di mercato e rapportarle ai ricavi totali del mercato in esame⁵³⁰. Tuttavia, tale approccio, da un lato, non tiene conto del dinamismo dei mercati digitali e, dall'altro, diventa inutile quando le piattaforme sfruttano i dati a loro disposizione in modo diverso dall'offerta di servizi a

⁵²⁶ Alcune proposte si possono trovare in J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., pp. 86-88.

⁵²⁷ Nel caso *Google Shopping*, la Commissione ha inferito l'esistenza di una posizione dominante di Google sul mercato dei motori di ricerca dalla combinazione di alte quote di mercato e dell'assenza di tentativi di ingresso su tale mercato nello Spazio Economico Europeo dal 2008, v. Decisione *Google Shopping*, cit., punto 274.

⁵²⁸ In particolare, il Lerner Index – che misura il *pricing power* di un'impresa – nonostante sia stato riformulato per adattarlo alla realtà economica dei *multi-sided markets*, è applicabile solo alle piattaforme che richiedono un prezzo su entrambi i versanti. Al riguardo, v. J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., pp. 83-85.

⁵²⁹ Il tema è analizzato da I. GRAEF, *Market Definition and Market Power in Data*, cit., 501-504.

⁵³⁰ “*This way the analysis of dominance does not only take into account the value of the dataset in itself but also the success of a provider in putting in place relevant resources and technologies for monetizing the data*”, *Ibidem*, 502.

pagamento o dai contratti di “licenza”. In questi casi, l’unica via che pare percorribile è quella della concorrenza potenziale. Si dovrà così valutare – ma, come appena visto, questa analisi si deve svolgere per tutti i mercati in cui operano le piattaforme – la possibilità per i concorrenti di accedere a dati del tipo di quelli in possesso della piattaforma sotto indagine tenendo conto, in particolare, della velocità dell’innovazione nel mercato rilevante. Insomma, anche per l’ipotetico mercato dei dati, le quote di mercato possono essere al più utilizzate come indizi per approssimare il livello di concentrazione del mercato, ma il cuore dell’analisi è la valutazione delle barriere all’entrata e della concorrenza potenziale.

Da un altro punto di vista, la tradizionale nozione di potere di mercato non permette di prendere in considerazione il potere delle grandi piattaforme di influenzare la domanda a loro favore⁵³¹. Nonostante il tema abbia più a che fare con la teoria del danno che con la valutazione del potere di mercato, per via dello stretto collegamento tra questi due passaggi dell’analisi *antitrust* e dell’importanza di questo fenomeno per la concorrenza sui mercati digitali, pare opportuno darne brevemente conto in questa sede. Si badi, non ci si riferisce qui all’influenza che la pubblicità produce sulla sfera irrazionale degli individui, ma al condizionamento che l’informazione fornita dalla piattaforma ai suoi utenti esercita sulla razionalità di questi ultimi. Il che diventa rilevante per il diritto *antitrust*, quando la piattaforma dominante, sfruttando l’incapacità dei consumatori di verificare la fondatezza e la correttezza dell’informazione che ricevono⁵³², interviene sulla qualità e quantità dell’informazione in modo tale da impedire a questi ultimi di prendere decisioni razionali sul mercato. La ragione è evidente. Quando tale manipolazione è possibile, il merito imprenditoriale e il processo competitivo inevitabilmente perdono di significato. Di recente, tali considerazioni sono state accolte dalla Commissione nella

⁵³¹ Il tema è trattato da M. MAGGIOLINO, *I big data*, cit., pp. 272-278.

⁵³² Non è questa la sede per analizzare l’impatto che le piattaforme digitali hanno sull’informazione, ma si deve ricordare che, anche a questo riguardo, il diritto *antitrust* può giocare un ruolo significativo, v. J. DREXL, *Competition Law in Media Markets and its Contribution to Democracy – A Global Perspective*, in 38 *World Competition* 367 (2015) disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2511146

decisione *Google Shopping*⁵³³. Molto brevemente, in questo caso, Google è stato ritenuto responsabile di abusare della sua posizione dominante sul mercato dei motori di ricerca per espandersi nel mercato dei *comparison shopping services*. Più precisamente, Google non solo riservava unicamente a Google Shopping soluzioni grafiche in grado di attirare maggiore attenzione rispetto ai c.d. “*blue links*” riservati ai concorrenti⁵³⁴, ma ha anche applicato a questi ultimi dei criteri di classificazione tali da retrocederli nell’ordine di ricerca (algoritmo PANDA)⁵³⁵. Quel che interessa sottolineare in questa sede è come le autorità *antitrust* debbano essere capaci di considerare potere di mercato e teoria del danno congiuntamente⁵³⁶, in modo tale da poter fare i conti con forme di manifestazione di tale potere pressoché sconosciute prima dell’avvento della *digital economy*.

7. Una nuova teoria del danno: l’imitazione quale condotta abusiva

Come notato prima sul piano giornalistico⁵³⁷ e poi anche da alcuni giuristi⁵³⁸, più volte le piattaforme digitali hanno utilizzato la già citata “*God’s eye view*” – cioè il

⁵³³ Inoltre, la trasparenza nei rapporti tra piattaforme e utenti commerciali è oggi disciplinata dal Reg. UE 1150/2019 “*che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali di servizi di intermediazione online*”.

⁵³⁴ Decisione *Google Shopping*, cit., punti 371-397.

⁵³⁵ Decisione *Google Shopping*, cit., punti 358-380.

⁵³⁶ “*The market power we are interested in also depends on the conduct or agreement that we are interested in. Therefore, measuring market power will be specific to the conduct under investigation. It is important, at least from an economics perspective, that market power, is not considered in isolation from the conduct and the theory of harm*”, v. K. COLLYER – H. MULLAN – N. TIMAN, *Measuring market power in multi-sided markets*, in OECD, *Rethinking Antitrust Tools*, cit., p. 74.

⁵³⁷ Oltre al già citato *The Economist*, *The world’s most valuable resource is no longer oil, but data*, cit., v. tra gli altri G. BENSINGER, *Competing with Amazon on Amazon*, cit., S. SOPER, *Got a Hot Seller on Amazon? Prepare for E-Tailer to Make One Too*, *Bloomberg*, 20 aprile 2016 disponibile a <https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-04-20/got-a-hot-seller-on-amazon-prepare-for-e-tailer-to-make-one-too> e liberamente accessibile a <https://www.thestar.com.my/business/business-news/2016/04/30/got-a-hotseller-on-amazon-prepare-for-etailer-to-make-one-too/> e E. DWOSKIN, *Facebook’s willingness to copy rivals’ apps seen as hurting innovation*, *The Washington Post*, 11 agosto 2017 disponibile a <https://www.washingtonpost.com/business/economy/facebook-s->

vantaggio informativo estratto dai *big data* – per espandersi in nuovi mercati imitando le idee dei loro concorrenti⁵³⁹. Per esempio, Amazon ha più volte ripreso le iniziative dei suoi “*hot sellers*” vendendo i prodotti così realizzati a prezzi sensibilmente minori rispetto ai primi⁵⁴⁰, Facebook ha copiato le applicazioni che più vedevano crescere la loro popolarità⁵⁴¹ e varie imprese hanno accusato Google di

willingness-to-copy-rivals-apps-seen-as-hurting-innovation/2017/08/10/ea7188ea-7df6-11e7-a669-b400c5c7e1cc_story.html

⁵³⁸ Tra gli Autori che hanno intavolato la discussione giuridica v. H.A. SHELANSKI, *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*, in 161 *University of Pennsylvania Law Review* 1699-1701 (2013), L.M. KHAN, *Amazon’s Antitrust Paradox*, in 126 *The Yale Law Journal* 780-783 (2017), L.M. KHAN, *The Separation of Platforms and Commerce*, in 119 *Columbia Law Review* 973 (2019), M. RICOLFI, *The Internet of Things and the Ages of Antitrust*, cit., pp. 17-19 dell’estratto e, anche se con l’attenzione rivolta alla concorrenza sleale, sul tema è ritornato M. RICOLFI, *Il futuro della proprietà intellettuale*, cit., pp. 32-34.

⁵³⁹ Per un’ottima analisi dell’integrazione verticale di Amazon, Alphabet (che controlla Google), Facebook e Apple, v. L.M. KHAN, *The Separation of Platforms and Commerce*, cit., 983-1007.

⁵⁴⁰ “*Amazon tracks third-party sales on its site and uses that data to sell the most popular items in direct competition with marketplace members*” e, prendendo come esempio l’abbigliamento femminile, “[w]ithin 12 weeks, Amazon began selling 25 percent of the top items first sold through marketplace vendors”, v. G. ANDERSON, *Is Amazon Undercutting Third-Party Sellers Using Their Own Data?*, *Forbes*, 30 ottobre 2014 disponibile a <https://www.forbes.com/sites/retailwire/2014/10/30/is-amazon-undercutting-third-party-sellers-using-their-own-data/#3e8f7e3153d8>. Tra gli articoli giornalistici che descrivono questa condotta di Amazon, si vedano anche i già citati G. BENSINGER, *Competing with Amazon on Amazon*, cit. e S. SOPER, *Got a Hot Seller on Amazon?*, cit., dove si legge “*for several years, the house brand [AmazonBasics] ‘slept quietly as it retained data about other sellers’ successes*”, ma ora “*Amazon is using insights gleaned from its vast Web store to build a private-label juggernaut that now includes more than 3,000 products*”.

⁵⁴¹ Oltre al celebre caso di Snapchat, la stessa sorte è toccata ad applicazioni quali Houseparty e Timehold, v. E. DWOSKIN, *Facebook’s willingness to copy rivals’ apps*, cit. L’enorme mole di dati raccolta attraverso l’applicazione Onavo ha permesso a Facebook di identificare rapidamente e con precisione le applicazioni più popolari, cosicché “*cloning became core to Facebook’s product strategy*”, v. J. CONSTINE, *Facebook will shut down its spyware VPN app Onavo*, *TechCrunch*, 22 febbraio 2019 disponibile a <https://techcrunch.com/2019/02/21/facebook-removes-onavo/>. Onavo è stata rimossa dall’App Store dalla Apple per proteggere la *privacy* dei suoi utenti e, per evitare di replicare lo scandalo, Facebook ha deciso di rimuovere l’applicazione da Google Play (dispositivi che

appropriarsi dei loro contenuti per utilizzarli nei suoi servizi⁵⁴². Nonostante il fenomeno sia certamente degno dell'attenzione delle autorità *antitrust*, a oggi queste ultime non si sono ancora attivate per reprimerlo. Il che non sorprende troppo. Infatti, in aggiunta alla generale sotto-applicazione del diritto *antitrust* ai mercati digitali⁵⁴³, secondo opinione consolidata nel diritto della proprietà intellettuale – in assenza di una privativa e di pericolo di confusione – l'imitazione rappresenta la “*linfa vitale*” della concorrenza e dell'innovazione⁵⁴⁴ (v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 3.). Ma è sempre così anche nella *digital economy*? Nei casi in esame, l'imitazione è davvero la linfa vitale della concorrenza nei mercati digitali o è piuttosto una forma di “bullismo” delle piattaforme dominanti nei confronti delle imprese di dimensioni minori?

utilizzano il sistema operativo Android). In Italia, Facebook è stato condannato – per la violazione del diritto d'autore e per atti di concorrenza sleale – per aver utilizzato le informazioni che deteneva su uno sviluppatore che operava all'interno del suo ecosistema, v. Trib. Milano, 1 agosto 2016, in Banca dati *DeJure*, confermato in appello da A. Milano, 16 aprile 2018, *ivi*.

⁵⁴² J. YAROW, *Google Admits It Scraped The Database Of A Kenyan Startup, Says It Was Huge Mistake*, *Business Insider*, 14 gennaio 2012 disponibile a <https://www.businessinsider.com/google-mocality-small-team-2012-1?IR=T>, FTC, *Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns In the Markets for Devices Like Smart Phones, Games and Tablets, and in Online Search*, 3 gennaio 2013 disponibile a <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/01/google-agrees-change-its-business-practices-resolve-ftc> e, più recentemente, N. TIKU, *Yelp Claims Google Broke Promise to Antitrust Regulators*, *Wired*, 9 dicembre 2017, disponibile a <https://www.wired.com/story/yelp-claims-google-broke-promise-to-antitrust-regulators/>

⁵⁴³ La concentrazione sul *consumer welfare* anziché sull'apertura concorrenziale dei mercati ha portato a un'applicazione del diritto *antitrust* inadeguata alle dinamiche dei mercati digitali, v. A. SCHECHTER, *Google and Facebook's “Kill Zone”: “We've Taken the Focus Off of Rewarding Genius and Innovation to Rewarding Capital and Scale”*, *ProMarket*, 25 maggio 2018 disponibile a <https://promarket.org/google-facebooks-kill-zone-weve-taken-focus-off-rewarding-genius-innovation-rewarding-capital-scale/>. Per quanto riguarda in particolare l'integrazione verticale, il tema è stato analizzato (alla luce della sua evoluzione storica) da L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, cit., 731-736, la quale vi è poi tornata in modo più diffuso in L.M. KHAN, *The Separation of Platforms and Commerce*, cit., 1013-1034.

⁵⁴⁴ L'espressione è ripresa dalla sentenza *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 US 141, 146 (1989), dove si afferma che “*imitation and refinement through imitation are both necessary to invention itself, and the very lifeblood of a competitive economy*”.

Di primo acchito, assumendo un approccio alquanto conservatore si potrebbe affermare che non vi sia nulla di nuovo sotto il sole. Non è un mistero, del resto, che quando un'impresa ha successo sul mercato i suoi concorrenti si mettano all'inseguimento imitandola. L'osservazione, valida in generale per l'economia tradizionale, diventa però semplicistica se applicata ai mercati digitali. Non si può difatti ignorare che questi ultimi sono sovente dominati da piattaforme in possesso di ampi *dataset*, che le attribuiscono un potere (non solo) di mercato senza precedenti. In particolare, mentre nell'ambito analogico i concorrenti possono utilizzare solo le informazioni sulle vendite dell'imitato per decidere appunto se imitarlo, Amazon – per fare un esempio – è a conoscenza dei prodotti che i consumatori hanno cercato, di quelli sui quali sono tornati più volte, che hanno messo nel carrello o sui quali si sono soffermati più a lungo col cursore⁵⁴⁵. Si noti, peraltro, che anche l'affermazione per cui “*il rischio di mercato non è mai eliminabile [...] [e, dunque, l']imitatore rischia per secondo*”⁵⁴⁶ è messa in discussione dall'evoluzione della tecnologia digitale. Infatti, per le piattaforme dominanti i costi dell'imitazione si sono drasticamente ridotti rispetto alle imprese operanti nell'ambito analogico⁵⁴⁷. Oltre ai vantaggi dell'integrazione verticale, sempre più spesso non è neanche necessaria l'acquisizione di risorse materiali e pesanti (come macchinari, stabilimenti, ecc.), ma è sufficiente un *team* di poche persone – per esempio per sviluppare una nuova applicazione. Così, anziché esporsi al rischio di offrire un nuovo prodotto sul mercato, le piattaforme trovano assai più conveniente attendere che lo faccia qualcun altro per poi imitare i prodotti che i consumatori hanno maggiormente gradito. In tal modo, si prendono due piccioni con una fava. Da un lato, si risparmiano i costi di *R&D* e si evita – o almeno si riduce nettamente – il rischio di insuccesso (c.d. *second*

⁵⁴⁵ L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, cit., 782.

⁵⁴⁶ G. GHIDINI, *La c.d. concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 642.

⁵⁴⁷ Come osservato già agli albori dell'era digitale, il progresso tecnologico rende sempre più veloce e meno costosa l'imitazione, così erodendo il c.d. *first mover advantage*, v. J.H. REICHMAN, *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, in 94 *Columbia Law Review* 2506-2519 in particolare (1994).

mover advantage)⁵⁴⁸ e, dall'altro, si sbaraglia la concorrenza. L'espansione in un nuovo mercato difatti, aumentando il numero di utenti della piattaforma, permette a quest'ultima di raccogliere nuovi dati, perfezionare i propri servizi e, dunque, attirare ancora più utenti. Il che, in presenza di *positive indirect network effects* si riflette in un aumento di interesse nella piattaforma anche per gli utenti sull'altro versante⁵⁴⁹. In breve, la condotta imitativa in esame non solo permette all'imitante di avere successo in un nuovo mercato, ma anche di rafforzare la propria posizione nel mercato principale e soprattutto in quello (ipotetico) dei dati, così accrescendo il potere della piattaforma nella *competition across markets*⁵⁵⁰.

Da un altro angolo visuale, la condotta in esame si pone in evidente contrasto con l'efficienza dinamica del mercato in cui opera l'imitato⁵⁵¹. Qui difatti, per paura del

⁵⁴⁸ In Italia, il punto era già stato sottolineato, sebbene con riguardo alla concorrenza sleale (in un periodo in cui il diritto *antitrust* era ancora lungi dal venire nel nostro ordinamento), da M. ROTONDI, *L'imitazione servile come atto di concorrenza sleale indipendentemente da confondibilità di prodotto*, in *Studi diritto industriale*, CEDAM, Padova, 1957, pp. 369-385 (l'articolo era già stato pubblicato nella seconda metà degli anni '30) e poi, più brevemente, in M. ROTONDI, *Diritto industriale*, CEDAM, Padova, 1965, pp. 498-503. Più recentemente, con riguardo ad Amazon, v. L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, cit., 782-783.

⁵⁴⁹ Così, considerando il caso di Amazon, paradossalmente l'imitazione delle idee innovative degli utenti commerciali al contempo rappresenterà un disincentivo alla crescita di questi ultimi sulla piattaforma e un incentivo a utilizzare la piattaforma per via dell'aumento degli utenti sull'altro versante. V. F. ZHU – Q. LIU, *Competing with Complementors: An Empirical Look at Amazon.com*, in 39 *Strategic Management Journal* 2618 (2018) disponibile a <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/smj.2932>, p. 29 dell'estratto.

⁵⁵⁰ Nello stesso senso, v. L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, cit., 782-783.

⁵⁵¹ V. già M.A. LEMLEY – L. LESSIG, *The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era*, in 48 *UCLA L. Rev.* 925 (2001) disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=247737, pp. 6-9 dell'estratto, dove si legge che “[a]s there is no single strategic actor who can tilt the competitive environment (the network) in favor of itself, or no hierarchical entity that can favor some applications over others, an e2e [End to End] network creates a maximally competitive environment for innovation, which by design assures competitors that they will not confront strategic network behavior” (p. 7). Il fenomeno è oggi esaminato da L.M. KHAN, *The Separation of Platforms and Commerce*, cit., 1007-1013. Per completezza, si deve segnalare che l'appropriazione delle idee dei concorrenti non è l'unica condotta delle piattaforme in grado di disincentivare l'innovazione. Per esempio, Apple più che imitare gli

crollo dei ricavi conseguente all'imitazione da parte della piattaforma dominante, non solo le imprese sono disincentivate a innovare, ma anche i c.d. *venture capitalists* non avranno interesse a effettuare investimenti sui quali pende questa spada di Damocle. Si crea così attorno alle piattaforme digitali, in assenza di un intervento *antitrust*, una sempre più ampia “*kill-zone*” in cui nessuno ha più interesse a operare⁵⁵². Cosicché, a ben vedere, gli incentivi a investire in *R&D* nei mercati a valle non si riducono solo per gli imitati e i loro finanziatori, ma anche per le piattaforme dominanti⁵⁵³. D'altronde, perché impiegare tempo e denaro per sviluppare prodotti innovativi, quando può farlo qualcun altro? Il che, in ultima analisi, minaccia di arrestare drammaticamente il tasso di innovazione dei mercati interessati.

Dal punto di vista giuridico, condotte imitative come quella in esame possono ritenersi abusive in quanto sfruttamento della posizione dominante in un mercato a monte per espandersi in uno a valle riducendone la concorrenzialità (c.d. *leveraging*)⁵⁵⁴. Tradizionalmente, si distingue – anche se probabilmente la distinzione non ha rilievo giuridico – tra “*offensive*” e “*defensive leveraging*”⁵⁵⁵. Si rientra nel primo caso quando la posizione dominante nel mercato a monte è utilizzata per massimizzare i profitti in un mercato a valle, mentre si rientra nel secondo quando l'entrata in quest'ultimo mercato mira a proteggere la posizione dominante

sviluppatori di applicazioni privilegia i suoi prodotti tramite termini e condizioni contrattuali sfavorevoli ai suoi concorrenti – come è avvenuto con Spotify – v. *Ibidem*, 1004-1007.

⁵⁵² Il *managing partner* del fondo New Enterprise Associates ha affermato che “[w]e don't touch anything that comes too close to Facebook, Google or Amazon”, v. E. DWOSKIN, *Facebook's willingness to copy rivals' apps*, cit. V. anche A. SCHECHTER, *Google and Facebook's “Kill Zone”*, cit. e O. SOLON, *As tech companies get richer, is it 'game over' for startups?*, *The Guardian*, 20 ottobre 2017 disponibile a <https://www.theguardian.com/technology/2017/oct/20/tech-startups-facebook-amazon-google-apple>

⁵⁵³ H.A. SHELANSKI, *Information, Innovation, and Competition Policy*, cit., 1700.

⁵⁵⁴ Si deve precisare che il *leveraging*, piuttosto che un'autonoma teoria del danno, è una categoria che ricomprende una pluralità di teorie del danno che vedono l'estensione della posizione dominante nel mercato a monte in uno a valle, v. G. MONTI, *EC Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge (UK), 2007, p. 186.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, pp. 187-192, dove l'analisi si concentra, in particolare, sulle pratiche leganti.

nel primo. A ben vedere, il caso delle piattaforme non è riconducibile a una sola di queste categorie. In particolare, il *leveraging* delle piattaforme digitali, di norma, rappresenta una strategia che – prediligendo la crescita di lungo periodo sui profitti di breve e medio periodo – mira a espandere sempre più il loro ecosistema per entrare in nuovi mercati, ottenere nuovi dati, rafforzare il potere di mercato nel mercato principale e impedire che concorrenti innovativi a valle possano arrivare minacciare la loro posizione dominante⁵⁵⁶.

Inquadrando meglio la condotta imitativa all'interno della teoria del *leveraging*, occorre fare una precisazione in merito al mercato a monte. Siccome il potere di mercato delle piattaforme deriva, da un lato, dalla dipendenza degli utenti dalla infrastruttura delle prime e, dall'altro, dal vantaggio competitivo conferito dai *big data*, parrebbe preferibile considerare due mercati a monte: quello avente a oggetto il servizio di intermediazione – fermo restando il *multi-markets approach* (v. *supra*, paragrafo 5.1.) – offerto dalla piattaforma e soprattutto, essendo la disponibilità di ampi *datasets* a permette alle piattaforme di operare *across markets*, quello (ipotetico) dei dati. Si pensi alla condotta imitativa di Amazon. In questo caso, esso sfrutta sia il vantaggio competitivo derivante dai *big data* per individuare i prodotti più graditi ai consumatori sia il potere attribuitole dalla sua piattaforma di *e-commerce*, per esempio, dando la prevalenza ai suoi prodotti nelle ricerche⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ Amazon, difatti, sin dalla prima lettera agli azionisti del 1997, ha palesato il suo obiettivo di “*extend and solidify our current market leadership position. [...] We have invested and will continue to invest aggressively to expand and leverage our customer base, brand, and infrastructure as we move to establish an enduring franchise*”, v. J. BEZOS, *1997 Letter To Shareholders* disponibile a https://venturebeat.com/wp-content/uploads/2010/09/amzn_shareholder-letter-20072.pdf. In particolare, come testimoniato da alcuni tra i primi dipendenti di Amazon, “[Jeff Bezos’s] *undelying* [goal was to build] a ‘utility’ that would become essential to commerce”, v. S. MULPURU – B.K. WALKER, *Why Amazon Matters Now More than Ever*, Forrester, 2012, p. 17 citato da L.M. KHAN, *Amazon’s Antitrust Paradox*, cit., 755. Per l’analisi di questa strategia di espansione e rafforzamento del potere di mercato, v. L.M. KHAN, *Amazon’s Antitrust Paradox*, cit., 746-755. In generale, sul fenomeno della concorrenza *across markets*, v. *supra*, paragrafo 2., lett. B).

⁵⁵⁷ Tra gli altri, v. J. ANGWIN – S. MATTU, *Amazon Says It Puts Customers First. But Its Pricing Algorithm Doesn’t*, *ProPublica*, 20 settembre 2016 disponibile a <https://www.propublica.org/article/amazon-says-it-puts-customers-first-but-its-pricing-algorithm->

Sfortunatamente, in particolar modo negli Stati Uniti, l'integrazione verticale⁵⁵⁸ – di cui il *leveraging* è espressione – non è una delle teorie del danno più accreditate degli ultimi decenni⁵⁵⁹. Infatti, mentre essa ha avuto un certo sviluppo a partire dalla “*Great Depression*” degli anni '30 e nella *Harvard School*⁵⁶⁰, è stata succesivamente aspramente criticata dalla *Chicago School*⁵⁶¹. Più precisamente, fondandosi quest'ultima sul concetto di *consumer welfare* definito per mezzo della teoria neoclassica del prezzo, l'importanza dell'analisi della struttura del mercato e, in particolare, delle barriere all'entrata si è significativamente ridotta e la garanzia del prezzo più basso possibile per la maggior quantità possibile di un bene o servizio è diventata la prioritaria nel diritto *antitrust* (v. *supra*, Sezione I, paragrafo 1.1.3.). Così, confidando nelle forze autocorrettive del mercato, si è argomentato a favore dell'efficienza dell'integrazione verticale, lasciando in secondo piano i suoi effetti

doesnt. Per un'analisi dei modi in cui Amazon preferisce i suoi prodotti rispetto a quelli dei concorrenti, v. L.M. KHAN, *The Separation of Platforms and Commerce*, cit., 987-993.

⁵⁵⁸ Si ha integrazione verticale quando “*two or more successive stages of production and/or distribution of a product are combined under the same control*”, v. R.H. COLE, *General Discussion of Vertical Integration*, in *Vertical Integration in Marketing*, Urbana, 1952, p. 9 citato da L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, cit., 731.

⁵⁵⁹ Per una breve analisi – e critica – dell'evoluzione interpretativa nel diritto statunitense, v. L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, cit., 717-722 e 731-736. V. anche H. HOVENKAMP, *Robert Bork and Vertical Integration: Leverage, Foreclosure, and Efficiency*, in *79 Antitrust Law Journal* 983 (2014).

⁵⁶⁰ A tal fine, sono state valorizzate in particolare due teorie del danno: *leveraging* e *foreclosure*. Nonostante la linea tra le due teorie non sia netta, mentre si è detto che la prima sanziona lo sfruttamento di una posizione dominante in un mercato per espandersi in un altro, la seconda ha a oggetto lo sfruttamento di tale posizione dominante per svantaggiare i concorrenti in un altro mercato. V. H. HOVENKAMP, *Robert Bork and Vertical Integration*, cit., 988-992 e L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, 731-733.

⁵⁶¹ Per tutti, v. R.H. BORK, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, Basic Books, New York, 1978. Il pensiero di Bork è esaminato da H. HOVENKAMP, *Robert Bork and Vertical Integration*, cit., in particolare 992-1001. Con l'amministrazione Reagan, negli anni '80 l'approccio all'integrazione verticale della *Chicago School* è diventato “*national policy*”, v. L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, 735.

escludenti nei confronti dei concorrenti sui mercati a valle e il suo impatto sull'efficienza dinamica⁵⁶².

A ogni modo, alla luce degli sviluppi dei mercati digitali, tale orientamento – non ancor completamente superato – è oggi sempre più criticato. In questo senso, oltre ad alcune voci della dottrina⁵⁶³ e alle pubblicazioni di alcune autorità *antitrust*⁵⁶⁴, non si può non citare la decisione *Google Shopping*. Come già detto, con tale decisione la Commissione ha sanzionato Google per aver sfruttato la propria posizione dominante nel mercato dei motori di ricerca per espandersi in quello a valle dei *comparison shopping services* – affermando così il divieto di *self-preferencing* per le piattaforme dominanti che competono a valle con soggetti che utilizzano i servizi che questa offre a monte⁵⁶⁵. Sebbene non abbia a oggetto una condotta imitativa, questa

⁵⁶² In particolare, “[b]y replacing market transactions with administrative decisions within the firm, they argued, vertical arrangements generated efficiencies that antitrust law should promote. And if integration failed to yield efficiencies, then the integrated firm would have no cost advantages over unintegrated rivals, therefore posing no risk of impeding entry”, v. L.M. KHAN, *Amazon’s Antitrust Paradox*, cit., 733. Anche se in Europa atteggiamenti “estermisti” come quello *chicagoan* non hanno mai completamente attecchito, non sono mancate affermazioni simili a quella appena citata. In particolare, relativamente alle intese verticali, v. Comunicazione della Commissione europea del 19 maggio 2010, *Guidelines on Vertical Restraints*, 2010/C 130/01, punto 98.

⁵⁶³ Per tutti si rimanda ancora una volta ai due ottimi articoli di Lina Khan, v. L.M. KHAN, *Amazon’s Antitrust Paradox*, cit. e L.M. KHAN, *The Separation of Platforms and Commerce*, cit.

⁵⁶⁴ Come già ricordato, per via dei fenomeni della *competition for the market* e della *competition across markets*, il *leveraging* è oggi ritenuto particolarmente importante per fare i conti con le condotte anti-competitive delle piattaforme digitali. V. Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit., p. 65-68 e AGCM – AGCOM – Garante per la protezione dei dati personali, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, cit., p. 107.

⁵⁶⁵ Mentre questo divieto era già stato affermato dalla giurisprudenza comunitaria per il proprietario di un’*essential facility* (v. in particolare Sentenza del Tribunale UE del 17 settembre 2007, *Microsoft Corp. c. Commissione delle Comunità europee*, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, punto 1088), la Commissione, nella Decisione *Google Shopping*, cit., in particolare punti 699-700, lo ha applicato più in generale alle piattaforme dominanti. Il punto è stato poi ribadito in un recente studio della Commissione, dove si legge “*self-preferencing by a dominant firm can be abusive even below this threshold [essential facility] where it is not justified by a pro-competitive rationale and is likely to result in a leveraging of market power. In other words: self-preferencing is not abusive per se, but should be subject to an effects test*”. V. Commissione europea, *Competition policy for the digital era*,

decisione potrebbe – e dovrebbe – aprire la strada alla repressione di altre forme di *leveraging* che avvengono nella *competition across markets*⁵⁶⁶, quali l'appropriazione delle idee innovative dei concorrenti di dimensioni minori. Infatti, il *self-preferencing* e la condotta imitativa in esame producono effetti analoghi: esclusione dei concorrenti nei mercati a valle e rafforzamento della posizione dominante della piattaforma.

A ulteriore conferma degli effetti anti-concorrenziali del *leveraging* nei mercati digitali, considerando le gravi conseguenze della sotto-applicazione del diritto *antitrust* in uno scenario in cui la concorrenza avviene per il mercato e il potere delle piattaforme dominanti è rafforzato dalle barriere all'entrata erette dai *network effects* e dai *big data*, si è addirittura ventilata l'introduzione di una presunzione relativa di illiceità⁵⁶⁷. Così, una volta provata l'esistenza della condotta anti-competitiva, sarà la piattaforma dominante a dover dimostrare che questa produce efficienze superiori al suo impatto negativo sulla concorrenza. Più precisamente, per via della natura *multi-sided* delle piattaforme, si deve considerare l'impatto della condotta su entrambi i

cit., p. 66. In ogni caso, questa decisione non è andata esente da critiche, tra gli altri, anche se di poco anteriore alla pubblicazione del testo della decisione, v. P. AKMAN, *The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law*, in (2) *Journal of Law, Technology and Policy* 301 (2017).

⁵⁶⁶ Infatti, come affermato dal primo direttore del DG COMP e oggi giudice del Tribunale UE Johannes Laitenberger, “*once we do have a view and we can show that a behaviour is harming consumers, we should, must have the necessary courage and act. Even if it implies challenging received wisdom*”, v. J. LAITENBERGER, *Competition enforcement in digital markets: using our tools well and a look at the future, 14th Annual Conference of the GCLC “Remedies in EU Competition Law: Substance, Process & Policy”*, 31 gennaio 2019, p. 5 disponibile a https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2019_03_en.pdf

⁵⁶⁷ Già H.A. SHELANSKI, *Information, Innovation, and Competition Policy*, cit., 1701, in relazione alla condotta imitativa in esame – e al caso del “*raising rivals’ costs*” – siccome un “*reticent enforcement is likely to do more harm than aggressive enforcement*”, ha affermato la necessità di uno “*shift away from broad prescriptions of laissez-faire antitrust enforcement in digital platform markets*”. Recentemente, in modo più esplicito, la Commissione ha proposto l'introduzione di una presunzione relativa di anti-competitività – il che è ribadito, in particolare, nella trattazione del *self-preferencing*. V. Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit., pp. 51, 66 e 71.

versanti⁵⁶⁸. Il che, per quanto riguarda la condotta imitativa in esame, spesso significa bilanciare i vantaggi in termini di minor prezzo per i consumatori nel breve periodo (efficienza statica) e di libertà di imitazione per le piattaforme (efficienza dinamica) con il disincentivo all'innovazione per gli utenti commerciali nel lungo periodo (efficienza dinamica)⁵⁶⁹. E ai fini di questa valutazione, come si dirà nelle conclusioni di questo capitolo (v. *infra*, Sezione III, paragrafo 3.)⁵⁷⁰, mi sembra necessario un profondo ripensamento del tradizionale concetto di *consumer welfare*. In primo luogo, come già tentato dalla *Post-Chicago School* [v. *supra*, Sezione I, paragrafo 1.1.4.), occorre superare la visione *chicagoan* del *consumer welfare* per prestare maggiore attenzione all'efficienza dinamica⁵⁷¹ – soprattutto in mercati, quali

⁵⁶⁸ Nell'ambito analogico, il Tribunale ha già interpretato l'art. 101.3 TFUE in modo tale da considerare “*the advantages arising from the agreement in question, not only for the relevant market [...] but also, in appropriate cases, for every other market on which the agreement in question might have beneficial effects, and even, in a more general sense, for any service the quality or efficiency of which might be improved by the existence of that agreement*”, v. Sentenza del Tribunale UE *Compagnie Générale Maritime*, cit., punto 343. Riguardo alle piattaforme digitali, tra gli altri, v. J.U. FRANCK – M. PEITZ, *Market Definition and Market Power*, cit., p. 43 e H.A. SHELANSKI – S. KNOX – A. DHILLA, *Network effects and efficiencies in multi-sided markets*, in OECD, *Rethinking Antitrust Tools*, cit., pp. 192-195.

⁵⁶⁹ Per l'analisi dell'impatto dell'entrata delle piattaforme nei mercati a valle, v. F. ZHU – Q. LIU, *Competing with Complementors*, cit. e F. ZHU, *Friends or foes? Examining platform owners' entry into complementors' space*, in 28 *Journal of Economics & Management Strategy* 23 (2019) disponibile a <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/jems.12303>. Inoltre, si deve ricordare che non si tratta di una misurazione economica, ma di un bilanciamento tra interessi di soggetti diversi, v. F. DENOZZA, *The Future of Antitrust: Concern for the Real Interests at Stake, or Etiquette for Oligoplists?*, in *Orizzonti di diritto Commerciale*, 2017, 1, in particolare pp. 17-20, dove si legge che “[the efficiency theory] way of framing the relevant balancing as a balance between static v. dynamic efficiency, is rather misleading. [...] [T]he ascertainment of antitrust violations [...] involves a balancing not of effects but of conflicting interests pertaining to different classes of consumers”. Il che, collegandoci a quanto affermato nel prosieguo del testo, forse potrebbe permettere di tenere a mente anche i diversi interessi – non economici – di cui sono portatori i soggetti coinvolti.

⁵⁷⁰ L'argomento è solo accennato in questa sede. Per la sua trattazione e per gli opportuni riferimenti si rimanda alle conclusioni.

⁵⁷¹ Nonostante sia opinione diffusa in dottrina che, nel lungo periodo, la promozione dell'efficienza dinamica sia più importante rispetto a quella statica, v. H. HOVENKAMP, *Antitrust and Innovation:*

quelli digitali, in cui la qualità e l'innovazione sono un parametro fondamentale della concorrenza. In secondo luogo, andando oltre la dimensione economica, l'attuale forte concentrazione del potere nelle mani delle piattaforme digitali⁵⁷² porta ancora una volta a interrogarsi sulla funzione del diritto *antitrust* e sull'opportunità di recuperare la ricchezza culturale dalla quale è nato lo Sherman Act negli Stati Uniti e l'ordoliberalismo in Europa⁵⁷³.

Dopo aver gettato le fondamenta della teoria del danno, nel prosieguo si analizzeranno due ipotesi di *leveraging* per mezzo dell'imitazione delle idee innovative di imprese di minori, assumendo come criterio distintivo la presenza o meno di queste ultime all'interno dell'ecosistema della piattaforma imitante. Come è evidente, l'aggressività della condotta è accentuata nel primo caso dall'esistenza di un conflitto di interessi derivante dal ruolo duale di regolatore e concorrente delle piattaforme.

Where We Are and Where We Should Be Going, in 77 *Antitrust Law Journal* 749 (2011), la prassi applicativa e la giurisprudenza, al di fuori del settore delle concentrazioni e a eccezione del celebre caso *Microsoft*, hanno raramente fondato la teoria del danno sull'efficienza dinamica, v. L.M. KHAN, *The Separation of Platforms and Commerce*, cit., 1029.

⁵⁷² Questa concentrazione del potere di mercato non rileva solo sul piano economico, ma – tra gli altri – anche su quello del *free speech*. Per esempio, in una lettera al DoJ, alcuni editori americani hanno affermato che “*as Amazon decides to boost the sales of some books and authors and to choke off the sale of others, publishers may choose to publish more books that Amazon is likely to favor and fewer books that Amazon is likely to disfavor. This would clearly interfere with the free, vigorous, and competitive exchange of ideas in our society*”, v. Lettera di Authors United a William J. Baer, Assistant Att’y Gen., Antitrust Div., Dep’t of Justice, 14 luglio 2015 disponibile a <https://openmarketsinstitute.org/wp-content/uploads/2018/05/NA-Authors-United-Letter.pdf>. Ancora, l'importanza dei contenuti video su Facebook ha portato alcune testate giornalistiche a licenziare giornalisti per assumere produttori di video, v. A.C. MADRIGAL – R. MEYER, *How Facebook’s Chaotic Push Into Video Cost Hundreds of Journalists Their Jobs*, 18 ottobre 2018 disponibile a <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2018/10/facebook-driven-video-push-may-have-cost-483-journalists-their-jobs/573403/>

⁵⁷³ Più in generale, il ritorno a un diritto *antitrust* come limite al potere privato (dove l'efficienza economica è solo uno degli interessi tutelati) è oggi sostenuto dal c.d. *Neo-Brandeis Movement*, v. *infra*, Sezione III, paragrafo 3.

7.1. *Le piattaforme che imitano i loro utenti commerciali: una nuova concezione del margin squeeze*

Gli utenti commerciali delle piattaforme digitali si trovano stretti tra due fuochi. Da un lato, essi hanno bisogno delle seconde per svolgere la loro attività – bisogno che è tanto più intenso quanto più è forte la posizione dominante di queste ultime. Dall'altro, però, entrando in tale ecosistema, essi forniscono alle piattaforme un'enorme quantità di dati, la quale potrebbe poi essere utilizzata dalle seconde per scegliere i prodotti da imitare.

Più precisamente, con particolare riguardo ad Amazon – ma la conclusione mi sembra valida per tutte le piattaforme che imitano i propri utenti commerciali per massimizzare il proprio profitto – studi empirici hanno dimostrato che il rischio di imitazione è tanto più elevato quanto più il successo dei prodotti dei secondi è alto, lo sforzo necessario per ottenerlo è basso e gli investimenti che gli utenti commerciali devono effettuare per operare sulla piattaforma sono bassi⁵⁷⁴. Di talché, gli utenti commerciali si trovano davanti al c.d. “*swimming with sharks dilemma*”⁵⁷⁵. Devono cioè decidere se operare sulla piattaforma correndo il rischio di essere imitati – e probabilmente spinti ai margini del mercato – o rinunciare a operare in tali

⁵⁷⁴ F. ZHU – Q. LIU, *Competing with Complementors*, cit., tali ipotesi sono formulate alle pp. 7-9 dell'estratto e poi confermate nel prosieguo. Gli Autori ricordano che vi sono anche casi – come Intel – in cui la piattaforma decide di competere con (non di imitare) i suoi utenti commerciali quando la qualità dei prodotti di questi ultimi non è ritenuta soddisfacente. In questi casi, il fine è la soddisfazione del consumatore e la motivazione dell'utente commerciale attraverso la concorrenza, v. anche F. ZHU, *Friends or foes?*, cit., 25. A ogni modo, l'intento pro-competitivo non basta a rendere lecita tale condotta (se posta in essere da un'impresa dominante), ma è necessario valutare gli effetti escludenti sui concorrenti. Infatti, come chiarito dalla giurisprudenza comunitaria, l'impresa dominante non può escludere i concorrenti dal mercato – ovviamente per mezzo di una condotta non rientrante nella concorrenza *on the merits* – in quanto ritiene di bassa qualità i loro prodotti, v. Sentenza del Tribunale UE del 12 dicembre 1991, Hilti AG c. Commissione delle Comunità europee, T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70, punto 118, confermata in appello, v. Sentenza della Corte di Giustizia UE del 2 marzo 1994, Hilti AG c. Commissione delle Comunità europee, C-53/92 P, ECLI:EU:C:1994:77.

⁵⁷⁵ F. ZHU – Q. LIU, *Competing with Complementors*, cit., p. 7 dell'estratto.

mercati. Verosimilmente, un utente razionale correrà tale rischio solo se in grado di ottenere un profitto prima dell'entrata della piattaforma nel mercato a valle; se, in altri termini, c'è quello che un tempo si chiamava *lead time* (v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 3.). Insomma, per gli utenti commerciali la concorrenza in questi casi diventa una gara dalla quale, al più, si può trarre qualche profitto, ma che non può essere vinta.

Dopo anni di inattività, anche le autorità *antitrust* sono oggi sempre più consapevoli dell'effetto anti-concorrenziale di questo "stritolamento" dei concorrenti da parte delle piattaforme digitali e hanno iniziato a indagare sulla naturale duale delle seconde (regolatori del mercato e concorrenti)⁵⁷⁶. In particolare, a seguito

⁵⁷⁶ Nonostante il più importante precedente in materia resti la più volte citata decisione *Google Shopping*, la Commissione sta altresì indagando sulla natura duale di Amazon e, anche se formalmente le indagini non sono state ancora aperte, di Apple, v. rispettivamente Commissione europea, *Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon* (*press release*), 17 luglio 2019 disponibile a https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291 e <https://www.timetoplayfair.com/timeline/> (sito creato da Spotify per mostrare gli abusi di Apple nei suoi confronti a favore di Apple Music). A livello nazionale, indagini nei confronti di Amazon sono state svolte anche dall'autorità tedesca e da quella austriaca (entrambe chiusesi con l'apertura di quelle della Commissione) e, relativamente alla condotta discriminatoria nei confronti degli utenti che non utilizzano il servizio logistico di Amazon, anche dall'AGCM, v. rispettivamente Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt obtains far-reaching improvements*, cit., Austrian Federal Competition Authority, *BWB informs: Amazon modifies its terms and conditions* (*press release*), 17 luglio 2019 disponibile a https://www.bwb.gv.at/en/news/detail/news/bwb_informs_amazon_modifies_its_terms_and_conditions-1/ e AGCM, *A528 - Amazon: avviata istruttoria su possibile abuso di posizione dominante in marketplace e-commerce e servizi di logistica* (comunicato stampa), 16 aprile 2019 disponibile a <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2019/4/Amazon-avviata-istruttoria-su-possibile-abuso-di-posizione-dominante-in-marketplace-e-commerce-e-servizi-di-logistica>. Inoltre, l'autorità *antitrust* olandese ha aperto un'indagine nei confronti di Apple riguardo alla posizione delle applicazioni olandesi di informazione all'interno dell'App Store, v. Netherlands Authority for Consumers and Markets, *ACM launches investigation into abuse of dominance by Apple in its App Store* (*press release*), 11 aprile 2019 disponibile a <https://www.acm.nl/en/publications/acm-launches-investigation-abuse-dominance-apple-its-app-store>

dell'inchiesta della Commissione nel settore dell'*e-commerce*⁵⁷⁷ e delle lamentele di numerosi utenti, la Commissione ha iniziato a indagare sull'uso che Amazon fa dei dati di questi ultimi per favorire i propri prodotti, prima inviando questionari agli utenti commerciali e successivamente aprendo una formale indagine⁵⁷⁸. A ogni modo, nel Comunicato stampa la Commissione si è limitata ad affermare che la condotta di Amazon verrà valutata alla luce degli artt. 101 e/o 102 TFUE, senza indicare la teoria del danno che ritiene applicabile. Anche se ciò non sorprende particolarmente – dal momento che la condotta sotto indagine è sconosciuta nell'ambito analogico e l'unico precedente rilevante è attualmente al vaglio del Tribunale⁵⁷⁹ – non si può nascondere che la teoria del danno resta avvolta da un alone di incertezza.

Un primo spunto per diradare questa incertezza si può trarre dalla giurisprudenza e dalla prassi comunitaria in materia di associazioni e federazioni sportive, dove si trova già enunciato il principio per cui i soggetti che svolgono un'attività di regolazione di un mercato non possono approfittare di tale posizione per avvantaggiare le loro attività economiche⁵⁸⁰. Per quanto tali precedenti rappresentino un utile argomento a favore dell'equità nei rapporti *platform-to-business* (P2B), essi

⁵⁷⁷ Commissione europea, *Commission staff working document accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, 10 maggio 2017, COM(2017) 229 final.

⁵⁷⁸ Per un commento – anche se di otto mesi precedente alla formale apertura delle indagini – v. T. HÖPPNER – P. WESTERHOFF, *The EU's Competition Investigation into Amazon's Marketplace*, 2018 disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3495203, dove si ipotizzano anche le possibili teorie del danno (pp. 3-6 dell'estratto).

⁵⁷⁹ Per il ricorso di Google e Alphabet contro la decisione *Google Shopping*, v. *Action brought on 11 September 2017 – Google and Alphabet v Commission* (Case T-612/17) disponibile a <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=196224&doclang=EN>

⁵⁸⁰ Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit., pp. 62-63, che cita la Sentenza della Corte di Giustizia del 18 luglio 2006, David Meca-Medina e Igor Majcen c. Commissione delle Comunità europee, C-519/04 P, ECLI:EU:C:2006:492, punto 47 e la Decisione della Commissione del 8 dicembre 2017, *International Skating Union's Eligibility rules*, AT. 40208, punto 173, dove si afferma esplicitamente che “[t]he exercise of the ISU's regulatory power should [...] be subject to restrictions, obligations and review to avoid a distortion of competition by favouring its own events and/or those of its Members above those of third party organisers”.

non bastano però a fondare la teoria del danno. A tal fine, per ragioni di certezza del diritto, mi sembra opportuno prendere le mosse da una figura tradizionale e adattarla alle caratteristiche della concorrenza nell'ambito digitale. In particolare, lo “stritolamento” dei concorrenti sui mercati a valle da parte delle piattaforme digitali può integrare un caso di *margin squeeze*?⁵⁸¹

Come detto a suo tempo, si ha *margin squeeze* quando “*a dominant undertaking [...] charge[s] a price for the product on the upstream market which, compared to the price it charges on the downstream market, does not allow even an equally efficient competitor to trade profitably in the downstream market on a lasting basis*”⁵⁸² (v. *supra*, Sezione I, paragrafo 2.4.2.2.). Molto brevemente, questa teoria del danno ha avuto il suo apice negli anni 2000 per reprimere gli abusi nel neo-liberalizzato settore delle telecomunicazioni⁵⁸³ e si fonda oggi sui seguenti elementi: i) non è rischiesto un dovere di contrarre – basato sull’*essential facility doctrine* o previsto da una disciplina settoriale – sul mercato a monte⁵⁸⁴; ii) la condotta – finora intesa in termini di prezzi – è idonea a impedire a un “*as efficient competitor*” di operare sul mercato a valle – sempre che la struttura del mercato permetta l’emersione di un concorrente egualmente efficiente⁵⁸⁵; e iii) la condotta non è oggettivamente necessaria né

⁵⁸¹ Anche se l’analisi è ancora incentrata sui prezzi, si può utilmente consultare F. BOSTOEN, *Online platforms and vertical integration: the return of margin squeeze?*, in 6 *Journal of Antitrust Enforcement* 355 (2018). Con maggior attenzione al ruolo giocato dalla disponibilità di ampi *datasets*, v. I. GRAEF, *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence*, in 38 *Yearbook of European Law* 475-480 (2019).

⁵⁸² Comunicazione della Commissione del 24 febbraio 2009, *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, 2009/C 45/02, punto 80.

⁵⁸³ “*Many telecom incumbents were legally obliged to grant competitors access to their network for a fee (upstream market). If this fee was too high, or the retail price charged by the incumbent too low, entrants could not compete in providing end-users with services (downstream market). In that case, the European Commission would intervene*”, v. F. BOSTOEN, *Online platforms and vertical integration*, cit., 356.

⁵⁸⁴ Per tutti, v. F. BOSTOEN, *Online platforms and vertical integration*, cit., 361-363. Per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali si rimanda *supra*, Sezione I, paragrafo 2.4.2., lett. B).

⁵⁸⁵ Sentenza della Corte di Giustizia UE del 6 ottobre 2015, *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet (Post Danmark II)*, C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651, punti 59-60, dove si legge che “*applying the as-*

produce efficienze maggiori del suo effetto anti-concorrenziale. Astraendo dall'importanza dei prezzi nell'ambito analogico, mi sembra si possa correttamente affermare che si ha *margin squeeze* quando l'impresa dominante sul mercato a monte utilizza tale posizione in modo da escludere i suoi clienti/concorrenti dal mercato a valle.

Così, nell'ambito digitale dove “*price is less important as a parameter of competition, other conditions of access as applied by a dominant firm may form the object of a margin squeeze or a constructive refusal to deal more generally*”⁵⁸⁶. In quest'ottica, pare opportuno sostituire l'analisi dei prezzi con una valutazione complessiva degli elementi che permettono alle piattaforme di “stritolare” i loro clienti/concorrenti sui mercati a valle. In particolare, per via della loro importanza nella *digital economy*, l'analisi deve concentrarsi in particolare sull'accesso ai dati e sui *network effects*⁵⁸⁷. Si badi, non si sta sostenendo che i prezzi non siano più rilevanti, ma che questi rappresentino solo un elemento – non sempre essenziale – di tale valutazione complessiva. Più precisamente, la valutazione della condotta imitativa in esame deve svolgersi sulla base (almeno) dei seguenti elementi: i) il vantaggio competitivo attribuito dai dati alla piattaforma; ii) il grado di dipendenza dei suoi utenti, con particolare attenzione ai *network effects*⁵⁸⁸; iii) eventuale *self-preferencing* della piattaforma; e iv) prezzo (se) richiesto dalla piattaforma ai suoi utenti commerciali per operare nel suo ecosistema e prezzo (se) applicato ai suoi “*copycats*”⁵⁸⁹.

efficient-competitor test is of no relevance inasmuch as the structure of the market makes the emergence of an as-efficient competitor practically impossible. Furthermore, [...] in a market [...], access to which is protected by high barriers, the presence of a less efficient competitor might contribute to intensifying the competitive pressure”.

⁵⁸⁶ I. GRAEF, *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations*, cit., 477.

⁵⁸⁷ Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit., p. 66.

⁵⁸⁸ Non si tratta certo di una novità. Già nell'ambito analogico, difatti, è pacifico che il contenuto della speciale responsabilità di cui sono gravate le imprese dominanti sia direttamente proporzionale all'intensità del loro potere di mercato, v. *supra*, Sezione I, paragrafo 2.

⁵⁸⁹ “*Competition authorities [...] have to test whether the vertically integrated dominant undertaking would have been able to offer its retail services to end-users profitably if it had first been obliged to pay its own wholesale prices*”, v. F. BOSTOEN, *Online platforms and vertical integration*, cit., 376.

Un esempio può chiarire. Si consideri l'attuale indagine su Amazon e, in particolare, la condotta imitativa in esame. In questo caso, la domanda a cui le autorità *antitrust* devono rispondere è la seguente: è possibile per gli utenti commerciali operare sui mercati a valle pagando ad Amazon – in genere – il 15% del prezzo di vendita e trovandosi a competere con un'impresa (Amazon) che dispone di un'enorme quantità di dati relativi alla loro attività sulla piattaforma, che spesso applica un prezzo sensibilmente minore, che non di rado attribuisce ai suoi beni una maggiore visibilità rispetto agli altri e dalla quale sono sempre più dipendenti per via dei *network effects*? Se la risposta – come sembrerebbe essere alla luce dell'analisi effettuata nel paragrafo precedente – è negativa, la condotta di Amazon dovrà ritenersi abusiva in quanto *margin squeeze*. Si noti, peraltro, che l'interrogativo è stato volutamente formulato dal lato degli utenti commerciali anziché da quello della piattaforma per via del diverso rilievo dell'"*as efficient competitor test*" nell'ambito digitale rispetto a quello analogico. Infatti, in presenza di elevate barriere all'entrata⁵⁹⁰ e della "*kill-zone*", l'efficienza dinamica potrebbe richiedere la protezione di concorrenti non egualmente efficienti alla piattaforma, affinché "*smaller firms may have the potential to grow and therefore threaten dominant companies*"⁵⁹¹.

A ogni modo l'Autore ammette che tale soluzione non sempre si attaglia al settore dei motori di ricerca (377). Infatti, in relazione alla decisione *Google Shopping*, dopo aver affermato che nonostante "*this may be the closest we get to a workable test[,] would Google Shopping be profitable if it had to pay Google Search to be listed in its current position, ie on top of the search results?*" – il sistema dell'asta per le migliori posizioni nei risultati di ricerca è stato però adottato da Google in attuazione della decisione della Commissione – ammette che "[p]erhaps a sui generis abuse fits better after all, despite the legal uncertainty it entails" (373).

⁵⁹⁰ Sentenza della Corte di Giustizia UE *Post Danmark II*, cit., punti 59-60. Per una trattazione del tema nei rapporti *P2B*, v. I. GRAEF, *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations*, cit., 484-486.

⁵⁹¹ J. LAITENBERGER, *Competition enforcement in digital markets*, cit., p. 5. Similmente, il Commissario per la concorrenza Margrethe Vestager ha affermato che "*a diverse collection of businesses [...] can help to keep our economy strong and resilient [...] [: diversity is] the secret to innovation*", v. M. VESTAGER, *Strength in diversity*, *Chillin' Competition Conference*, 20 novembre 2018 disponibile a https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/strength-diversity_en

Infine, questa teoria del danno presenta almeno un duplice vantaggio. In primo luogo, per via della non indispensabilità dei prezzi, essa porta a una migliore comprensione e, conseguentemente, repressione di tali forme di *leveraging* nei *zero-price markets* (come i motori di ricerca). In secondo luogo, non essendo legata a una specifica condotta abusiva – nel nostro caso l’imitazione – essa può essere utilizzata per affrontare, in generale, quelle condotte per cui le piattaforme sfruttano la loro natura duale per avvantaggiarsi – ai danni delle imprese che operano nel loro ecosistema – nella concorrenza nei mercati a valle⁵⁹². Per esempio, anche la condotta oggetto della decisione *Google Shopping* potrebbe essere intesa come *margin squeeze*. Infatti, il *self-preferencing* e la ridotta visibilità dei concorrenti derivante dall’algoritmo PANDA nel mercato a monte dei motori di ricerca rappresentano un utilizzo della posizione dominante tale da impedire una concorrenza effettiva nel mercato a valle dei *comparison shopping services*.

7.1.1. Oltre il diritto antitrust: regolazione dei mercati digitali e separazione tra piattaforme e attività economiche nei mercati a valle

Ma l’intervento *ex post* del diritto *antitrust* è sufficiente a proteggere la concorrenzialità dei mercati digitali od occorre anche una regolamentazione *ex ante* dell’attività delle piattaforme?⁵⁹³ L’UE recentemente si è incamminata sulla seconda strada, adottando un regolamento – che entrerà in vigore dal 12 luglio 2020 (art. 19.2) – sui rapporti tra piattaforme e loro utenti commerciali (Reg. UE 1150/2019). Al fine di limitare le possibilità di abuso del potere contrattuale delle piattaforme e

⁵⁹² Questo sembrerebbe essere l’obiettivo di F. BOSTOEN, *Online platforms and vertical integration*, cit. e I. GRAEF, *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations*, cit., 477-479.

⁵⁹³ Non è questa la sede per entrare nell’esame della materia, ma si deve precisare che, dove esistenti, anche le discipline nazionali (non armonizzate a livello comunitario) in materia di abuso di dipendenza economica (in Italia art. 9 l. n. 192/1998) possono essere di interesse al riguardo. Per un’analisi comparatistica, Collège d’Europe, *The Impact of National Rules on Unilateral Conduct that Diverge from Art. 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)*, Final Report, 21 novembre 2012 disponibile a https://ec.europa.eu/competition/calls/tenders_closed.html. Per una breve analisi delle potenzialità di tale disciplina in relazione alla condotta imitativa in esame, v. *infra*, Capitolo III, Sezione II, paragrafo 6.2.1.

dei motori di ricerca nei confronti dei loro utenti commerciali⁵⁹⁴, questo regolamento prevede un regime di trasparenza nei rapporti *P2B* – senza vietare però alcuna condotta⁵⁹⁵. In particolare, per quel che qui interessa, devono essere previsti in modo chiaro nei termini e condizioni contrattuali i casi di limitazione, sospensione e cessazione del servizio di intermediazione – e se posti in essere, tali atti devono essere motivati – (art. 4), i principali parametri che influiscono sul posizionamento dei risultati nell’ordine di ricerca⁵⁹⁶ (art. 5) e gli eventuali trattamenti differenziati per i beni o servizi offerti dalla piattaforma o impresa controllata (art. 7). Inoltre, a scanso di equivoci, nonostante l’art. 9 sia rubricato “*Accesso ai dati*”, il regolamento si limita ancora una volta a prevedere un regime di trasparenza, senza imporre obblighi di condivisione in capo alle piattaforme a favore dei loro utenti commerciali. Infine, gli artt. 11-14 disciplinano i rimedi giudiziali e stragiudiziali a

⁵⁹⁴ Il potere di mercato delle piattaforme e dei motori di ricerca e la conseguente dipendenza dei suoi utenti permettono loro di “*behave unilaterally in a way that can be unfair and that can be harmful to the legitimate interests of their businesses users [– as regards platforms – or of corporate website users – with respect to search engines –] and, indirectly, also of consumers in the Union*” Considerando 2, per le piattaforme, e 4, per i motori di ricerca, Reg. cit. Per semplicità, nel prosieguo, si utilizzeranno i termini piattaforma e utenti commerciali in modo ampio per ricomprendere sia la realtà delle piattaforme che quella dei motori di ricerca.

⁵⁹⁵ Questo “*light touch regulation*” sembra finalizzata a raccogliere informazioni sulle pratiche abusive delle piattaforme, per poi eventualmente adottare “[f]urther measures, including of a legislative nature, [...] if and where the provisions established in this Regulation prove to be insufficient to adequately address imbalances and unfair commercial practices persisting in the sector”, v. Considerando 49. V. I. GRAEF, *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations*, cit., 494. Si deve però precisare che alcuni Stati membri, in sede di attuazione delle direttive sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori e sulle pratiche commerciali scorrette, ne hanno esteso alcune disposizioni anche ai rapporti *B2B*, v. *Ibidem*, 496.

⁵⁹⁶ Il che non pregiudica la tutela del segreto commerciale (art. 5.6). Infatti, “[p]roviders of online intermediation services or of online search engines should not be required to disclose the detailed functioning of their ranking mechanisms, including algorithms, under this Regulation”, v. Considerando 27 Reg. cit.. Inoltre, è possibile influire sul posizionamento nei risultati di ricerca dietro corrispettivo, purché vi sia trasparenza al riguardo (art. 5.3).

tutela di questi ultimi⁵⁹⁷ e l'art. 15 attribuisce agli Stati membri il compito di garantirne l'applicazione della disciplina in esame e sanzionarne le violazioni. Le clausole contrattuali contrarie a quanto previsto da tale regolamento sono nulle (art. 3.3). In ogni caso, nonostante la condivisibilità del *light touch* del Reg. UE 1150/2019, qualora una piattaforma costituisca un'infrastruttura necessaria per operare nei mercati a valle, al regime di trasparenza potrebbero aggiungersi, come già avvenuto in passato in altri settori, anche degli obblighi di neutralità⁵⁹⁸ – cioè degli obblighi volti a impedire condotte discriminatorie della piattaforma nei confronti degli utenti commerciali – e di correttezza⁵⁹⁹.

A ogni buon conto, l'asimmetria informativa esistente tra piattaforme digitali e autorità pubbliche – se particolarmente accentuata – rischia di minacciare l'effettività tanto dell'intervento del diritto *antitrust* quanto di quello regolatorio del legislatore. Si pensi, per esempio, alla difficoltà per le autorità della concorrenza di controllare il rispetto da parte delle piattaforme di un eventuale obbligo di adottare un *firewall* per

⁵⁹⁷ L'art. 11 prevede un sistema di ricorso interno alla piattaforma, gli artt. 12 e 13 disciplinano la mediazione e l'art. 14 le azioni di organizzazioni rappresentative o associazioni e di organismi pubblici.

⁵⁹⁸ Il punto è stato sottolineato su entrambe le sponde dell'Atlantico. In Europa, v. F. BOSTOEN, *Online platforms and vertical integration*, cit., 377-381, che ricorda la Direttiva CE 2002/77 “*on competition in the markets for electronic communications networks and services*” e il più recente Reg. UE 2120/2015 “*laying down measures concerning open internet access and amending Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services and Regulation (EU) No 531/2012 on roaming on public mobile communications networks within the Union*”, che introduce l'obbligo di *net neutrality* per i fornitori di servizi di accesso a Internet (art. 3.3). Questo Autore è poi tornato sul tema in F. BOSTOEN, *Neutrality, fairness or freedom? Principles for platform regulation*, in 7 *Internet Policy Review* 1 (2018). Negli Stati Uniti, v. L.M. KHAN, *Amazon Antitrust Paradox*, cit., 797-802, dove si esaminano brevemente i modelli delle “*public utilities regulations*” e dei “*common carrier duties*”.

⁵⁹⁹ L'idea di una disciplina comunitaria per far fronte alle asimmetrie di potere contrattuale era già stata ventilata da Commissione europea, *Green Paper on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food Supply Chain in Europe*, COM(2013) 37 final disponibile a <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2013/EN/1-2013-37-EN-F1-1.Pdf> e si è concretizzata nel settore alimentare con la Dir. UE 2019/633 (“*on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain*”).

evitare l'integrazione di determinati *set* di informazioni⁶⁰¹. In tali casi, come già avvenuto nell'ambito analogico⁶⁰² e in India⁶⁰³ per le *transaction platforms* straniere, l'unica strada percorribile per preservare la concorrenzialità dei mercati a valle potrebbe essere la separazione tra servizio di intermediazione e attività economica in questi mercati⁶⁰⁴. Il che può richiedere alternativamente alle piattaforme di svolgere

⁶⁰¹ Si vedano, per esempio, i dubbi di Lina Khan riguardo ai rimedi comportamentali adottati dal Justice Department nella concentrazione Google/ITA, v. L.M. KHAN, *The Separation of Platforms and Commerce*, cit., 1071.

⁶⁰² OECD, *Structural separation in regulated industries: Report on implementing the OECD Recommendation*, 2016 disponibile a <https://www.oecd.org/daf/competition/Structural-separation-in-regulated-industries-2016report-en.pdf> e, per una panoramica dei regimi di separazione strutturale nell'esperienza statunitense, v. L.M. KHAN, *The Separation of Platforms and Commerce*, cit., 1034-1060.

⁶⁰³ S. PHARTIYAL, *Walmart, Amazon scrambling to comply with India's new e-commerce rules*, *Reuters*, 31 gennaio 2019 disponibile a <https://www.reuters.com/article/us-india-ecommerce/walmart-amazon-scrambling-to-comply-with-indias-new-e-commerce-rules-idUSKCN1PP1PN>. Molto brevemente, indipendentemente da considerazioni di merito, tra i fattori che hanno reso possibile l'introduzione di questa normativa, non si può non ricordare la distanza del diritto *antitrust* indiano da quello *chicagoan*.

⁶⁰⁴ Si deve precisare che, nell'UE, la Commissione, in caso di violazione degli artt. 101 o 102 TFUE, “*may impose [...] any behavioural or structural remedies which are proportionate to the infringement committed and necessary to bring the infringement effectively to an end. Structural remedies can only be imposed either where there is no equally effective behavioural remedy or where any equally effective behavioural remedy would be more burdensome for the undertaking concerned than the structural remedy*” (art. 7.1 Reg. UE 1/2003). A ogni modo, nonostante i rimedi strutturali siano spesso utilizzati nel controllo sulle concentrazioni, gli unici casi in cui la Commissione ha proceduto in tal senso per reprimere intese o abusi di posizione dominante, si sono fondati sull'art. 9.1 (impegni proposti dalle imprese interessate per fare cessare un'infrazione), anziché sull'art. 7.1 Reg. cit., v. W. WANG, *Structural Remedies in EU Antitrust and Merger Control*, in 34 *World Competition* 585-587 (2011). Tuttavia – ed è questa la ragione per cui il tema è trattato in questo paragrafo – anche il legislatore può prevedere un tale regime (ovviamente non nel caso concreto, ma in via generale e astratta). Per una trattazione dei regimi di separazione strutturale nell'ambito digitale, v., negli Stati Uniti, L.M. KHAN, *The Separation of Platforms and Commerce*, cit., 1034-1086 e, in Europa, R. FEASEY– J. KRÄMER, *Implementing Effective Remedies for Anti-competitive Intermediation Bias on Vertically Integrated Platforms*, *Cerre*, ottobre 2019, in particolare pp. 31-33 disponibile a https://www.cerre.eu/sites/cerre/files/cerre_intermediationbiasremedies_report.pdf

l'attività di intermediazione e quella commerciale attraverso distinte entità (c.d. *functional separation*) oppure, più drasticamente, vietare alle piattaforme di operare – anche attraverso società controllate – nei mercati a valle (c.d. *full structural separation*)⁶⁰⁵ – quest'ultima è la soluzione che è stata adottata in India⁶⁰⁶. Più precisamente, un regime di separazione strutturale è l'*extrema ratio*⁶⁰⁷ davanti all'inesorabile effetto anti-competitivo dell'integrazione verticale delle piattaforme dominanti e, in quanto tale, richiede un'attenta valutazione del ruolo di *gatekeeper* di queste ultime, dell'elevatezza e della stabilità nel tempo delle barriere all'entrata e del prevedibile impatto sull'efficienza (statica e dinamica) dei mercati coinvolti⁶⁰⁸. A livello comunitario⁶⁰⁹, in particolare in relazione ai motori di ricerca (*i.e.* Google), già nel 2014 il Parlamento Europeo ha invitato la Commissione a valutare rimedi strutturali a tutela della concorrenzialità dei mercati digitali, tra i quali viene sottolineata in particolare la separazione strutturale tra motori di ricerca e attività commerciali⁶¹⁰. Più cautamente, come già detto, nella decisione *Google Shopping* la

⁶⁰⁵ L.M. KHAN, *The Separation of Platforms and Commerce*, cit., 1079. Dove si sottolinea altresì che il rispetto della prima soluzione da parte delle piattaforme è più difficile da monitorare, in particolare per via delle asimmetrie informative tra piattaforme e autorità pubbliche.

⁶⁰⁶ “Another rule blocks entities in which an e-commerce firm, or any of its group companies, owns a stake from selling its products on that firm’s marketplace”, v. S. PHARTIYAL, *Walmart, Amazon scrambling to comply with India’s new e-commerce rules*, cit.

⁶⁰⁷ Il punto, già previsto espressamente dall’art. 7.1 e dal considerando 12 Re. 1/2003, è stato ribadito, con particolare riguardo alle piattaforme digitali, dalla Commissione, v. Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit., pp. 67-68 e N. LOMAS, *Don’t break up big tech — regulate data access, says EU antitrust chief*, *TechCrunch*, 11 marzo 2019 disponibile a <https://techcrunch.com/2019/03/11/dont-break-up-big-tech-regulate-data-access-says-eu-antitrust-chief/>

⁶⁰⁸ L.M. KHAN, *The Separation of Platforms and Commerce*, cit., 1073 e 1081-1082.

⁶⁰⁹ Per una breve ricostruzione del dibattito sul regime di separazione strutturale nell’UE, relativamente a Google, v. F. BOSTOEN, *Online platforms and vertical integration*, cit., 373-375 e 379.

⁶¹⁰ “[O]nline search market is of particular importance in ensuring competitive conditions within the digital single market, given the potential development of search engines into gatekeepers and the possibility they have of commercialising secondary exploitation of information obtained; [the European Parliament] calls, therefore, [...] on the Commission to consider proposals aimed at

Commissione ha optato per un obbligo di neutralità in capo a Google, il quale è stato però lasciato libero di individuare i mezzi per attuarlo⁶¹¹. A tal fine, quest'ultimo ha annunciato l'adozione di un regime di *functional separation*⁶¹² per Google Shopping e ha permesso a tutti i *comparison shopping services* di accedere ai migliori posizionamenti nei risultati di ricerca su Google Search tramite un'asta – alla quale ovviamente partecipa anche Google Shopping. Nonostante le parvenze di neutralità di tale soluzione, nel 2018 19 motori di ricerca verticale hanno indirizzato una lettera al Commissario per la concorrenza Margrethe Vestager, dove sostengono che “*without full ownership unbundling (structural separation), Google Shopping's participation in the auction is essentially meaningless*”⁶¹³. Google difatti vince anche se perde: o Google Shopping vince l'asta e ottiene il posizionamento migliore o la perde e a Google viene versato il corrispettivo⁶¹⁴. Da ultimo, la Commissione ha ribadito che tale soluzione rappresenta l'*extrema ratio*, in caso di ineffettività di interventi – in particolare, una disciplina sull'accesso ai dati (v. *infra*, Sezione III, paragrafi 1. ss.) – meno limitativi della libertà di iniziativa economica delle piattaforme⁶¹⁵.

unbundling search engines from other commercial services as one potential long-term means of achieving the aforementioned aims”, v. Risoluzione del Parlamento Europeo del 27 novembre 2014 “*on supporting consumer rights in the digital single market*”, 2014/2973(RSP), punto 15.

⁶¹¹ Decisione *Google Shopping*, cit., punto 699.

⁶¹² Cioè Google e Google Shopping sono entità formalmente distinte, anche se entrambe controllate dallo stesso soggetto, v. A. WHITE, *Google to Create Shopping Service Unit to Satisfy EU, Bloomberg*, 26 settembre 2017 disponibile a <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-09-26/google-said-to-split-off-shopping-service-to-meet-eu-demands>

⁶¹³ La lettera è disponibile a http://www.foundem.co.uk/Open_Letter_Commissioner_Vestager_Feb_2018.pdf. La Commissione ha inviato ai concorrenti di Google Shopping dei questionari per valutare l'effettività delle misure adottate da Google per dare attuazione alla decisione *Google Shopping*, v. N. HIRST, *Vestager kicks off new chapter in Google Shopping probe, Politico*, 16 febbraio 2018 disponibile a <https://www.politico.eu/article/commission-probes-google-shoppings-antitrust-remedy-document/>

⁶¹⁴ Si tratta del fenomeno dei c.d. “*wooden dollars*”, v. R. FEASEY– J. KRÄMER, *Implementing Effective Remedies*, cit., pp. 41-46, che individuano il *margin squeeze* come possibile rimedio.

⁶¹⁵ V. *supra*, nt. 607.

A ogni modo, questa riemersione della separazione strutturale nell'attuale dibattito sulla concorrenza nella *digital economy* impone di analizzare le ragioni a favore e contro tale regime⁶¹⁶. In sintesi, tra le prime due sono gli argomenti principali. In primo luogo, i rimedi strutturali – a differenza di quelli comportamentali – eliminano alla radice gli incentivi per un'impresa a comportarsi in modo anti-concorrenziale e, in secondo luogo, essi sono notevolmente più semplici da applicare e monitorare⁶¹⁷. Così, affinché le asimmetrie informative tra piattaforme e autorità pubbliche non sottraggano le prime al controllo delle seconde, un regime di separazione strutturale potrebbe assicurare la chiarezza e la prevedibilità necessarie alle imprese per competere sui mercati a valle⁶¹⁸. Tuttavia, non si può neanche ignorare che tale regime potrebbe riflettersi in una riduzione dell'efficienza statica e un disincentivo agli investimenti e all'innovazione per le piattaforme⁶¹⁹. È allora necessario, come sempre avviene in caso di interessi contrastanti, un bilanciamento tra maggiore efficienza dinamica degli utenti commerciali nei mercati a valle, da una parte, e ridotta efficienza statica e disincentivo all'investimento per le piattaforme, dall'altra⁶²⁰. In altri termini, è da preferirsi un'innovazione centralizzata (piattaforme) o decentralizzata (utenti commerciali)? Nonostante la risposta dipenda dalle caratteristiche dei singoli mercati⁶²¹, alcuni Autori⁶²² hanno osservato che non solo la seconda, di norma, tende a segnare una rottura più radicale col passato⁶²³, ma

⁶¹⁶ Al riguardo, v. L.M. KHAN, *The Separation of Platforms and Commerce*, cit., in particolare 1070-1072 e 1075-1085.

⁶¹⁷ *Ibidem*, il tema torna più volte nell'articolo, per il primo argomento v. già 980, per il secondo 1059.

⁶¹⁸ Siccome “*subtle forms of favoritism are numerous and difficult to detect*”, l'introduzione dei regimi in esame “*accept[s] some degree of error in return for clarity and predictability*”, v. *Ibidem*, 1059.

⁶¹⁹ *Ibidem*, 1080-1081.

⁶²⁰ *Ibidem*, 1081-1082.

⁶²¹ M.A. LEMLEY, *Industry-Specific Antitrust Policy for Innovation*, in 2011 *Columbia Business Review* 651-652 (2011).

⁶²² Le argomentazioni immediatamente successive sono riprese da L.M. KHAN, *The Separation of Platforms and Commerce*, cit., 1081.

⁶²³ T. WU, *Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement if Innovation Mattered Most*, in 78 *Antitrust Law Journal* 318 (2012), che ricorda che “[w]hen a dominant firm innovates it is most likely

essa spesso favorisce anche – per via della pressione concorrenziale esercitata dai concorrenti esterni – le “*disruptive innovations*” delle imprese più grandi⁶²⁴. E ancora, da un altro punto di vista, in tale valutazione non si può neanche ignorare l’impatto che la concentrazione del potere (non solo) economico nelle mani di poche piattaforme digitali ha su interessi diversi dall’efficienza del mercato⁶²⁵ (v. *infra*, Sezione III, paragrafo 3.).

In conclusione, due considerazioni meritano ancora di essere svolte. In primo luogo, il secondo argomento a favore dell’innovazione decentralizzata appena riportato si attaglia solo parzialmente alla separazione strutturale. Questo difatti, da un lato, mostra che l’innovazione decentralizzata, costituendo spesso il pungolo per l’innovazione centralizzata, è la colonna portante dell’efficienza dinamica, dall’altro però, la seconda non può avvenire se le piattaforme non possono operare nei mercati a valle⁶²⁶. In secondo luogo, la parzialità dell’attuale comprensione tanto del funzionamento dei mercati digitali e delle sue implicazioni sulla società in generale quanto dei possibili interventi *antitrust* e regolatori impone di accertare in modo rigoroso, alla luce della situazione esistente sui singoli mercati, l’effettiva assenza di

*to follow the path it has already blazed, lest it lose the value of its existing investments” e M.A. LEMLEY – L. LESSIG, *The End of End-to-End*, cit., p. 49 dell’estratto, dove si legge “[monopoly firms tend] to follow established research paths that lead to what one might call “regularized innovation” [...]. By contrast, competition is much more likely to spur innovation that marks a radical departure from the past”.*

⁶²⁴ “Established firms tend to innovate when they actually face a challenge from a startup or an outsider”, v. T. WU, *Taking Innovation Seriously*, cit., 318.

⁶²⁵ Infatti, gli obiettivi alla base dei regimi di separazione strutturale non sono solo economici, v. L.M. KHAN, *The Separation of Platforms and Commerce*, cit., 1049-1060, dove si legge “[a]lthough policymakers applied structural limits in a variety of sectors, six justifications recur: (1) eliminating conflicts of interest, (2) preventing cross-financing that would extend existing dominance, (3) preserving system resiliency, (4) promoting diversity, (5) preventing excessive concentration of power, and (6) prioritizing administrability” (1049). Così, “[s]everal of the policy goals [...] can [...] be understood as appealing to a broader set of democratic and institutionalist values” (1060).

⁶²⁶ O meglio, l’effetto di pungolo per l’innovazione centralizzata continua a prodursi solo per le altre grandi imprese nei mercati a valle.

rimedi alternativi⁶²⁷ e – evitando apriorismi – della maggior efficienza dell’innovazione decentralizzata. Tuttavia, quando ciò sia accertato, le autorità *antitrust* e il legislatore comunitario devono avere il coraggio – e la prontezza – di seguire questa strada.

7.2. *Le piattaforme che imitano imprese che non operano nel loro ecosistema*

Le cose si complicano quando l’imitato non opera nell’ecosistema della piattaforma imitante. A differenza di quanto detto per il caso opposto, difatti, tale condotta non solo non è inquadrabile in una teoria del danno già collaudata – anche se rivisitata – come il *margin squeeze*, ma il tema finora non è neanche stato affrontato in dottrina e giurisprudenza. Prima di addentrarci nella trattazione, mi sembra opportuno fare un’avvertenza e una considerazione sistematica. In primo luogo, si deve notare che, senza l’attenzione e la cautela necessarie all’elaborazione della teoria del danno, questa rischia di diventare un letto di Procuste. Come già accennato, in assenza di una privativa e di pericolo di confusione, è opinione consolidata che l’imitazione abbia una duplice funzione pro-competitiva⁶²⁸. Da un lato, l’entrata di nuove imprese nel mercato porta a prezzi più bassi (efficienza statica) e, dall’altro, ciò permette la diffusione delle idee innovative, il che favorirà ulteriormente l’innovazione (efficienza dinamica). Pertanto, una teoria del danno superficiale rischierebbe, a seconda dei casi, di deprimere l’innovazione delle piattaforme o lasciare le *startup* innovative prive di tutela. In secondo luogo, non si può non notare che tradizionalmente il ramo del diritto che ha a che fare con l’imitazione è quello della proprietà intellettuale, anziché l’*antitrust*. Rifuggendo da rigide compartimentazioni,

⁶²⁷ Tra questi, vanno certamente ricordati: i) intervento *ex post* del diritto *antitrust*; ii) regime di trasparenza; iii) obblighi di neutralità e correttezza; e iv) disciplina sull’accesso ai dati. Inoltre, non si possono neanche trascurare le potenzialità di rimedi giurisdizionali come l’azione delle organizzazioni rappresentative, di associazioni o di organismi pubblici prevista dall’art. 14 Reg. UE 1150/2019. Per l’analisi di alcuni rimedi all’effetto anti-concorrenziale dell’integrazione verticale delle piattaforme, v. R. FEASEY– J. KRÄMER, *Implementing Effective Remedies*, cit., pp. 27-48.

⁶²⁸ Per tutti, v. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 96. Sul punto, v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 3. in particolare.

ciò si spiega in modo molto semplice. La condotta che ci si accinge a esaminare, difatti, presenta un potenziale anti-concorrenziale solo nella misura in cui sia posta in essere da una piattaforma digitale dominante. Più precisamente, ciò che la rende abusiva non è tanto la diversa dimensione dei soggetti coinvolti, ma il potere che è conferito all'imitante dai *big data* e dai *network effects*. Pertanto, qualora l'impatto dell'imitazione sia tale da minacciare l'efficienza (dinamica) del mercato nel suo complesso, il diritto *antitrust* non può che intervenire⁶²⁹.

Fondandosi su quanto detto in precedenza riguardo all'effetto anti-concorrenziale dell'imitazione da parte delle piattaforme (v. *supra*, paragrafo 7.), si proverà ora a definire i lineamenti di questa nuova teoria del danno, che si potrebbe chiamare “*predatory imitation*”⁶³⁰. A tal fine, come ricordato in conclusione della trattazione sul potere di mercato (v. *supra*, paragrafo 6.1.), è necessario prendere le mosse dagli inediti risvolti anti-competitivi che questo può avere nei mercati digitali. Così, che cos'è che differenzia l'imitazione delle piattaforme da quella delle imprese

⁶²⁹ H.A. SHELANSKI, *Information, Innovation, and Competition Policy*, cit., 1700.

⁶³⁰ L'esistenza di pratiche predatorie diverse dal *predatory pricing* sono già state studiate in passato, v. T. CALVANI – N.W. AVERITT, *Non-Price Predation: An Introduction*, in 16 *J. Reprints Antitrust L. & Econ.* XIII (1986), dove si legge “[p]ut simply, non-price predation is strategic behavior designed to raise a rival's costs. All predatory schemes operate on the same basic principle. They are designed to let the predator sell his goods at a significantly lower price than those of the target company, so that the target firm will lose market share and perhaps eventually leave the industry”. Più recentemente, uno studio sulla teoria emergente della “*predatory innovation*” ha affermato che “[t]his is not necessarily the case for predatory innovation that can aim at purely and simply foreclose [rivals]”, v. T. SCHREPEL, *Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition*, in 21 *SMU Science and Technology Law Review* 71-72 (2018). Analogamente, quella che si è chiamata *predatory imitation* mira all'esclusione dei concorrenti e/o all'accentuazione della posizione dominante della piattaforma per mezzo dell'espansione in nuovi mercati. Si ricordi che, come esposto in precedenza l'obiettivo delle piattaforme digitali dominanti non è tanto la massimizzazione del profitto, ma la crescita nel lungo periodo (v. *supra*, paragrafo, 7.). Per uno spunto in tal senso, v. AGCM, provv. n. 4398 [A102] del 7 novembre 1996, *Assoutenti/Alitalia*, con la quale l'AGCM ha sanzionato come abuso di posizione dominante la sistematica “francobollatura” delle iniziative di un concorrente da parte di un'impresa dominante. Tale decisione è portata come esempio di pratica persecutoria – assieme, tra gli altri, al *raising rival's cost* – da M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 332.

dominanti nell'ambito analogico? Si immagina una catena di supermercati dominante che decide di imitare i prodotti più in voga del momento⁶³¹. Mentre in questo caso l'impresa dominante ha dalla sua maggiori capacità finanziarie e l'affermazione sul mercato – che può riflettersi, per esempio, nella semplicità per i consumatori di acquistare un prodotto al supermercato, anziché andare nel negozio dell'imitato – le piattaforme hanno un potere di mercato notevolmente più elevato. Infatti, come ricordato in precedenza, queste ultime, da un lato, dispongono di enormi *datasets* – contenenti, tra gli altri, dati sui prodotti cercati e non trovati sulla piattaforma⁶³² – che riducono notevolmente i costi necessari per sviluppare un prodotto e il rischio di insuccesso e, dall'altro, una volta messo sul mercato il “*copycat*”, non solo si avrà un vantaggio derivante dalla sua vendita, ma anche dal conseguente effetto combinato di raccolta di nuovi dati e *network effects* (v. *supra*, paragrafo 7). In breve, l'imitazione per la piattaforma è più vantaggiosa di quanto non lo sia per il supermercato sia dal punto di vista del maggior profitto sia da quello della concentrazione del potere.

Allora, ordinando queste considerazioni ai fini dell'elaborazione della teoria del danno – in modo non dissimile da quanto affermato per il *margin squeeze* (v. *supra*, paragrafo 7.1.) – gli elementi rilevanti saranno: i) il vantaggio competitivo attribuito dai dati; ii) le barriere all'entrata e i *network effects*; iii) le modalità di presentazione dei prodotti sulla piattaforma; e iv) il prezzo (quando presente).

Andando con ordine, mentre nel caso del *margin squeeze* il vantaggio competitivo derivante dai *big data* è abbastanza evidente, non si può dire altrettanto per la condotta ora in esame. In questa ipotesi, difatti, non è l'imitato a fornire alla piattaforma i dati da questa utilizzati per valutare l'opportunità dell'imitazione, ma è necessario individuare con precisione quali dati siano utilizzabili a tal fine e in quale

⁶³¹ Per rendere l'esempio il più rispondente possibile allo scenario in esame in questo paragrafo, l'imitato è un'impresa che non vende i suoi prodotti tramite il supermercato. Il caso contrario, difatti, sarebbe il parallelo analogico dell'imitazione da parte delle piattaforme dei loro utenti commerciali, la quale è già stata esaminata (v. *supra*, paragrafo 7.1.).

⁶³² Negli Stati Uniti, si stima che il 66% dei consumatori cerchi prodotti *online* direttamente su Amazon, v. L. KOCH, *Looking for a New Product? You Probably Searched Amazon*, eMarketer, 31 marzo 2019 disponibile a <https://www.emarketer.com/content/looking-for-a-new-product-you-probably-searched-amazon>

misura questi possano attribuire un vantaggio competitivo. Per fare un esempio lampante, fino a non poco tempo fa, Facebook ha carpito – in modo quasi orwelliano – i dati più disparati di milioni di consumatori per mezzo dell’applicazione Onavo per poi utilizzarli, tra gli altri, per imitare le applicazioni più popolari⁶³³. E in modo un po’ meno lampante, Amazon ha utilizzato i dati delle ricerche sul suo Marketplace per imitare le scarpe della Allbirds⁶³⁴. A tal proposito, si potrebbe impiegare un meccanismo presuntivo: una volta dimostrata da parte dell’attore la possibilità della piattaforma di raccogliere dati sul suo conto tramite canali diffusi nella *digital economy* – per esempio i dati delle ricerche sulla seconda – o, se del caso, altri canali – come l’app Onavo per Facebook – sarà l’imitatore a dover dimostrare di non disporre di tali dati.

Passando al secondo punto, tali pratiche, da un lato, favoriscono e rafforzano – per via dei *network effects* e della raccolta di nuovi dati – il potere di mercato della piattaforma – sia nel suo mercato principale che in quello ipotetico dei dati – e, dall’altro, contribuiscono alla creazione ed espansione della c.d. “kill-zone”. In ogni caso, come sempre avviene, l’effetto di questa manifestazione del potere di mercato va valutata alla luce della posizione dei concorrenti imitati. Così, di norma – ma ciò deve essere accertato alla luce delle circostanze del caso concreto – con l’aumentare dell’affermazione commerciale dell’imitato, dovrebbe ridursi l’effetto anti-concorrenziale della condotta.

Un altro elemento rilevante sono poi le modalità di presentazione dei prodotti sulla piattaforma. Come detto in precedenza, per esempio, non di rado Amazon attribuisce

⁶³³ E. DWOSKIN, *Facebook’s willingness to copy rivals’ apps*, cit., O. SOLON, *As tech companies get richer*, cit. e J. CONSTINE, *Facebook will shut down its spyware VPN app Onavo*, cit.

⁶³⁴ A. HOLMES, *Allbirds cofounder calls out Amazon for its knockoff shoes that cost way less, calling them ‘algorithmically inspired’*, *Business Insider*, 20 novembre 2019 disponibile a <https://www.businessinsider.com/allbirds-slams-amazon-knockoff-shoes-sustainability-approach-2019-11?IR=T>, dove si legge che, riprendendo quanto affermato da Joey Zwilling, co-fondatore di AllBirds, in un’intervista alla CNN, “[t]hey know a lot about consumers and they obviously saw that a lot of people were searching for Allbirds [...]. It feels like they almost algorithmically inspired a shoe that looks very similar so they could capitalize on that demand”, e M. CHENG, *Amazon’s Allbirds clone shows his relentless steamrolling of brands*, *Quartz*, 22 settembre 2019, disponibile a <https://qz.com/1713763/amazons-latest-copycat-brand-allbirds/>

i posizionamenti migliori nei risultati di ricerca ai suoi prodotti⁶³⁵. Si badi, non essendo qui coinvolti gli utenti commerciali della piattaforma, non rileva tanto il *self-preferencing* in quanto tale, bensì l'oggettiva elevata visibilità dei prodotti sulla piattaforma. Del resto è ovvio che tanto più questa è elevata, quanto maggiore sarà l'interesse dei consumatori. E al contempo, per via dei *network effects* – se positivi – la piattaforma avrà maggior valore anche per gli utenti sull'altro versante. Il che con ogni probabilità aumenterà gli *switching costs* per entrambi i gruppi, così generando *lock-in effects*. Infine, così come la maggior visibilità dei prodotti attira più utenti, lo stesso può dirsi per i prezzi bassi. Per esempio, riprendendo il caso di Amazon e AllBirds, mentre le scarpe prodotte dal secondo erano vendute a 95\$, il prezzo di quelle del primo era di 35\$ – poi aumentato a 45\$⁶³⁶. Vale la pena sottolineare che l'elemento rilevante al riguardo non è la natura predatoria dei prezzi, ma la non replicabilità – o comunque eccessivamente gravosità – per l'impresa imitata⁶³⁷. Ovviamente, così inteso il requisito del prezzo – non predatorio – non può rappresentare l'elemento decisivo della valutazione. L'abbassamento del prezzo, del resto, di per sé costituisce il parametro più tradizionale della concorrenza.

In sintesi, è necessaria una valutazione complessiva di questi quattro elementi – con particolare attenzione ai primi due – alla luce di tutte le circostanze del caso concreto, bilanciando la riduzione dell'efficienza statica – come appena detto, i prezzi praticati dagli imitatori sono sensibilmente più bassi – e il freno all'innovazione delle piattaforme con l'aumentata efficienza dinamica delle imprese imitate. E solo qualora la seconda, unitamente agli eventuali vantaggi sulla società in generale⁶³⁸ della ridotta concentrazione del potere economico, superi la prima le autorità *antitrust* dovrebbero bloccare la pratica in esame in quanto abusiva. A supporto di questa conclusione, si deve ricordare ancora una volta che la *digital*

⁶³⁵ V. *supra*, paragrafo 7., nt. 557.

⁶³⁶ A. HOLMES, *Allbirds cofounder calls out Amazon*, cit.

⁶³⁷ A tal fine, uno spunto utile può essere tratto dalla Sentenza *Post Danmark II*, cit., punti 59-60, dove si afferma la necessità di tutelare, in presenza di elevate barriere all'entrata, anche concorrenti non egualmente efficienti all'impresa dominante (v. *supra*, paragrafo 7.1.).

⁶³⁸ Si ricordi l'esempio dell'impatto dei prezzi predatori di Amazon sulla libertà di espressione, v. *supra*, paragrafo 7.

economy richiede un ripensamento delle categorie tradizionali – come l’effetto pro-competitivo dell’imitazione – per fare i conti col mutato contesto economico⁶³⁹. In particolare, su un altro piano, parte della dottrina sta mettendo in discussione addirittura il ruolo dell’innovazione – che è considerata il principale obiettivo del diritto *antitrust*⁶⁴⁰ – quando questa mira a escludere i concorrenti dal mercato⁶⁴¹. Così, secondo la teoria dell’innovazione predatoria, le modifiche dei beni e servizi effettuate da un’impresa dominante al fine di escludere i concorrenti – per esempio, un aggiornamento di un sistema operativo tale da rendere incompatibili le tecnologie di altre imprese – sono ritenute anti-concorrenziali. Infine, dal punto di vista giuridico, tutelare solo le imprese che operano all’interno dell’ecosistema di una piattaforma sembra contraddittorio. Infatti, se così fosse, le *startup* sarebbero incentivate a operare sulle piattaforme, il che – in un’eterogeneità dei fini – aumenterebbe la concentrazione del potere di mercato nella *digital economy* e dunque, dal punto di vista delle piattaforme emergenti, accentuerebbe le già elevate barriere all’entrata che spesso caratterizzano i mercati digitali.

⁶³⁹ J. LAITENBERGER, *Competition enforcement in digital markets*, cit., p. 5.

⁶⁴⁰ Sul punto vi è ampio consenso, per tutti, v. già J.F. BRODLEY, *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress*, in 62 *N.Y.U.L. Rev.* 1026 (1987).

⁶⁴¹ Per una ricca analisi in relazione ai mercati digitali, v. T. SCHREPEL, *Predatory Innovation*, cit.

SEZIONE III

NUOVI ORIZZONTI DEL DIRITTO *ANTITRUST*

SOMMARIO: 1. L'accesso ai dati come rimedio *antitrust ex ante* – 1.1. *Digital single market*, proprietà vs. accesso – 1.2. Un DPI sui dati? – 1.2.1. Le ragioni contro l'introduzione del “*data producer's right*”. Un'esclusiva di fatto basata su strumenti contrattuali e *liability rules* – 1.3. *L'accesso ai dati per garantire la concorrenzialità dei mercati digitali* – 1.3.1. *Essential facility doctrine* – 1.3.2. Il diritto alla portabilità dei dati personali – 1.3.3. Necessità di una disciplina *ad hoc* sull'accesso ai dati? – 2. Piattaforme globali e *antitrust* territoriali – 3. Una considerazione conclusiva sulla funzione del diritto *antitrust: consumer welfare* e limitazione del potere privato nella *digital economy*

1. *L'accesso ai dati come rimedio antitrust ex ante*

“*The general rule of law is that [...] ideas [...] are free as the air to common use.*”⁶⁴²

Prevenire è meglio che curare. Questa massima è condivisa anche dal diritto *antitrust*? Fino a non troppo tempo fa si propendeva per il no. Tradizionalmente, il diritto *antitrust* reprime le condotte anti-concorrenziali – dunque cura – mentre la prevenzione è lasciata all'effetto deterrente della sanzione. Tuttavia, le cose stanno iniziando a cambiare con l'avvento della *digital economy*. I pericoli che minacciano la concorrenza in questo contesto non permettono più di attendere il verificarsi di una condotta anti-concorrenziale per intervenire e si fa sempre più impellente il bisogno di rimedi *ex ante*. Il terreno su cui si combatte la battaglia per la concorrenzialità dei mercati digitali è l'accesso ai dati. Questo è in grado di prevenire condotte anti-concorrenziali nella misura in cui permette la distribuzione – dei dati e dunque – del potere di mercato.

Ma perché garantire l'accesso ai dati quando chi ne è in possesso ha investito per acquisirli? Al fine di incentivare gli investimenti, non vi è un DPI sui dati per

⁶⁴² J. BRANDEIS, *Dissenting opinion* in *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 250 (1918).

impedire il *free-ride* dei concorrenti? Queste domande sono il cuore di questi primi paragrafi.

1.1. Digital Single Market. *Proprietà vs. accesso*

Tradizionalmente si afferma la necessità di una chiara assegnazione dei *property rights* per incentivare gli investimenti e creare un mercato⁶⁴³. Chi comprerebbe, d'altronde, senza sapere se la controparte contrattuale è proprietaria del bene? Il *Digital Single Market* (DSM) sembra essere un'eccezione.

Per *Digital Single Market* si intende uno spazio in cui “*the free movement of goods, persons, services and capital is ensured and where individuals and businesses can seamlessly access and exercise online activities under conditions of fair competition, and a high level of consumer and personal data protection, irrespective of their nationality or place of residence*”⁶⁴⁴. E strumentale alla sua realizzazione è dunque la possibilità di raccogliere, immagazzinare, sintetizzare, analizzare e utilizzare dati liberamente all'interno dell'UE. Questo è il c.d. *free-flow of data*. Come noto, i dati possono essere personali o non personali. La circolazione dei primi è regolata dal GDPR, mentre per i secondi è stato adottato il Reg. UE 1807/2018 (“*relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea*”). Per via della dipendenza della nozione di dato non personale da quella di dato personale⁶⁴⁵, quest'ultima ha un rilievo centrale. È dato personale ogni

⁶⁴³ “[Property] has vanquished the natural aversion to labour”, J. BENTHAM, *Theory of Legislation*, Trübner, London, 1894, p. 114 disponibile a <https://archive.org/details/legislation00bentuoft/page/114/mode/2up>. Più recentemente, si veda il noto G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in 162 *Science* 1243 (1968). Inoltre, il fatto che i *property rights* siano trasferibili solo col consenso del titolare li pone alla base del mercato, v. G. CALABRESI – D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in 85 *Harvard Law Review* 1092 (1972).

⁶⁴⁴ Comunicazione della Commissione del 6 maggio 2015, *A Digital Single Market Strategy for Europe*, COM(2015) 192 final, p. 3 disponibile a <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0192&from=EN>.

⁶⁴⁵ L'art. 3, n. 1), Reg. UE 1807/2018 prevede che sono “non personali” tutti i dati che non rientrano nella definizione di “dato personale” fornita dal GDPR.

informazione relativa a una persona fisica identificata o identificabile [art. 4, n. 1), GDPR]. E l'identificabilità va valutata alla luce di *“tutti i mezzi [...] di cui il titolare del trattamento o un terzo può ragionevolmente avvalersi per identificare detta persona fisica direttamente o indirettamente”*⁶⁴⁶. Come appena detto, i principi fondamentali per la libera circolazione dei dati non personali sono previsti dal Reg. UE 1807/2018. A garanzia della libertà di iniziativa economica in ambito digitale, gli Stati membri non possono imporre limitazioni territoriali od ostacolare il trattamento dei dati in altro Stato membro, salvo ragioni di sicurezza pubblica e nel rispetto del principio di proporzionalità (art. 4). Il legislatore comunitario è stato molto cauto nel definire il regime di accesso ai dati non personali. Infatti, l'art. 6, rubricato *“portabilità dei dati”*, prevede che la Commissione *“incoraggia e facilita”* l'adozione di codici di condotta da parte delle imprese interessate. Un colpo al cerchio e uno alla botte. Da un lato, si riconosce l'importanza centrale per la concorrenza nei mercati digitali della portabilità dei dati. Dall'altro, per prudenza (forse troppa), si lascia la definizione di questo regime all'autoregolazione delle imprese interessate – nel rispetto dei criteri previsti dall'art. 6 e sotto il controllo

⁶⁴⁶ *“Per accertare la ragionevole probabilità di utilizzo dei mezzi per identificare la persona fisica, si dovrebbe prendere in considerazione l'insieme dei fattori obiettivi, tra cui i costi e il tempo necessario per l'identificazione, tenendo conto sia delle tecnologie disponibili al momento del trattamento, sia degli sviluppi tecnologici. I principi di protezione dei dati non dovrebbero pertanto applicarsi a informazioni anonime, vale a dire informazioni che non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile o a dati personali resi sufficientemente anonimi da impedire o da non consentire più l'identificazione dell'interessato [...]”*, ma si applica, di norma, ai dati pseudonimizzati, Considerando 26, GDPR. La distinzione tra dati personali e non personali sembra dunque richiedere – conformemente all'approccio al rischio del GDPR – una valutazione del rischio di identificazione (alla luce del tempo e delle risorse necessarie per l'identificazione). V. M. FINCK – F. PALLAS, *They who must not be Identified – Distinguishing Personal from Non-Personal Data under the GDPR*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 19-14, 2019, in particolare pp. 43-47 disponibile a <https://ssrn.com/abstract=3462948>. Tuttavia l'Article 29 Working Party (A29WP) sembra richiede di più: *“anonymisation results from processing personal data in order to irreversibly prevent identification”*, v. A29WP, *Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques*, WP 216, 10 aprile 2014, in generale p. 3 disponibile a https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp216_en.pdf

della Commissione⁶⁴⁷. Sul tema si tornerà a breve (v. *infra*, paragrafo 1.3.). Infine, dal momento che i *database* possono contenere sia dati personali che non, l'art. 2.2 prevede che a ogni categoria di dati si applichi la sua disciplina. Tuttavia, se questi sono indissolubilmente legati, il Reg. UE 1807/2018 non pregiudica l'applicazione del GDPR.

Com'è evidente, dal momento che né il GDPR né il Reg. UE 1807/2018 prevedono *property rights*, i dati circolano in assenza di un regime proprietario specifico e dedicato. Come sempre accade, dove la legge tace la dottrina si fa sentire. Così vi è chi – per diverse ragioni – propone l'introduzione di un tale regime. Taluni, mossi da considerazioni etiche, lo ritengono necessario per rendere i cittadini partecipi della ricchezza creata dai loro dati⁶⁴⁸. Tal'altri, più cautamente, sottolineano come l'incertezza esistente in materia minacci lo sviluppo dei mercati digitali⁶⁴⁹. Tuttavia,

⁶⁴⁷ Le imprese sono “incoraggiate” a rispettare i termini per lo sviluppo e l'attuazione dei codici di condotta previsti dall'art. 6.3 – rispettivamente il 29 novembre 2019 e il 29 maggio 2020.

⁶⁴⁸ I più strenui sostenitori di questo diritto sono francesi, v. I. LANDREAU – G. PELIKS – N. BINCTIN – V. PEZ-PÉRARD, *Mes data sont à moi. Pour une patrimonialité des données personnelles*, *Génération Libre*, Gennaio 2018 disponibile a <https://www.generationlibre.eu/wp-content/uploads/2018/01/2018-01-generationlibre-patrimonialite-des-donnees.pdf>. Vi è stata anche una proposta di legge in materia, che è stata però respinta dal Parlamento francese, v. A. CHERIF, *Être propriétaire de ses données personnelles, une dangereuse illusion*, *La Tribune*, 29 marzo 2018 disponibile a <https://www.latribune.fr/technos-medias/internet/etre-propretaire-de-ses-donnees-personnelles-une-dangereuse-illusion-773398.html>. In Germania, v. K.H. FEZER, *Data Ownership of the People. An Intrinsic Intellectual Property Law Sui Generis Regarding People's Behaviour-generated Informational Data*, in *9 Zeitschrift für Geistiges Eigentum* 356 (2017), che distingue nettamente tra dati personali tutelati dal GDPR e “*behaviour-generated data*”, cioè è dati generati dall'uso delle ICT, protetti dal nuovo DPI.

⁶⁴⁹ Queste sono le considerazioni che hanno mosso il Comm. Günter Oettinger, il quale ha aperto la discussione a livello comunitario sulla proprietà dei dati, v. Comunicazione della Commissione del 10 gennaio 2017, *Building a European Data Economy*, COM(2017) 9 final, p. 13 disponibile a <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0009&from=EN> e, più nel dettaglio, Commissione europea, *Commission Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy*, 10 gennaio 2017, in particolare pp. 33-39 disponibile a <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/staff-working-document-free-flow-data-and-emerging-issues-european-data-economy>. La paura è che l'incertezza possa svantaggiare le imprese europee nella concorrenza con quelle straniere – timore che era già alla base della molto

tali proposte incontrano non pochi oppositori, i quali le ritengono prive di basi economiche e foriere di una più elevata concentrazione del potere economico – e dunque di barriere all’entrata – nei mercati digitali⁶⁵⁰. Nonostante il nome, la regola

criticata direttiva sulle banche dati (Dir. CE 96/9), v. B. HUGENHOLTZ, *Data Property: Unwelcome Guest in the House of IP*, in III *Kritika* 48 (2018), disponibile a https://www.ivir.nl/publicaties/download/Data_property_Muenster.pdf, p. 2 dell’estratto. In dottrina, v. in particolare la proposta – molto prudente – di H. ZECH, *Data as a tradeable commodity*, in A. DE FRANCESCHI (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge (UK), 2016, pp. 74-79 e, da ultimo, v. H. ULLRICH, *Technology Protection and Competition Policy for the Information Economy. From Property Rights for Competition to Competition Without Proper Rights?*, *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 19-12*, 2019, pp. 26-30 disponibile a https://www.ip.mpg.de/en/publications/details/technology-protection-and-competition-policy-for-the-information-economy-from-property-rights-for-competition-to-competition-without-proper-rights.html?pk_source=web&pk_campaign=nl&pk_kwd=01-20, dove si legge “*instead of dismissing any idea of “ownership” for fear of becoming caught in the “property = exclusivity trap” there may still be enough interest in further inquiring into whether the concepts of intellectual property protection - and which of them - may be put to new uses by adapting them to the needs and objectives of a well-ordered data economy*” (p. 29).

⁶⁵⁰ In questo senso depongono i due *position statement* del Max Planck Institute for Innovation and Competition, v. J. DREXL – R.M. HILTY – L. DESAUNETTE – F. GREINER – H. KIM – D. RICHTER – G. SURBLYTÉ – K. WIEDEMANN, *Data Ownership and Access to Data – Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the Current European Debate*, disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2833165 e J. DREXL – R.M. HILTY – J. GLOBOCNIK – F. GREINER – D. KIM – H. RICHTER – P.R. SLOWINSKI – G. SURBLITÉ – A. WALZ – K. WIEDEMANN, *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 26 April 2017 on the European Commission’s “Public consultation on Building the European Data Economy”*, disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2959924. Si veda inoltre B. HUGENHOLTZ, *Data Property*, cit., J. DREXL, *Designing competitive markets for industrial data – between proprietisation and access*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research paper No. 16-13, 31 Ottobre 2016, disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2862975 e, da ultimo, J. DREXL, *Legal Challenges of the Changing Role of Personal and Non-Personal Data in the Digital Economy*, in A. DE FRANCESCHI – R. SCHULZE (a cura di), *Digital Revolution – New Challenges for Law*, C.H. Beck – Nomos, München – Baden-Baden, 2019, pp. 19-41.

generale nel diritto della proprietà intellettuale è la libertà – “*ideas are free as the air*”. E un DPI può essere previsto solo nella misura in cui risolva il fallimento di mercato derivante dal c.d. “*free-ride*” dei concorrenti su un *public good*⁶⁵¹. Come si mostrerà meglio nel prosieguo, i “filo-proprietari” non solo eludono questa dettagliata analisi economica, ma non tengono neanche in debito conto il dinamismo dei mercati digitali. Qui il rilievo economico dei dati ha una durata così limitata da mostrare l’inadeguatezza dello strumento della privativa intellettuale, la quale cede il ruolo di motore dell’innovazione alla concorrenza basata su esclusive di fatto⁶⁵². Pertanto, piuttosto che *property rules*, sembra preferibile la flessibilità propria delle *liability rules* e del diritto dei contratti. Il che va completato da una disciplina sull’accesso ai dati. Non vi è dubbio difatti che sia proprio quest’ultimo a permettere ai concorrenti di operare e, dunque, a garantire l’apertura concorrenziale dei mercati digitali⁶⁵³. Si è messa parecchia carne al fuoco e occorre fermarsi un attimo per digerirla. Una panoramica – tanto *de iure condito* quanto *de iure condendo* – dei regimi proprietari e di accesso per i dati è necessaria a tal fine.

1.2. Un DPI sui dati?

Di DPI ce ne sono probabilmente troppi (c.d. *deriva protezionistica*)⁶⁵⁴. La prudenza porta allora – prima di introdurne un altro – a considerare il diritto vigente. Al riguardo, la dottrina spesso concorda sull’inadeguatezza a tutelare i dati del diritto d’autore, del diritto sul fonogramma, del diritto *sui generis* sulle banche dati, del

⁶⁵¹ W.M. LANDES – R.A. POSNER, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA, USA) – London, 2003, pp. 12-16.

⁶⁵² Per un’analisi del rapporto tra diritto della proprietà intellettuale e diritto della concorrenza nei mercati digitali, v. H. ULLRICH, *Technology Protection and Competition Policy for the Information Economy*, cit.

⁶⁵³ OECD, *Data Driven Innovation. Big Data for Growth and Well Being*, 6 ottobre 2015, pp. 195-199 disponibile a https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/data-driven-innovation_9789264229358-en.

⁶⁵⁴ Sul tema, v. J.H. REICHMAN, *Legal Hybrids Between the Patents and Copyright Paradigms*, in 94 *Colum. L. Rev.* 2432 (1994). Per una sintesi, v. M. RICOLFI, *La tutela della proprietà intellettuale: fra incentivo all’innovazione e scambio ineguale*, in *Riv. dir. ind.*, I, 2002, pp. 511-524.

brevetto, della “digitalizzazione” della proprietà civilistica e della disciplina sulla protezione dei dati personali⁶⁵⁵ – un discorso a sé può essere svolto riguardo al segreto commerciale e alla concorrenza sleale, i quali non sono però *property rights* ma *liability rules* (v. *infra*, paragrafo 1.2.1.). Pertanto, si è iniziato a interrogarsi sull’opportunità di introdurre un nuovo DPI.

Come già detto, vi è chi si basa su considerazioni etiche e chi si appella alla certezza del diritto. La prima non è una buona idea. Non si vuole sostenere certo che le istanze equitative non siano degne tutela, ma la privativa intellettuale non è lo strumento idoneo. In assenza di una giustificazione economica – *market failure* – l’introduzione di un DPI rischia di aumentare i costi di transazione⁶⁵⁶, senza neanche raggiungere i benefici sperati. Infatti, anche se i consumatori avessero un *property right* sui loro dati, alle imprese basterebbe prevedere contrattualmente il trasferimento o la licenza di questo diritto, come spesso accade nel campo del *copyright*⁶⁵⁷. Inoltre, in una sorta di eterogenesi dei fini, l’introduzione di un tale diritto potrebbe contrastare con la libera revocabilità del consenso al trattamento dei dati personali (art. 7.3 GDPR) e col diritto all’oblio (art. 17 GDPR).

Un discorso più articolato merita invece la proposta di un “*data producer’s right on industrial data*”⁶⁵⁸. La questione va presa un po’ alla larga. Per la realizzazione della *data economy* è evidente che i dati devono poter circolare liberamente (*free flow of data*), dimodoché le imprese vi possano accedere e dunque operare sui mercati digitali. A tal fine, nel 2017 la Commissione ha pubblicato un documento che prende in rassegna i problemi posti dal *free flow of data* e le possibili soluzioni. E anche se un po’ contro-intuitivo, tra queste non poteva mancare l’introduzione di un diritto sui

⁶⁵⁵ V. J. DREXL, *Designing competitive markets for industrial data*, cit., pp. 19-30. Il quale sottolinea anche che la “digitalizzazione” della proprietà civilistica è più che altro una tentativo di superare i limiti alla risarcibilità del danno previsti dalla Sez. 823 BGB. V. anche H. ZECH, *Data as a tradeable commodity*, cit., pp. 62-74. Per un’attenta analisi alla luce della disciplina sul *copyright*, v. B. HUGENHOLTZ, *Data Property*, cit., pp. 6-13 dell’estratto.

⁶⁵⁶ J. DREXL, *Legal Challenges*, cit., p. 24.

⁶⁵⁷ J. DREXL, *Legal Challenges*, cit., p. 29, in particolare nt. 49.

⁶⁵⁸ Commissione europea, *Commission Staff Working Document on the free flow of data*, cit., pp. 33-39, che riprende molto quanto proposto da H. ZECH, *Data as a tradeable commodity*, cit., pp. 74-79.

dati. Infatti, una chiara distribuzione dei *property rights* sui dati non personali – per quelli personali vi è la disciplina del GDPR⁶⁵⁹ – garantisce la certezza del diritto, così riducendo i costi transattivi e permettendo lo sviluppo del *DSM*. Inoltre, siccome i dati sono dei *public goods*, talvolta gli elevati investimenti negli strumenti tecnologici necessari raccogliarli, memorizzarli e analizzarli, unitamente ai bassi costi marginali, possono rappresentare un disincentivo alla loro generazione o rivelazione⁶⁶⁰. Un esempio può aiutare. Si pensi, a un sensore installato in una fabbrica. Il produttore del sensore ha un'esclusiva di fatto sui dati prodotti da questo, ma anche l'utilizzatore può avere interesse ad accedere a tali dati – per esempio per organizzare un sistema “*smart*” di gestione della propria attività. In questi casi, l'introduzione di un diritto del produttore dei dati – insieme a dei casi in cui questo ha l'obbligo di licenziarli – può risolvere il problema⁶⁶¹.

Più precisamente, l'oggetto del diritto sarebbe il livello sintattico dei dati⁶⁶². La protezione avrebbe la struttura di un diritto assoluto (*erga omnes*) di impedire ai terzi

⁶⁵⁹ “[T]he GDPR continues to apply to any personal data (whether machine generated or otherwise) until that data has been anonymised”, v. Comunicazione *Building a European Data Economy*, cit., p. 13.

⁶⁶⁰ Queste due sono le possibili giustificazioni per un “*data producer’s right*” individuate da H. ZECH, *Data as a tradeable commodity*, cit., pp. 77-78. Sulla prima si concentra in particolare H. ULLRICH, *Technology Protection and Competition Policy for the Information Economy*, cit., pp. 26-28, che ricorda che la condivisione dei dati, dal momento che – come si vedrà – questi sono protetti dal segreto commerciale e da misure tecnologiche, rischia di avvenire solo con i “*known trustworthy*”, piuttosto che con i *newcomers*. A scanso di equivoci, Hanns Ullrich afferma chiaramente che “[t]he catchword is trading with and sharing of digital data, i.e. access rights, not rights of protection” (p. 21).

⁶⁶¹ Questo approccio per cui il *data producer’s right* è preso in considerazione come strumento per garantire l'accesso ai dati è accolto con favore dal Max Planck Institute for Innovation and Competition, il quale precisa però che questa via è percorribile soltanto nella misura in cui non vi siano altri mezzi per garantire l'accesso ai dati. Insomma, si tratta di un'*extrema ratio*. V. J. DREXL – R.M. HILTY – J. GLOBOCNIK – F. GREINER – D. KIM – H. RICHTER – P.R. SLOWINSKI – G. SURBLITÉ – A. WALZ – K. WIEDEMANN, *Position Statement 2017*, cit., parr. 8-11.

⁶⁶² In semiotica, un'informazione è rappresentabile su due livelli: sintattico e semantico. Col primo ci si riferisce al rapporto formale dei segni tra loro – ossia al modo in cui i segni, indipendentemente dalla loro significazione, si combinano fra loro – mentre il secondo riguarda il significato

la riproduzione e l'utilizzazione a fini commerciali dei dati, ma non la loro creazione indipendente. Ovviamente, visto che il fine è la creazione del *DSM*, si tratterebbe di un diritto liberamente trasferibile.

Uno dei maggiori ostacoli all'introduzione del *data producer's right* è l'individuazione del titolare⁶⁶³. A tal fine, Herbert Zech – in linea con le esigenze di certezza del diritto – fornisce una soluzione netta. Il titolare sarebbe il soggetto economicamente responsabile dell'utilizzo dell'apparecchio che produce i dati (*data producer*)⁶⁶⁴. Dal canto suo, la Commissione, per via del numero dei soggetti coinvolti, preferisce un approccio più dubitativo. In quest'ottica, la titolarità del diritto in questione spetterebbe a chi ha più investito nella creazione dei dati⁶⁶⁵. Semplificando, si tratterebbe di scegliere tra produttore della tecnologia e suo utilizzatore. In ogni caso, non si esclude la contitolarità del diritto quale regola di *default* derogabile contrattualmente⁶⁶⁶. In ogni caso, il problema potrebbe essere stemperato dall'introduzione di eccezioni al diritto in esame e di licenze obbligatorie per garantire l'accesso ai dati a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie (*FRAND*)⁶⁶⁷.

Un altro problema di difficile soluzione è l'individuazione della durata del diritto. Il tema è taciuto dalla Commissione, e accennato dalla dottrina. Al riguardo, Herbert

dell'informazione. Pertanto, il livello sintattico dei dati è la “*machine-readable coded information that is defined only by its representative characters (bits) irrespective of its content*”, H. ZECH, *Data as a tradeable commodity*, cit., pp. 53-54 e 74.

⁶⁶³ L'OECD ha individuato ben dieci *stakeholders*, v. OECD, *Data Driven Innovation*, cit., p. 196. Inoltre, in termini più generali, è difficile che un'unica soluzione sia in linea con le situazioni esistenti nelle varie industrie, v. J. DREXL, *Designing competitive markets for industrial data*, cit., p. 6 e 40.

⁶⁶⁴ “*The ownership of the right would be tied to the economically responsible operator of equipment that generates the data*”, v. H. ZECH, *Data as a tradeable commodity*, cit., p. 75.

⁶⁶⁵ Commissione europea, *Commission Staff Working Document on the free flow of data*, cit., p. 35.

⁶⁶⁶ Questo potrebbe essere considerato un caso di “*Tragedy of the Anticommons*”. Infatti, un eccesso di *property rights* sulla stessa risorsa attribuisce dei “*veto rights*”, che a loro volta potrebbero riflettersi in un uso inefficiente, v. M.A. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transaction from Marx to the Market*, in 111 *Harvard Law Review* 621 (1998).

⁶⁶⁷ Commissione europea, *Commission Staff Working Document on the free flow of data*, cit., pp. 35-36 e 39.

Zech si limita ad affermare l'opportunità di un termine breve di protezione, per via del dinamismo dei mercati digitali⁶⁶⁸.

Infine, dal punto di vista sistematico, è necessario chiarire i rapporti del nuovo diritto con i DPI esistenti. Così vi è chi sottolinea il rischio di “*disruptive overlaps*”, cioè la sovversione dell'equilibrio su cui si basano gli attuali DPI, per esempio riducendo l'ambito di applicazione delle eccezioni e limitazioni al diritto d'autore⁶⁶⁹. Insomma, il timore è che il protezionismo vada ancor più alla deriva.

1.2.1. *Le ragioni contro l'introduzione del “data producer's right”. Un'esclusiva di fatto basata su strumenti contrattuali e liability rules*

Lo spirito critico con cui si è concluso il paragrafo precedente dà il la all'esposizione delle ragioni che ostano all'introduzione di un *property right*. Può darsi che in futuro lo sviluppo della *digital economy* lo richiederà, ma al momento non ve n'è necessità⁶⁷⁰. Come già detto, manca una giustificazione economica. Nonostante i dati siano dei *public goods* e, dunque, possano essere soggetti al *free-ride* dei concorrenti, i mercati digitali stanno fiorendo anche in assenza di un apposito DPI⁶⁷¹. Come testimoniato da imprese del settore⁶⁷², non rileva l'esclusiva formale perché alla risoluzione del problema dei *public goods* provvedono già la segretezza delle informazioni e la tecnologia – cioè un'esclusiva di fatto più simile al possesso che

⁶⁶⁸ H. ZECH, *Data as a tradeable commodity*, cit., p. 76.

⁶⁶⁹ B. HUGENHOLTZ, *Data Property*, cit., pp. 10-12 dell'estratto.

⁶⁷⁰ Per ragioni di spazio e opportunità l'analisi si limita qui al piano economico. Tuttavia, il diritto in esame è criticabile anche su altri piani, in particolare dal punto di vista del diritto all'informazione, v. J. DREXL, *Legal Challenges*, cit., pp. 29-31.

⁶⁷¹ J. DREXL – R.M. HILTY – L. DESAUNETTE – F. GREINER – H. KIM – D. RICHTER – G. SURBLYTÉ – K. WIEDEMANN, *Data Ownership and Access to Data*, cit., par. 7. Più di recente, v. J. DREXL, *Legal Challenges*, cit., p. 25. Un incentivo agli investimenti può servire invece per la creazione degli strumenti di analisi dei *big data*, v. J. DREXL, *Designing competitive markets for industrial data*, cit., pp. 31-32.

⁶⁷² J. DREXL, *Designing competitive markets for industrial data*, cit., pp. 5-6, dove si trovano anche tutti gli opportuni riferimenti.

alla proprietà⁶⁷³. Inoltre, malgrado i suoi sostenitori si appellino alla certezza del diritto, i seri dubbi attorno a questo nuovo DPI porterebbero al risultato opposto. In particolare, vi sono profonde incertezze riguardo al titolare del diritto e alla possibilità di trovare una soluzione rispondente alle esigenze dei diversi mercati. Con ogni probabilità, non vi è una *one-size-fits-all*⁶⁷⁴. Di più. Vi sono almeno altre due ragioni che ostano a una privativa intellettuale sui dati. Da un lato, si deve tenere a mente che l'obiettivo finale è la creazione del *free flow of data*. In assenza di una precisa giustificazione economica, il diritto in esame rischierebbe di diventare un ostacolo all'innovazione e di creare barriere all'entrata⁶⁷⁵. Dall'altro, vi è il dinamismo dei mercati digitali, nei quali non di rado l'analisi di dati avviene in tempo reale – per esempio nei sistemi di direzione del traffico delle *smart cities*. Il che rende evidente la difficoltà – se non impossibilità – di definire in modo adeguato la durata del diritto⁶⁷⁶.

Per queste ragioni appare preferibile un'esclusiva di fatto basata su strumenti contrattuali e *liability rules*. È una questione di prudenza. Siccome i mercati digitali sono un fenomeno emergente che deve essere ancora compreso appieno, si preferisce lasciare ai diretti interessati la disciplina delle loro transazioni attraverso strumenti negoziali⁶⁷⁷. Così le imprese in possesso dei dati li proteggeranno tramite segretezza

⁶⁷³ H. ZECH, *Data as a tradeable commodity*, cit., p. 56.

⁶⁷⁴ V. *supra*, nt. 663.

⁶⁷⁵ J. DREXL – R.M. HILTY – L. DESAUNETTE – F. GREINER – H. KIM – D. RICHTER – G. SURBLYTÉ – K. WIEDEMANN, *Data Ownership and Access to Data*, cit., par. 6.

⁶⁷⁶ “In an environment where it is key to capture the moment and where being late leads to wrong decisions, asking the question of how long data should be protected will simply miss the needs of this economy”. V. J. DREXL, *Designing competitive markets for industrial data*, cit., p. 15 e 40-41, la citazione è tratta da p. 41.

⁶⁷⁷ J. DREXL, *Designing competitive markets for industrial data*, cit., p. 41. Si noti incidentalmente che, per quanto riguarda i contratti B2C, la direttiva sui contenuti digitali (Dir. 2019/770 UE) tutela i consumatori nell'ambito digitale. Questa direttiva si applica ai contratti in cui il consumatore, per accedere a un contenuto digitale, paga o fornisce dati personali, o si obbliga a far ciò (art. 3.1). La limitazione dell'ambito di applicazione della nuova disciplina ai dati personali (mentre la proposta iniziale comprendeva anche quelli non personali) lascia dubbiosi, v. J. DREXL, *Legal Challenges*, cit., p. 37.

e misure tecnologiche⁶⁷⁸, in modo da poter poi trarre profitto utilizzandoli e licenziandoli ad altri soggetti, i quali si dovranno però impegnare a non rivelarli a terzi (c.d. *nondisclosure agreement*)⁶⁷⁹. Com'è ovvio, l'esigenza di mantenere la segretezza delle informazioni rende questi contratti più complessi rispetto alle licenze per DPI. Tuttavia, siccome si tratta di contratti B2B, è ragionevole ritenere che le parti siano in grado di far fronte a questa complessità⁶⁸⁰. Un'ulteriore garanzia per chi opera nei mercati digitali sono le *liability rules* fornite dal segreto commerciale e dal diritto della concorrenza sleale. La flessibilità di questi strumenti permette di verificare alla luce dei singoli casi concreti se vi è *free-ride* da parte di un concorrente, senza creare barriere all'entrata⁶⁸¹. Il che, in mercati in continuo e rapido movimento come quelli digitali, è preferibile alla staticità di un DPI. Inoltre, qualora queste *liability rules* si rivelassero inefficienti, l'intervento correttivo sarebbe più semplice di quello richiesto da un DPI⁶⁸².

⁶⁷⁸ Per misure tecnologiche si intendono qui genericamente gli strumenti tecnologici volti a mantenere le informazioni segrete. La disciplina prevista per le misure tecnologiche di protezione si applica solo alle opere protette dal diritto d'autore, diritto connesso o diritto *sui generis* sulle banche dati (artt. 6 e 7 Dir. CE 2001/29 e, in Italia, 102-*quater* e *quinquies* l. n. 633/1941).

⁶⁷⁹ Di norma, un *NDA* contiene tre elementi essenziali: i) definizione delle informazioni oggetto dell'accordo; ii) "*nondisclosure and nonuse obligation*" – cioè l'obbligo di non utilizzare l'informazione per fini diversi da quelli previsti nel contratto e di non rivelarla a terzi – e iii) adottare misure ragionevolmente adeguate a mantenere la segretezza dell'informazione. V. H.J. MEEKER, *Technology Licensing: A Practitioner's Guide*, American Bar Association, 2010, pp. 63-70.

⁶⁸⁰ Per i contratti B2C invece la protezione del segreto commerciale non si applica e il consumatore sarà tutelato dal diritto del consumo e dalla protezione dei dati personali, v. H. ZECH, *Data as a tradeable commodity*, cit., pp. 64-65.

⁶⁸¹ Le *property rules* non sono l'unico incentivo all'investimento e all'innovazione e le *liability rules* talvolta sono preferibili, v. J.H. REICHMAN, *Legal Hybrids*, cit., 2548-51 e, con riferimento alle banche dati, J.H. REICHMAN – P. SAMUELSON, *Intellectual Property Rights in Data?*, in 50 *Vand. L. R.* 51 (1997).

⁶⁸² J. DREXL – R.M. HILTY – L. DESAUNETTE – F. GREINER – H. KIM – D. RICHTER – G. SURBLYTÉ – K. WIEDEMANN, *Data Ownership and Access to Data*, cit., par. 19.

Andando con ordine, la disciplina del segreto commerciale è stata armonizzata dalla Dir. UE 2016/943 – recepita in Italia negli artt. 98 e 99 c.p.i.⁶⁸³ Sono così protette le informazioni segrete – cioè non generalmente note o facilmente accessibili agli esperti e operatori del settore – che hanno valore economico in quanto segrete⁶⁸⁴ e sono sottoposte a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle tali [artt. 2, n. 1), Dir. cit. e 98 c.p.i.]. Il legittimo detentore⁶⁸⁵ ha il diritto di vietare ai terzi di acquisire, rivelare od utilizzare in modo abusivo⁶⁸⁶ tali segreti, salvo il caso in cui essi siano stati conseguiti in modo indipendente dal terzo (artt. 4 Dir. cit. e 99 c.p.i.). A ogni modo, siccome questa disciplina non è stata adottata pensando ai mercati digitali, non è certo che possa proteggere anche i dati. Al riguardo, in linea di principio, si deve distinguere tra dati singoli e *datasets*⁶⁸⁷. Nonostante il secondo considerando della Dir. cit. faccia riferimento ai “*commercial data such as information on customers and suppliers*”, è difficile che i primi siano così tutelabili, dal momento che spesso sono generalmente accessibili. Si pensi alla rilevazione da parte dei sensori di un’automobile delle buche delle strade. Un discorso diverso sembra potersi condurre per i *datasets*. Anche se le singole informazioni che li

⁶⁸³ E a livello internazionale si veda l’art. 39.2 TRIPs, dal quale è stata mutuata la definizione di segreto commerciale.

⁶⁸⁴ Il valore commerciale deve essere interpretato in modo da ricomprendere il valore sia attuale che potenziale e il danno che può derivare agli interessi del detentore in caso di violazione. In ogni caso, sono escluse le “*trivial information and the experience and skills gained by employees in the normal course of their employment*”. V. considerando 14 Dir. cit.

⁶⁸⁵ “*Any natural or legal person lawfully controlling a trade secret*” [art. 2, n. 2), Dir. cit.].

⁶⁸⁶ Non è protetta l’informazione in quanto tale, ma solo in quanto acquisita, rivelata o utilizzata in modo contrario alle “*honest commercial practices*” (art. 4.2 Dir. cit.). Per questa ragione si tratta di una *liability rule* e non di un vero e proprio DPI. In ogni caso, non è data protezione in “[s]ituations involving acquisition, use or disclosure of trade secrets implicating the right to freedom of expression, or in order to reveal misconduct, wrongdoing or other illegal activity that is in the general public interest [-] [...] although there is room for national courts to differ in their weighting of freedom of expression and public interests”, v. CORNISH W. – LLEWELYN D. – APLIN T., *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trade Marks and Allied Rights*, Sweet & Maxwell, London, 2019, p. 357.

⁶⁸⁷ J. DREXL – R.M. HILTY – L. DESAUNETTE – F. GREINER – H. KIM – D. RICHTER – G. SURBLYTÉ –K. WIEDEMANN, *Data Ownership and Access to Data*, cit., parr. 23-27.

compongono sono generalmente accessibili, ciò non toglie che la loro aggregazione possa essere segreta [artt. 2, n. 1), lett. a), Dir. cit. e 98, c. 1, lett. a), c.p.i.]. E allo stesso modo, anche se i singoli dati non hanno valore commerciale, la loro aggregazione può averlo. L'esistenza di un fiorente mercato – anche per i c.d. *raw data* – fuga ogni dubbio al riguardo. Pertanto, alla luce del considerando 14 della Dir. cit.⁶⁸⁸, si potrebbe dare un'interpretazione ampia della disciplina al fine di includere il più possibile la tutela dei dati.

In ogni caso, dove non arriva il segreto commerciale potrebbe applicarsi il diritto della concorrenza sleale (art. 2598 c.c.)⁶⁸⁹, il quale fornisce una protezione ancora più flessibile⁶⁹⁰. In particolare, la “*Hot News Doctrine*” (v. *supra*, Capitolo I, paragrafi 3. e 4.1.), tutelando un'idea solo per il periodo in cui la sua novità le attribuisce un particolare valore commerciale, potrebbe ben attagliarsi al dinamismo dei mercati digitali.

1.3. *L'accesso ai dati per garantire la concorrenzialità dei mercati digitali*

A ogni buon conto, l'esclusiva di fatto può anche stimolare gli appetiti proprietari, dal momento che la segretezza e le misure tecnologiche – a differenza dei DPI – non

⁶⁸⁸ “*It is important to establish a homogenous definition of a trade secret without restricting the subject matter to be protected against misappropriation. Such definition should therefore be constructed so as to cover know-how, business information and technological information where there is both a legitimate interest in keeping them confidential and a legitimate expectation that such confidentiality will be preserved*”.

⁶⁸⁹ Il problema è che questa disciplina non è armonizzata a livello comunitario. L'unica norma internazionale al riguardo è l'art. 10-*bis* CUP, che è stato inglobato nei TRIPs dall'art. 2 TRIPs. Per un'analisi comparatistica, v. HENNING-BODEWIG F., *Unfair Competition Law. European Union and Member States*, Kluwer law international, The Hague, 2006 e HENNING-BODEWIG F. (a cura di), *International Handbook on Unfair Competition*, Beck – Hart, London, 2013.

⁶⁹⁰ L'idea era già stata avanzata agli albori dell'era digitale, v. già D.S. KARJALA, *Misappropriation as a Third Intellectual Property Paradigm*, in 94 *Col. L. Rev.* 2594 (1994) e J.H. REICHMAN – P. SAMUELSON, *Intellectual Property Rights in Data?*, cit., 139-145. Più recentemente, con specifico riferimento alla *data economy*, v. V.S. EKSTRAND – C. ROUSH, *From “Hot News” to “Hot Data”*: *The Rise of “Fintech”, The Ownership of Big Data, and the Future of the Hot News Doctrine*, in 35 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 303 (2017).

incontrano limiti. Potrebbero darsi allora casi in cui la libertà contrattuale diventa negazione piuttosto che strumento di accesso ai dati, così pregiudicando la concorrenzialità dei mercati digitali. Com'è allora che questo è protetto dal diritto? *De lege lata* gli strumenti sono due: l'*essential facility doctrine* e il diritto alla portabilità dei dati personali (art. 20 GDPR). Questi incontrano però dei limiti. La prima si applica solo – in casi eccezionali – alle imprese dominanti, mentre il secondo vale soltanto per i dati personali⁶⁹¹. Il che porta a interrogarci – *de lege ferenda* – sull'opportunità di una disciplina dell'accesso ai dati. Ma *cum grano salis*. Non si può trascurare difatti che l'accesso ai dati – seppur motore della concorrenza e dell'innovazione nella *digital economy* – non è sempre desiderabile⁶⁹². Più precisamente, l'accesso può entrare in contrasto con la tutela dei dati personali (se di questi si tratta)⁶⁹³, con la protezione del segreto commerciale e, nonostante possa sembrare paradossale, con l'interesse alla concorrenzialità del mercato. In particolare, i *cartel-like effects* della fissazione dei prezzi tramite l'analisi dei *big data*⁶⁹⁴ e gli accordi di *data sharing* e *data pooling* – nonostante questi ultimi siano auspicabili in linea di principio – possono contrastare col divieto di intese restrittive della concorrenza (art. 101 TFUE)⁶⁹⁵.

⁶⁹¹ Come detto, per la portabilità dei dati non-personali le imprese stanno elaborando i codici di condotta ex art. 6 Reg. UE 1807/2018 (v. *supra*, paragrafo 1.1.).

⁶⁹² Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, 2019, p. 76 disponibile a <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. V. anche J. DREXL – R.M. HILTY – J. GLOBOCNIK – F. GREINER – D. KIM – H. RICHTER – P.R. SLOWINSKI – G. SURBLITÉ – A. WALZ – K. WIEDEMANN, *Position Statement 2017*, cit., parr. 4-5.

⁶⁹³ L'accesso ai dati personali è possibile solo se questi sono stati anonimizzati o se è soddisfatta una delle condizioni di cui all'art. 6 GDPR, v. Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit., pp. 77-80 e 104.

⁶⁹⁴ Sul punto v. A. EZRACHI – M. STUCKE, *Virtual Competition – The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press, Cambridge (MA, USA), 2016, pp. 35-81.

⁶⁹⁵ Per *data sharing* si intende il contratto con cui un'impresa condivide tutti o alcuni dei dati di cui dispone. Se in tale contratto vi è una clausola di reciprocità (per cui entrambe le parti condividono i propri dati) si ha *data pooling*. Tuttavia, siccome di norma tali accordi rientrano nell'art. 101.3 TFUE, la Commissione potrebbe valutare l'adozione di un'esenzione per categoria, v. Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit., p. 98.

Riguardo al *data producer's right* si è detto che non vi è una *one-size-fits-all*. Ciò è vero anche per l'accesso. Allora, data l'eterogeneità dei dati⁶⁹⁶ e degli interessi in gioco, è auspicabile l'individuazione di un quadro di principi generali accompagnato poi da discipline settoriali.

1.3.1. *L'accesso ai dati per mezzo dell'essential facility doctrine*

Nonostante l'*essential facility doctrine* (*EFD*) sia la prima soluzione che viene in mente al giurista *antitrust*, non si tratta di una risposta adeguata. Non si vuol certo dire che sia uno strumento inutile, anzi il suo ruolo continua a essere fondamentale. Tuttavia, siccome il suo campo di applicazione è ristretto a casi eccezionali in cui un'impresa dominante non permette ai concorrenti di accedere a una risorsa essenziale per operare su un mercato a valle, questa dottrina non può essere lo strumento principale di accesso ai dati⁶⁹⁷.

Come detto in altra sede (v. *supra*, Sezione I, paragrafo 2.4.3.5.)⁶⁹⁸, l'*EFD* si applica solo se: i) la risorsa è indispensabile per operare su un mercato a valle ed è impossibile o irragionevolmente difficile da riprodurre per i concorrenti; ii) il rifiuto dell'impresa dominante è idoneo a eliminare la concorrenza sul mercato a valle; iii) il rifiuto di licenziare un DPI impedisce la creazione di un nuovo prodotto; e iv) la condotta non è oggettivamente giustificabile.

Nonostante la funzione dell'*essential facility doctrine* sia favorire la concorrenza nel mercato⁶⁹⁹, un'applicazione rigorosa dei requisiti appena ricordati nell'ambito

⁶⁹⁶ “*Discussing access in abstract is futile*”, Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit., p. 73, la quale ricorda, per esempio, la necessità di distinguere tra dati personali e non e tra dati raccolti volontariamente, dall'osservazione o inferiti da altri dati.

⁶⁹⁷ È bene chiarire sin da ora che l'accesso a dati personali, per mezzo dell'*EFD*, è possibile solo quando questi siano anonimizzati o sia soddisfatta una delle condizioni di cui all'art. 6 GDPR, v. Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit., p. 104.

⁶⁹⁸ Si rimanda a questo paragrafo anche per gli opportuni riferimenti, i quali saranno limitati a quanto strettamente indispensabile in questa sede.

⁶⁹⁹ L'accesso all'*essential facility* permette di migliorare prodotti esistenti (c.d. *sustaining innovation*) e dunque di concorrere nel mercato. Al contrario, la negazione di tale accesso è un incentivo alla creazione di nuovi prodotti (c.d. *disruptive innovation*) e dunque alla concorrenza per il mercato. “*The*

digitale – dei primi tre in particolare – potrebbe raggiungere il risultato opposto – per via delle barriere all’entrata erette dai *network effects*. È allora opportuno – come ha iniziato a fare il Tribunale UE nella sentenza Microsoft – attenuare questo rigore per garantire la concorrenzialità di tali mercati⁷⁰⁰. In primo luogo, può non essere agevole dimostrare l’indispensabilità dei dati⁷⁰¹. Spesso il *multi-homing* e la possibilità di raccolta autonoma dei dati (in quanto pubblicamente disponibili) possono portare a ritenere che questi siano riproducibili dai concorrenti. Si deve stare attenti. Dire che un’informazione è pubblicamente disponibile non vuol dire che questa lo sia anche in formato digitale⁷⁰². E non vi è dubbio che nella *digital economy* quest’ultimo attribuisca alla prima un valore aggiunto. Si deve allora valutare – in termini oggettivi⁷⁰³ – l’esistenza di ostacoli legali, economici o tecnici che rendono la riproduzione dell’informazione in formato digitale impossibile o irragionevolmente gravosa. Dimostrazione che, da un lato, può essere facilitata dai *networks effects*, i quali possono seriamente ostacolare l’accesso ai dati per i concorrenti per via dei *lock-in effects*. Tuttavia dall’altro, siccome spesso il

opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts “business acumen” in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth”, v. Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP (Trinko), 540 U.S. 407 (2004). Tuttavia, l’accesso all’essential facility può diventare un incentivo indiretto alla concorrenza per il mercato. V. I. GRAEF, Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy, TILEC Discussion Paper, aprile 2019, pp. 6-10 disponibile a [http://ssrn.com/abstract= 5](http://ssrn.com/abstract=5)

⁷⁰⁰ I. GRAEF, *Rethinking the Essential Facilities Doctrine*, cit., pp. 10-12.

⁷⁰¹ La prova dell’indispensabilità dei dati sembra ancora più difficile alla luce della Decisione della Commissione del 11 marzo 2008, Google/DoubleClick, COMP/M.4731, punti 365-366 e della Decisione della Commissione del 3 ottobre 2014, Facebook/Whatsapp, COMP/M.7217, punti 187-189. In entrambi i casi si è affermato che la concentrazione non minacciava la concorrenza sui mercati relativi al *targeted advertising* in quanto i dati in questione, per via della loro natura non rivale, potevano essere ottenuti anche dai concorrenti. Ciò non esclude che la soluzione possa essere diversa per altri mercati (in particolare per la qualità dei servizi).

⁷⁰² J. DREXL, *Designing competitive markets for industrial data*, cit., pp. 48-49.

⁷⁰³ Cioè indipendentemente dalle risorse economiche del richiedente accesso, v. Sentenza della Corte di Giustizia UE del 26 novembre 1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG e Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, C-7/97, ECLI:EU:C:1998:569, punto 45.

richiedente ha solo una vaga idea di quello che può trovare nel *dataset* dell'impresa dominante⁷⁰⁴, può risultare arduo dimostrare l'indispensabilità dei dati. La distribuzione dell'onere della prova può risolvere l'*impasse*. Allora, quando il primo presenti elementi tali da far presumere l'indispensabilità di un *dataset* – per esempio per via del volume e della varietà dei dati – sarà la seconda a dover dimostrare il contrario. Inoltre, l'*EFD* dovrebbe applicarsi anche agli strumenti per il trattamento dei dati che rappresentano di fatto uno *standard* in un settore⁷⁰⁵.

Il rifiuto deve poi essere idoneo a eliminare la concorrenza sul mercato a valle. Tradizionalmente questo requisito richiede che l'*incumbent* – già presente su quest'ultimo – estenda la sua posizione dominante sul mercato a monte, che può essere anche potenziale o ipotetico, a quello a valle. A parere di chi scrive, il *leveraging* non è l'unica teoria del danno in grado di supportare l'*EFD*, la quale dovrebbe applicarsi anche quando la condotta dell'impresa dominante impedisce lo sviluppo di nuovi mercati a valle – così pregiudicando il *consumer welfare*⁷⁰⁶. Ciò è ormai evidente nella *digital economy*, dove spesso l'accesso ai dati è necessario per operare sui mercati più disparati. Pertanto, almeno nell'ambito digitale, il requisito in esame deve essere interpretato in modo da comprendere anche i casi in cui il rifiuto di contrarre è idoneo a prevenire lo sviluppo di un nuovo mercato⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴ J. DREXL, *Designing competitive markets for industrial data*, cit., p. 46.

⁷⁰⁵ La *1860-bricks structure* (banca dati protetta dal diritto d'autore) della IMS Health (Sentenza della Corte di Giustizia UE del 29 aprile 2004, IMS Health GmbH & Co. OHG contro NDC Health GmbH & Co. KG, C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257) può essere considerata uno *standard de facto*. Infatti, le società farmaceutiche, per via dei *network effects*, rifiutavano di utilizzare una struttura diversa. La CGUE non ha sottolineato a dovere il punto secondo J. DREXL, *Designing competitive markets for industrial data*, cit., pp. 53-55.

⁷⁰⁶ “[W]hile the discussion in the case law focuses on diversification in an existing market, the current test risks missing a far more dangerous scenario, whereby a dominant undertaking prevents the development of a new market to the detriment of the consumer”, v. E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2010, p. 125.

⁷⁰⁷ Se invece il mercato è già esistente e l'*incumbent* non vi opera, ciò significa che l'accesso ai dati non era necessario, v. I. GRAEF, *Rethinking the Essential Facilities Doctrine*, cit., pp. 20-21. Per la precisione, potrebbe anche darsi il caso in cui l'accesso all'*essential facility* è accordato solo ad alcune

Infine, il rifiuto di licenziare un DPI deve impedire la creazione di un nuovo prodotto per cui vi è una domanda potenziale sul mercato a valle. Due percorsi argomentativi possono essere seguiti al riguardo, uno radicale e uno più moderato. Il primo porta alla sostituzione dei *network effects* alla licenza di un DPI quale criterio distintivo⁷⁰⁸. Come affermato dalla giurisprudenza comunitaria, la *new product rule* serve a valutare se il rifiuto di contrarre “*prevents the development of the secondary market to the detriment of consumers*”⁷⁰⁹. Ebbene, mentre tale danno può prodursi allo stesso modo per i DPI e le altre *essential facilities*, il rilievo economico dei *network effects* è molto più netto. Allora, per evitare di ostacolare – e anzi rilanciare – la concorrenza nel mercato, in scenari in cui questa è già fortemente limitata dalle barriere all’entrata erette dalle esternalità di rete, sembra opportuno non applicare la *new product rule*. Al contrario, in assenza di *network effects*, per incentivare l’innovazione, la regola in esame deve essere applicata in modo rigoroso. Come si è detto, vi è anche un percorso più moderato. Questo, considerato che non vi è un DPI sui dati, porta all’inapplicabilità della *new product rule* al segreto commerciale⁷¹⁰, il quale non reprime – come il primo – l’imitazione dei terzi per incentivare il progresso tecnico e culturale, ma si limita a proteggere il controllo sulle informazioni

imprese, che così possono operare sul mercato a valle. La condotta dell’*incumbent* è certamente illecita, ma si tratta di pratica discriminatoria [art. 102, c. 2, lett. c), TFUE].

⁷⁰⁸ I. GRAEF, *Rethinking the Essential Facilities Doctrine*, cit., pp. 21-23. Inoltre, dal punto di vista economico, la *new product rule* è stata oggetto di forti critiche: “*in addition to be difficult to apply, the new product condition is a bad proxy of the parameter the Court seeks to test: the loss for consumers if the improvement of the product is blocked owing to the refusal to license. From an economic point of view, the analysis of the incentive effects to test whether the market will be limited to the prejudice to consumers is much more relevant*”, v. F. LÉVÊQUE, *Innovation, leveraging and essential facilities: Interoperability licensing in the EU Microsoft case*, in 28 *World Competition* 71 (2005) disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=927900, pp. 8-10 dell’estratto.

⁷⁰⁹ Sentenza *IMS Health*, cit., punto 48.

⁷¹⁰ Uno spunto in tal senso può essere tratto da Commissione Europea, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, 2005, p. 68 disponibile a <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. In modo esplicito, v. G. SURBLITÉ, *The Refusal to Disclose Trade Secrets as an Abuse of Market Dominance – Microsoft and Beyond*, Stämpfli Publishers, Berne, 2011, pp. 128-133.

contro certe condotte. Per via del suo solido fondamento nell'analisi economica dei mercati digitali, la prima via sembra preferibile.

Finora né la Corte di Giustizia né la Commissione hanno avuto occasione di pronunciarsi sull'*EFD* nella *digital economy*. Almeno non direttamente. Secondo parte della dottrina, vista la necessità di accedere ai dati nei mercati digitali, la Commissione ha utilizzato altri abusi per raggiungere i risultati dell'*EFD*⁷¹¹. Così molto brevemente, la Commissione, nei casi Google Shopping⁷¹² e Google Android⁷¹³, ha utilizzato, rispettivamente, il divieto di *self-preferencing* e, dunque, di *leveraging* delle piattaforme digitali – le quali talvolta svolgono il ruolo duale di mercato e di operatore sul mercato – e di *tying contracts*. Nonostante, dal punto di vista pratico si possa apprezzare questa prassi, essa non è certo condivisibile da quello teorico. Il pericolo è evidente. Si rischia di aggirare il bilanciamento tra libertà di iniziativa economica e interesse alla concorrenza nel mercato di cui l'*EFD* è espressione. Equilibrio che invece deve essere definito con precisione per lo sviluppo dei mercati digitali.

1.3.2. Il diritto alla portabilità dei dati personali

Il diritto alla portabilità dei dati personali (art. 20 GDPR) è il secondo strumento di accesso ai dati nella *digital economy*. L'interessato ha il diritto di ricevere in un

⁷¹¹ I. GRAEF, *Rethinking the Essential Facilities Doctrine*, cit., pp. 12-17.

⁷¹² Decisione della Commissione del 27 giugno 2017, Google Search (*Shopping*), AT.39740. La necessità di applicare l'*essential facility doctrine* – e la sentenza *Bronner* in particolare – è stata evidenziata nella difesa di Google. La Commissione ha ritenuto irrilevante questo argomento dal momento che i concorrenti non avevano richiesto l'accesso a Google Shopping. Ciononostante l'esito della decisione è sostanzialmente lo stesso che si sarebbe raggiunto per mezzo dell'*EFD*.

⁷¹³ Decisione della Commissione del 18 luglio 2018, Google Android, AT.40099. Per quanto qui interessa, Google richiedeva ai produttori degli apparecchi Android l'installazione delle *app* Google Search e Google Chrome per ottenere la licenza del Google Play Store. Nonostante la condotta sia stata sanzionata come *tying contract*, è chiaro che il caso può essere visto come un rifiuto di licenziare un'*essential facility* (Google Play Store) se non vengono soddisfatte le condizioni poste da Google. Per entrambe le decisioni è pendente l'appello davanti al Tribunale UE.

formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivo automatico⁷¹⁴ i dati personali⁷¹⁵ che ha fornito⁷¹⁶ al titolare del trattamento e ha il diritto di trasmetterli a un altro titolare del trattamento senza impedimenti da parte del primo. La norma non si applica a tutti i dati personali che l'interessato ha fornito a un titolare del trattamento, ma solo a quelli il cui trattamento si basi sul consenso o su un contratto⁷¹⁷ [art. 6.1, rispettivamente lett. a) e b), GDPR] e sia effettuato con mezzi

⁷¹⁴ Questi tre elementi sono i requisiti minimi per facilitare l'interoperabilità dei formati, v. A29WP, *Guidelines on the right to data portability*, 5 aprile 2017, pp. 16-18 disponibile a https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611233. L'ISO intende per interoperabilità “[t]he capability to communicate, execute programs, or transfer data among various functional units in a manner that requires the user to have little or no knowledge of the unique characteristics of those units”, v. ISO/IEC 2382-01. Il considerando 21 Dir. UE 2013/37 ritiene leggibile da dispositivo automatico “a file format structured so that software applications can easily identify, recognize and extract specific data, including individual statements of fact, and their internal structure [...]”. Se non vi è un formato diffuso in un settore, i dati devono essere forniti in un formato generalmente diffuso (per esempio XML) assieme a tutti i metadati utili al miglior livello di granularità possibile. A ogni modo, sull'interoperabilità dei formati restano parecchie incertezze, v. O. LYNKEY, *Aligning data protection rights with competition law remedies? The GDPR right to data portability*, in 42 *European Law Review* 807 (2017).

⁷¹⁵ Nella pratica, la distinzione tra dati personali e non personali può presentare difficoltà (v. *supra*, nt. 646). In ogni caso, quando non è possibile l'identificazione dell'interessato questo può esercitare il diritto alla portabilità dei dati fornendo le informazioni necessarie per l'identificazione (art. 11.2 GDPR).

⁷¹⁶ Questo requisito è interpretato in modo abbastanza ampio. Si considerano forniti dall'interessato sia i dati volontariamente forniti che quelli raccolti dal titolare del trattamento osservando il comportamento dell'interessato (*observed data*), ma non quelli creati dal titolare del trattamento sulla base delle prime due categorie di dati (*inferred data*). V. A29WP, *Guidelines on the right to data portability*, cit., pp. 9-11. Il che diventa particolarmente problematico per i c.d. *reputational data* (come i *feedback* su Uber o AirBnb), ai quali, in quanto non forniti dall'interessato, non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto alla portabilità dei dati.

⁷¹⁷ Sarebbe buona prassi sviluppare dei regimi di portabilità dei dati anche negli altri casi. Si tratterebbe però di regimi rimessi alla volontà dei titolari del trattamento, v. A29WP, *Guidelines on the right to data portability*, cit., p. 8 nt. 16.

automatizzati⁷¹⁸. Di più. L'interessato ha il diritto di ottenere la trasmissione diretta dei dati personali da un titolare del trattamento all'altro, ove ciò sia tecnicamente fattibile⁷¹⁹. In ogni caso, il diritto alla portabilità dei dati non può ledere i diritti e le libertà altrui⁷²⁰.

In apertura si è detto che prevenire è meglio che curare. Ebbene, la portabilità dei dati può diventare uno strumento per garantire la concorrenzialità dei mercati digitali prima che sia troppo tardi, cioè prima del verificarsi di una condotta illecita. In mercati caratterizzati da elevate barriere all'entrata – rappresentate principalmente

⁷¹⁸ Sembrano rientrare in questa nozione i mezzi sia parzialmente che totalmente automatizzati (art. 2.1 GDPR). Non pare dunque richiesta l'assenza di attività umana nel trattamento dei dati, v. O. LYNKEY, *Aligning data protection rights with competition law remedies?*, cit., 800.

⁷¹⁹ Ciò non si può in ogni caso tradurre in un onere per i titolari del trattamento di adottare dei sistemi di trattamento tecnicamente compatibili tra loro (considerando 68 GDPR). “*Data controllers are expected to transmit personal data in an interoperable format, although this does not place obligations on other data controllers to support these formats. Direct transmission from one data controller to another could therefore occur when communication between two systems is possible, in a secured way, and when the receiving system is technically in a position to receive the incoming data. If technical impediments prohibit direct transmission, the data controller shall explain those impediments to the data subjects, as his decision will otherwise be similar in its effect to a refusal to take action on a data subject’s request (Article 12(4))*”, v. A29WP, *Guidelines on the right to data portability*, cit., p.16.

⁷²⁰ I problemi principali sono relativi alla protezione dei dati personali di terzi e dei DPI e segreti commerciali del titolare del trattamento. Nel primo caso, quando i dati personali dell'interessato contengono anche dati personali di terzi (per esempio una foto di gruppo postata su Facebook), il trattamento dei dati dei terzi da parte dell'interessato nell'ambito di un'attività personale rimane sotto la sua responsabilità. In questi casi, il diritto alla portabilità dei dati può essere esercitato, ma il trattamento del nuovo titolare è lecito solo nella misura in cui i dati del terzo restino nella sola disponibilità dell'interessato e sono trattati per “*purely personal or household needs*”. Pertanto, il nuovo titolare non può utilizzare i dati personali relativi al terzo per i propri fini. Dovrebbero essere inoltre elaborati dei meccanismi attraverso cui il terzo può consentire al trattamento dei dati. Per quanto riguarda i DPI e segreti commerciali del titolare del trattamento, questi non possono autorizzare il rifiuto di trasmettere i dati. Tuttavia, i dati possono essere trasmessi in modo da non ledere il DPI o il segreto commerciale. V. A29WP, *Guidelines on the right to data portability*, cit., pp. 11-12. Per un'analisi dei rapporti tra diritto alla portabilità dei dati personali e DPI, v. I. GRAEF – M. HUSOVEC – N. PURTOVA, *Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging concept in EU Law*, in 19 *German Law Review* 1374-88 (2018).

dai *network effects* e dalle economie di scala – sta diventando sempre più palese l’inadeguatezza del tradizionale approccio sanzionatorio. È necessaria una disciplina che assicuri l’apertura concorrenziale dei mercati – *i.e.* una disciplina sull’accesso ai dati. Più precisamente, la portabilità dei dati permette di raggiungere questo risultato riducendo gli *switching costs* e i *lock in effects*, peraltro favorendo la produzione di nuovi beni e servizi⁷²¹. In tal modo, i consumatori possono decidere razionalmente di passare da una piattaforma a un’altra e – dal momento che per operare nei mercati digitali è necessaria una certa massa critica di dati – nuove imprese possono entrare e avere successo in questi mercati.

Non bisogna però farsi prendere la mano. Nonostante l’art. 20 GDPR sia stata la prima norma a introdurre un ampio regime di portabilità dei dati⁷²², neanche questo risolve il problema dell’accesso ai dati nella *digital economy*. Il che è già chiaro analizzando i suoi obiettivi. Al riguardo, esemplare è il ripensamento dell’Article 29 Data Protection Working Party (A29WP). Mentre le linee guida sul diritto alla portabilità dei dati del 2016 affermavano che “*the primary aim of data portability is to facilitate switching, from one service provider to another, thus enhancing competition between services [...] [and enabling] the creation of new services in the context of the digital single market*”⁷²³, quelle del 2017 hanno aggiustato il tiro precisando che “[w]hilst the right to data portability may also enhance competition between services (by facilitating service switching), the GDPR is regulating personal data and not competition”⁷²⁴. La funzione principale del diritto in esame non è quindi

⁷²¹ Per tutti, v. A29WP, *Guidelines on the right to data portability*, cit., p. 3.

⁷²² Il primo regime di portabilità dei dati ha garantito la possibilità di passare da un operatore telefonico a un altro senza dover cambiar numero (Dir. CE 2002/22). Per una contestualizzazione dell’art. 20 GDPR, v. O. LYNSKEY, *Aligning data protection rights with competition law remedies?*, cit., 796-799.

⁷²³ A29WP, *Guidelines on the right to data portability*, 13 dicembre 2016, p. 4 disponibile a https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-51/wp242_en_40852.pdf. Nello stesso senso v. J. ALMUNIA, *Competition and personal data protection*, Privacy Platform event: Competition and Privacy in Markets of Data (Brussels), 26 novembre 2012 disponibile a https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_860, secondo cui il diritto alla portabilità dei dati “*goes to the heart of competition policy*”.

⁷²⁴ A29WP, *Guidelines on the right to data portability*, cit., p. 4.

garantire la concorrenzialità dei mercati digitali, ma assicurare un maggior controllo degli utenti sui loro dati personali e costruire la fiducia necessaria al trattamento di questi ultimi nell'ambito digitale⁷²⁵. Nonostante le due finalità spesso si rafforzino a vicenda⁷²⁶, talvolta possono confliggere. E in questi casi, l'interesse alla concorrenzialità dei mercati digitali non può che cedere il passo al diritto fondamentale alla protezione dei dati personali (art. 8 Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE)⁷²⁷. Così malgrado ciò non sia sempre funzionale alla concorrenzialità dei mercati, non si può certo impedire agli interessati di portare i dati che avevano affidato a una piattaforma emergente a una dominante. O ancora, qualora accada il contrario e alcuni dei dati trasmessi alla nuova piattaforma contengano anche dati personali di terzi – per esempio una foto di gruppo – il trattamento di questi ultimi da parte del nuovo titolare del trattamento è lecito solo nella misura in cui i dati del terzo rimangano nella sola disponibilità dell'interessato e siano trattati per “*purely personal or household needs*”⁷²⁸. Inoltre, scendendo dal piano dei principi a quello applicativo, non si può trascurare che l'ambito di applicazione dell'art. 20 GDPR è limitato ai soli dati personali forniti dall'interessato al titolare del trattamento e da questo processati tramite mezzi automatizzati, sulla base del consenso o di una relazione contrattuale col primo. È chiara allora l'inadeguatezza di questa disposizione a garantire l'accesso ai dati personali non rientranti nel suo ambito di

⁷²⁵ Questa è in generale la funzione delle disposizioni del GDPR, v. Commissione europea, *Commission Staff Working Paper – Impact Assessment accompanying the General Data Protection Regulation and the Directive on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such data*, 20 gennaio 2012, p. 41 disponibile a <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2012/EN/SEC-2012-72-2-EN-MAIN-PART-1.PDF>.

Con specifico riferimento al diritto alla portabilità dei dati, v. I. GRAEF, *Mandating Portability and Interoperability in Online Social Networks*, in 39 *Journal of Telecommunications Policy* 507 (2015).

⁷²⁶ “[M]ore competition between internet providers, and hence less dependency on providers with a dominant share, could strengthen internet users’ self-determination”, v. Commissione europea, *GDPR Impact Assessment*, cit., pp. 69-70.

⁷²⁷ O. LYNKEY, *Aligning data protection rights with competition law remedies?*, cit., 812.

⁷²⁸ V. *supra*, nt. 720.

applicazione e a quelli non personali – per questi ultimi si è già visto l’atteggiamento cerchiobottista dell’art. 6 Reg. UE 1807/2018 (v. *supra*, paragrafo 1.1.).

1.3.3. *Necessità di una disciplina ad hoc sull’accesso ai dati?*

Tirando le fila del discorso, l’*EFD* e il diritto alla portabilità dei dati personali – nonostante il loro rilievo per la concorrenzialità dei mercati digitali – non risolvono in modo adeguato il problema dell’accesso ai dati nella *digital economy* ed è sempre più sentito il bisogno di una disciplina *ad hoc* in materia. Si tratta di un tema tanto affascinante quanto complesso, che probabilmente non è stato ancora compreso appieno. Allora senza ambire in nessun modo a risolvere il problema, proverò, in queste poche pagine, ad abbozzare alcuni dei punti principali della discussione.

È appena il caso di ricordare che questo percorso normativo inizia da un crocevia. Da una parte vi è un *property right* come incentivo alla produzione e commercializzazione dei dati, dall’altra il diritto di accesso. Fortunatamente, la dottrina prevalente⁷²⁹ e l’UE⁷³⁰ sembrano avere imboccato la seconda strada.

Su un altro piano, il diritto di accesso ai dati può riferirsi indistintamente a dati personali e non personali o differenziare. Finora, l’UE ha seguito la seconda via (v. *supra*, paragrafo 1.1.). I primi sono soggetti alle norme del GDPR e dunque l’accesso dei concorrenti dipende dall’esercizio da parte dei consumatori del diritto alla portabilità dei dati personali (art. 20 GDPR). Mentre i secondi sono disciplinati dal Reg. UE 1807/2018, il quale – timidamente – incoraggia le imprese ad adottare

⁷²⁹ Per alcuni riferimenti, v. *supra*, paragrafi 1.2. e 1.2.1.

⁷³⁰ Nonostante la genericità della sua formulazione, la recente comunicazione della Commissione sembra seguire questa strada. Infatti, tra gli obiettivi del Data Act (2021) vi è l’individuazione, se necessario, di un diritto di accesso ai dati. È altresì prevista una revisione del diritto della proprietà intellettuale (diritto *sui generis* sulle banche dati e segreto commerciale, in particolare) al fine di favorire l’accesso ai dati. Quest’ultima, in ogni caso, non sembra da intendersi nel senso dell’introduzione di un DPI sui dati. V. Comunicazione della Commissione del 19 febbraio 2020, *A European strategy for data*, COM(2020) 66 final, p. 13 disponibile a https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-european-strategy-data-19feb2020_en.pdf

regimi di portabilità dei dati non personali (art. 6)⁷³¹. Senonché, la difficoltà pratica di distinguere tra le due categorie di dati⁷³² ci indirizza verso la prima via. Infatti, essendo lo stesso il rilievo economico dell'accesso per entrambe, sembra preferibile una disciplina generale affiancata dalle garanzie previste dal GDPR per il trattamento dei dati personali⁷³³.

Quanto alla struttura della disciplina, l'ampiezza del suo oggetto esclude una *one-size-fits-all* e impone l'introduzione di un regime generale affiancato da normative settoriali. Il primo potrebbe essere rappresentato – oltre che dall'*EFD* – dall'introduzione di un meccanismo di portabilità dei dati a tutte le categorie di dati⁷³⁴. Come detto in precedenza, la possibilità di accedere e trasmettere a terzi i propri dati riduce gli *switching costs* e i *lock-in effects* così favorendo la concorrenza nel mercato e la creazione di nuovi beni o servizi. Non vi è ragione allora – essendo i

⁷³¹ Il quadro è poi completato da meccanismi di accesso ai dati delle pubbliche amministrazioni – Dir. UE 2019/1024 (*Open Data*) – e di condivisione dei dati tra imprese ed enti pubblici (c.d. *B2G data sharing*). Quest'ultimo potrebbe essere uno degli obiettivi del Data Act (2021), v. Comunicazione *A European strategy for data 2020*, cit., p. 13. Per i principi alla base del *B2G data sharing*, v. Commissione europea, *Staff Working Document - Guidance on sharing private sector data in the European data economy*, 25 aprile 2018, SWD(2018) 125 final, pp. 12-18 disponibile a <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/staff-working-document-guidance-sharing-private-sector-data-european-data-economy>

⁷³² Si ricordi che l'identificabilità, secondo, alcuni – nello spirito del GDPR – richiede una valutazione del rischio (Considerando 26 GDPR), mentre l'A29WP sembrerebbe richiedere l'impossibilità assoluta, v. M. FINCK – F. PALLAS, *They who must not be Identified*, pp. 43-47. Per maggiori riferimenti v. *supra*, nt. 646.

⁷³³ In astratto, una normativa sui dati potrebbe applicarsi a entrambe le categorie o differenziare. Contrariamente a queste due soluzioni, è preferibile una disciplina capace di integrare la protezione dei dati personali con la creazione di mercati digitali efficienti, per mezzo della coesistenza tra “*a generally applicable data economy law [...], on the one hand, and the data protection rules of the GDPR, on the other*”, v. J. DREXL, *Legal Challenges*, cit., pp. 19-41, la citazione è tratta da p. 41.

⁷³⁴ Un passo in questa direzione è stato fatto in Francia, dove la *Loi pour une République numérique* (LOI n° 2016-1321) ha introdotto il diritto alla portabilità dei dati non personali (art. L224.42.1 *Code de la consommation*): “*le consommateur dispose en toutes circonstances d'un droit de récupération de l'ensemble de ses données*”. Il legislatore francese si è mosso nella giusta direzione, ma quel che si propone nel testo va oltre. Il diritto alla portabilità dei dati dovrebbe riguardare tanto i consumatori quanto le imprese.

lock-in effects e l'effetto concorrenziale della portabilità dei dati indipendenti dalla natura di questi ultimi⁷³⁵ – di limitarne l'ambito di applicazione ai soli dati personali⁷³⁶. In tal modo, si risolverebbe il fallimento di mercato che avviene quando alla produzione dei dati partecipano più soggetti, ma solo uno ha il controllo di fatto sui dati. Il che avviene, per esempio, quando il produttore di un apparecchio dotato di sensori controlla i dati prodotti dall'utilizzatore, che magari svolge tale attività nell'interesse di un terzo. Questo esempio permette di chiarire come individuare il titolare del diritto in esame⁷³⁷. Solo chi tra i soggetti coinvolti nella produzione dei dati ha un interesse legittimo – cioè ha bisogno di ulteriori servizi legati ai dati – sarà titolare del diritto⁷³⁸ – nel nostro esempio, il terzo nel cui interesse avviene l'uso dell'apparecchio. Si deve precisare poi che l'accesso non è necessariamente gratuito. Infatti, se ciò implica costi aggiuntivi per chi ha il controllo materiale dei dati, può essere richiesto un compenso conforme ai criteri previsti per le licenze FRAND⁷³⁹.

⁷³⁵ I c.d. *reputation data* sono un esempio evidente. Si pensi a un soggetto che mette a disposizione alloggi su AirBnb. È difficile che questo passi a una piattaforma concorrente se non può portare con sé i commenti e le valutazioni di chi ha soggiornato nei suoi alloggi (se positivi ovviamente). V. C. BUSCH, *Towards Fairness and Transparency in the Platform Economy? A First Look at the P2B Regulation*, in A. DE FRANCESCHI – R. SCHULZE (a cura di), *Digital Revolution – New Challenges for Law*, C.H. Beck – Nomos, München – Baden-Baden, 2019, pp. 71-72.

⁷³⁶ J. DREXL, *Designing competitive markets for industrial data*, cit., p. 57.

⁷³⁷ J. DREXL – R.M. HILTY – J. GLOBOCNIK – F. GREINER – D. KIM – H. RICHTER – P.R. SLOWINSKI – G. SURBLITÉ – A. WALZ – K. WIEDEMANN, *Position Statement 2017*, cit., par. 21. Inoltre, questo interesse definisce l'ampiezza dell'accesso, che è limitato all'analisi dei dati necessaria per il titolare – indipendentemente dal soggetto che la svolge.

⁷³⁸ Non si può non rilevare come questa soluzione sia applicabile in modo “olistico” ai dati sia personali che non personali. In entrambi i casi infatti il titolare ha un interesse legittimo all'accesso ai dati, nel primo caso si tratta di un interesse della personalità, mentre nel secondo di un interesse economico.

⁷³⁹ J. DREXL – R.M. HILTY – J. GLOBOCNIK – F. GREINER – D. KIM – H. RICHTER – P.R. SLOWINSKI – G. SURBLITÉ – A. WALZ – K. WIEDEMANN, *Position Statement 2017*, cit., par. 24. Per esempio, nel settore automobilistico, l'accesso ai dati del costruttore da parte di operatori indipendenti, al fine della riparazione o manutenzione del veicolo, è subordinato al pagamento di un compenso ragionevole e proporzionato (art. 7 Reg. CE 715/2007).

La portabilità dei dati non è però una panacea. Ci sono casi in cui l'accesso ai dati prodotti da un'impresa risponde a un interesse pubblico, anche se il richiedente accesso non ha partecipato alla produzione di tali dati⁷⁴⁰. Si tratta di situazioni che variano da un mercato all'altro e che richiedono dunque dei regimi settoriali. Un esempio particolarmente istruttivo è il regolamento REACH (Reg. CE 1907/2006)⁷⁴¹, il quale prevede l'obbligo di condividere i dati derivanti dalla sperimentazione di sostanze chimiche su animali vertebrati. Al fine di ridurre al minimo tale pratica, chi ha raccolto questi dati per ottenere la registrazione di una sostanza chimica alla European Chemicals Agency (ECHA)⁷⁴² è tenuto a condividerli con chi richiede la registrazione di una nuova sostanza a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie (FRAND)⁷⁴³. Le parti sono libere di negoziare un contratto di "licenza" ma, in caso di fallimento delle negoziazioni, è previsto un regime di accesso di *default*⁷⁴⁴. L'esempio è particolarmente istruttivo per almeno due ragioni. Da un lato, una simile disciplina potrebbe diventare un modello per i diritti di accesso settoriali⁷⁴⁵. Dall'altro, siccome la difficoltà di concordare un compenso per l'accesso ai dati rischia di pregiudicare il buon esito di queste negoziazioni (c.d. *information paradox*), la disponibilità di un regime di *default* potrebbe diventare uno strumento per incentivare la condivisione dei dati anche in assenza di uno specifico

⁷⁴⁰ Si precisa che non solo l'accesso da parte da soggetti pubblici, ma anche privati può rispondere a un interesse pubblico. Per esempio nei casi previsti dalla REACH Regulation (Reg. CE 1907/2006).

⁷⁴¹ J. DREXL, *Designing competitive markets for industrial data*, cit., pp. 63-66.

⁷⁴² Solo le sostanze registrate possono circolare nel Mercato interno, v. considerando 19 Reg. CE 1907/2006.

⁷⁴³ E quest'ultimo è tenuto a richiedere la condivisione dei dati relativi agli esperimenti su animali vertebrati per registrare la nuova sostanza all'ECHA (art. 27.1 Reg. cit.).

⁷⁴⁴ Artt. 27 e 30 Reg. cit. In generale, la previsione di un regime di *default* di accesso in caso di fallimento delle negoziazioni ha un'importanza cruciale. In sua assenza infatti, la vaga conoscenza che il richiedente ha del contenuto del *dataset* rende difficili l'individuazione del corrispettivo per l'accesso ai dati, rischiando così di compromettere le trattative e, dunque, di impedire l'accesso ai dati (c.d. *information paradox*). V. J. DREXL, *Designing competitive markets for industrial data*, cit., pp. 44, nt. 127, e 66.

⁷⁴⁵ J. DREXL, *Designing competitive markets for industrial data*, cit., pp. 64-65.

interesse pubblico all'accesso⁷⁴⁶. In particolare, l'introduzione di un regime facoltativo di negoziazione, mediazione e arbitrato potrebbe favorire la conclusione di accordi di *data pooling*⁷⁴⁷, i quali sono probabilmente il più potente strumento di diffusione dei dati e dunque di decentralizzazione dei mercati digitali⁷⁴⁸.

Si tenga però presente che accesso ai ed esclusiva dei dati sono due facce della stessa medaglia. Due contrapposte istanze che il legislatore dei prossimi anni sarà chiamato a bilanciare, dimodoché entrambe possano favorire la concorrenza nei mercati digitali. In tale bilanciamento si deve tenere in debito conto il *business model* del soggetto che detiene i dati⁷⁴⁹. Così, quando la loro raccolta avviene come *by-product*, l'introduzione di un sistema di negoziazione, mediazione e arbitrato a garanzia dell'accesso non rappresenterà, di norma, un disincentivo alla creazione e commercializzazione dei dati. Anzi è proprio chi li detiene che ha interesse a commercializzarli. Non si può dire altrettanto quando la raccolta dei dati costituisce il cuore di un modello di *business*. In questi casi, siccome l'accesso può trasformarsi in un disincentivo all'innovazione e agli investimenti, sembra opportuno limitarlo ai casi eccezionali in cui si applica l'*EFD*. Per esempio, se un *social network* emergente avesse diritto di accedere ai dati raccolti da Facebook, vi sarebbe *free-ride* del primo sugli investimenti del secondo.

⁷⁴⁶ J. DREXL, *Designing competitive markets for industrial data*, cit., pp. 65-66.

⁷⁴⁷ Questi sono particolarmente importanti per l'analisi dei dati e per lo sviluppo del *machine learning*, v. Comunicazione *A European strategy for data 2020*, cit., pp. 5 e 15. In tal modo, i dati vengono gestiti come una *common pool resource*. Al riguardo v. C. HESS – E. OSTROM, *Introduction: An Overview of the Knowledge Commons*, in C. HESS – E. OSTROM (a cura di), *Understanding Knowledge as a Commons. From Theory to Practice*, MIT Press, Cambridge – London, 2007, pp. 3-21 e B.M. FRISCHMANN, *An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management*, in 89 *Minn. L.R.* 917 (2005).

⁷⁴⁸ La diffusione di forme di gestione dei dati come una *common pool resource* è considerata uno degli obiettivi più importanti del diritto *antitrust* nell'era digitale da M. RICOLFI, *The Internet of Things and the Ages of Antitrust*, in *Concorrenza e Mercato*, 2017, pp. 215-232 disponibile a <https://nexa.polito.it/nexacenterfiles/4.%20ricolfi.pdf>, pp. 25-26 dell'estratto.

⁷⁴⁹ J. DREXL, *Designing competitive markets for industrial data*, cit., pp. 61-62.

2. Piattaforme globali e antitrust territoriali

All'orizzonte del diritto *antitrust* non si scorge solo l'accesso ai dati, ma la *digital economy* richiede altresì l'individuazione della sede più opportuna per disciplinare la concorrenza e un ripensamento dello *standard* del *consumer welfare*. A ben vedere, si tratta di questioni strettamente legate. Infatti, “*you can't know where to bring your concerns to, until you do not exactly know what they are*”⁷⁵⁰.

Mentre per la maggior parte del secolo scorso le grandi imprese ambivano al titolo di “campione nazionale”, oggi la globalizzazione e ancor più l'avvento della *digital economy* hanno spostato la gara – la concorrenza appunto – su un piano diverso: quello globale. Per esempio, grandi piattaforme come Facebook e Amazon operano e raccolgono dati in tutto il mondo, così conquistando un potere economico che non ha eguali nella storia. Non è questa la sede per chiedersi se la globalizzazione – oggi nella sua versione digitale – sia un bene o un male. Quel che qui interessa sono le regole di questa corsa ai mercati globali. In altri termini, il diritto *antitrust* riesce a limitare questa nuova forma del potere economico?

Il dubbio, per quel che qui interessa, è suscitato dal carattere territoriale che il diritto ha acquisito dalla pace di Westphalia (1648). Così, superando la dimensione nazionale e, talvolta, regionale del diritto della concorrenza, è stato affermato che a sfide globali dovrebbero seguire soluzioni globali⁷⁵¹. Già alla fine del secolo scorso, a livello internazionale si è provato a elaborare un codice del diritto *antitrust* in seno all'attuale WTO, ma questo progetto non è andato in porto⁷⁵². Tuttavia, un po' di

⁷⁵⁰ M. RICOLFI, *The Internet of Things and the Ages of Antitrust*, cit., p. 23 dell'estratto.

⁷⁵¹ Sul punto v. D.J. GERBER, *Global Competition: Law, Markets, and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

⁷⁵² Si tratta del Draft International Antitrust Code (DIAC) del 1993, il testo integrale si può trovare in W. FIKENTSCHER – U. IMMENGA (a cura di), *Draft International Antitrust Code*, Nomos, Baden-Baden, 1995, pp. 53 ss. Inoltre, due membri del gruppo del Munich Group (il gruppo che ha elaborato il DIAC) – Prof. E. Fox e L. Sullivan – considerando le disposizioni del DIAC troppo strette, elaborarono un “*alternative DIAC*”. Si tratta di 15 principi volti a garantire un'uniformazione minima dei diritti *antitrust*, così lasciando uno spazio di manovra più ampio alle autorità *antitrust* nazionali. Per una valutazione di questi 15 principi, v. E.M. FOX, *The “Alternative World-Antitrust Framework” in the Light of the Twenty-First Century*, in N. CHARBIT – E. RAMUNDO (a cura di),

cose sono cambiate da allora. E il notevole sviluppo della globalizzazione, in particolare nella sua versione digitale, potrebbe indurre a gettare il cuore oltre l'ostacolo e cimentarsi in un nuovo tentativo di uniformazione dei diritti *antitrust*. Ma rimaniamo con i piedi per terra. Forse in futuro sarà necessario, ma al momento non è quello di cui abbiamo bisogno⁷⁵³. Non vi è dubbio che strategie globali siano utili, ma l'uniformazione rischierebbe di diventare la proverbiale “zappa sui piedi”. Come già detto, la *digital economy* richiede di pensare “*outside the box*”⁷⁵⁴ ed elaborare nuove teorie del danno per fare i conti con le condotte anti-concorrenziali delle piattaforme digitali⁷⁵⁵. Pertanto, siccome l'innovazione tanto nel diritto quanto nell'economia è guidata dalla competizione (c.d. *competizione regolatoria*)⁷⁵⁶, l'uniformazione rischierebbe di portare a tutto ciò di cui oggi il diritto *antitrust* (*hipster*) non abbisogna: staticità. È allora preferibile che le soluzioni provengano dal basso, cioè dalle autorità *antitrust* nazionali e – ove presenti – regionali, anziché

Competition Law on the Global Stage. David Gerber's Global Competition Law in Perspective, Institute of Competition Law, New York, 2014, pp. 23-32, la quale conclude affermando che “[t]he alternative DIAC was both bold and naive in 1993, and it would be even more naive to make such a proposal today. [...] Perhaps someday it will be second nature to observe that global markets demand global solutions. But not so today”. Per la precisione, nel 1996 il WTO istituì il Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy (WGTCP) per studiare le relazioni tra commercio internazionale e “*competition policy*”. Tuttavia, il gruppo fu sciolto nel 2004. V. https://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/history_e.htm#julydec

⁷⁵³ M. RICOLFI, *The Internet of Things and the Ages of Antitrust*, cit., p. 27 dell'estratto.

⁷⁵⁴ M. GAL, *Competition and innovation in the digital environment*, in G. COLANGELO – V. FALCE, *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 11.

⁷⁵⁵ “*Disruption is occurring not only in the economy, but it is also to be expected in competition law enforcement*”, v. A. MUNDT, *Competition Law and Policy in Germany, The European Union and Beyond*, in J. KEYTE (a cura di), *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute. International Antitrust Law and Policy* (2017), Juris, New York, 2018, p. 104.

⁷⁵⁶ “*We may imagine that every legal system or every component of it produces different legal doctrines or techniques for a solution of a given problem. All of these different inputs enter into what we may call the market of legal culture*”, v. U. MATTEI, *Comparative Law and Economics*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1997, pp. 129-131. Non si può ignorare però che, come notato da Justice Louis Brandeis, questa competizione può anche trasformarsi in una “*race to the bottom*”, v. *Louis K. Liggett Co. v. Lee*, 288 U.S. 559 (1933).

calate dall'alto. L'attenzione per la dimensione globale della concorrenza deve essere però recuperata su un altro piano. Così, affinché la competizione regolatoria porti alla convergenza verso le soluzioni più efficienti è opportuno il potenziamento dei sistemi di dialogo e cooperazione tra le autorità *antitrust*⁷⁵⁷ – come avviene per esempio in seno all'*International Competition Network* (ICN). Questo discorso vale per il diritto *antitrust* sostanziale, mentre non si può dire altrettanto per quello procedurale. In quest'ultimo settore difatti un certo grado di uniformazione pare desiderabile, in quanto faciliterebbe la cooperazione tra le autorità nazionali e, in ultima analisi, la convergenza verso le soluzioni più efficienti⁷⁵⁸.

A ogni modo, i giuristi europei devono fare i conti anche con un altro imprescindibile livello: quello comunitario. Fermo restando quanto affermato su competizione regolatoria e cooperazione tra autorità *antitrust* nazionali – e la Commissione – si deve dire qualcosa in più riguardo all'uniformazione⁷⁵⁹. Mentre il diritto *antitrust* tradizionale è lo stesso in tutta l'UE, sta prendendo forma una normativa sull'accesso e sulla libera circolazione dei dati a garanzia della struttura concorrenziale del *DSM*. Per via delle esigenze di certezza del diritto e di creazione del *DSM*, la disciplina non può che essere comunitaria. Peraltro, siccome il dibattito sta muovendo i suoi primi passi nell'UE – che è l'ordinamento più all'avanguardia – è certamente troppo presto per discutere di una disciplina internazionale. Tornando al

⁷⁵⁷ A. MUNDT, *Firm Ground in Rough Times – The Role of International Organizations for Competition Convergence. Increased Cooperation as an answer to Globalization and Digitalization*, in J. KEYTE (a cura di), *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute. International Antitrust Law and Policy* (2016), Juris, New York, 2017, pp. 219-224.

⁷⁵⁸ J.T. LANG, *European Experience on Convergence of Antitrust Laws*, in J. KEYTE (a cura di), *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute. International Antitrust Law and Policy* (2016), Juris, New York, 2017, pp. 201-217, in particolare p. 209.

⁷⁵⁹ Il termine è stato ora utilizzato in modo improprio. La convergenza normativa può avvenire a tre livelli: armonizzazione, uniformazione e unificazione. La prima si ha quando vengono fissati principi e obiettivi comuni ma gli Stati sono liberi di individuare i mezzi per attuarli (il riferimento è in particolare allo strumento della direttiva), si ha uniformazione quando viene fissata una regola comune (come avviene nelle convenzioni internazionali) e si ha unificazione quando oltre alla norma si ha anche una giurisprudenza unica. V. G. BENACCHIO, *Diritto privato della Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, CEDAM, Padova, 2016, pp. 14-19.

diritto *antitrust* tradizionale, nell'UE la creazione di teorie del danno al passo con l'evoluzione dei mercati digitali e la loro convergenza verso le soluzioni più efficienti può contare sulla cooperazione tra autorità *antitrust* nazionali e Commissione all'interno dello European Competition Network (ECN). E al riguardo, non si può non citare la recente Dir. UE 2019/1 (c.d. ECN+), la quale ha potenziato il ruolo e il coordinamento tra le autorità *antitrust* degli Stati membri al fine di evitare che comportamenti anti-concorrenziali restino impuniti⁷⁶⁰.

Tuttavia, l'ombra della dimensione geopolitica della questione rischia di oscurare questo scenario – forse un po' ottimistico – di cooperazione⁷⁶¹. Più precisamente, il timore è che la convergenza normativa sia guidata dagli interessi degli ordinamenti politicamente più influenti e tecnologicamente più sviluppati, piuttosto che dall'efficienza delle soluzioni. Così, nonostante tradizionalmente le soluzioni *antitrust* comunitarie siano espressione di una politica industriale pro-europea, la debolezza delle imprese europee sui mercati digitali sta portando verso un approccio alquanto filo-statunitense in materia. Infine, siccome più della metà degli investimenti nell'intelligenza artificiale (IA) degli ordinamenti tecnologicamente più avanzati (USA e Cina) ha carattere militare, è probabile che la determinazione di soluzioni unitarie avvenga più sul piano del conflitto che su quello della cooperazione⁷⁶².

⁷⁶⁰ Il ruolo delle autorità nazionali è stato potenziato sotto tre profili: i) queste devono essere indipendenti (in particolare dal potere politico), autonome (cioè disporre delle risorse materiali necessarie per svolgere la loro funzione) e i loro poteri di indagine e sanzionatori sono stati armonizzati; ii) potenziamento dell'impianto sanzionatorio *antitrust*; e iii) consolidamento dei c.d. *leniency programmes*. La cooperazione è rafforzata, per esempio, attraverso obblighi di condivisione di informazioni e documenti e di attuazione delle decisioni emesse dall'autorità *antitrust* di un altro Stato membro. Per un commento, v. E. LATORRE, *La Direttiva N. 1/2019 e il suo impatto sulla disciplina antitrust dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 2019, pp. 239-254 disponibile a <http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/Latorre-direttiva-1-2019.pdf>

⁷⁶¹ Per alcune considerazioni sul punto, v. M. RICOLFI, *Il futuro della proprietà intellettuale nella società algoritmica*, in *Giur. It.*, Supplemento, 2019, pp. 35-36.

⁷⁶² Non si deve però trascurare il ruolo che può essere svolto dai c.d. *countervailing powers*. Per uno spunto, v. *Ibidem*, pp. 35-36.

3. *Una considerazione conclusiva sulla funzione del diritto antitrust: consumer welfare e limitazione del potere privato nella digital economy*

Concludendo la trattazione sul diritto *antitrust*, il concetto di *consumer welfare* è ancora la stella polare nell'interpretazione di questa normativa? E ancora, la tradizione culturale alla base dello Sherman Act, negli Stati Uniti, e dell'ordoliberalismo, in Europa, può aiutare oggi a rispondere alle sfide poste dalla *digital economy*?

Nonostante la traiettoria storica del diritto *antitrust* abbia lasciato in secondo piano la sua origine “costituzionale” per culminare oggi nell'analisi economica del diritto (v. *supra*, Sezione I, paragrafi 1. ss.) – cioè nella strumentalità del secondo all'efficienza economica⁷⁶³ – recentemente alcuni Autori hanno iniziato a mettere in discussione questo approdo. In particolare, negli Stati Uniti il c.d. *New Brandeis Movement*⁷⁶⁴, vedendo nei mercati digitali una nuova *concentration crisis*, propugna l'abbandono del concetto di *consumer welfare* per recuperare la concezione costituzionale del diritto *antitrust* quale “*check on private power as necessary in a functioning democracy*”⁷⁶⁵, che è stata sostanzialmente dimenticata dalla seconda metà del secolo

⁷⁶³ In modo molto efficace, è stato notato che il diritto *antitrust* è oggi “*less democratic and more technocratic*”, v. D.A. CRANE, *Technocracy and Antitrust*, in 86 *Texas Law Review* 1160 (2008). Il che è dimostrato, per esempio, dal favore con cui Franck Easterbrook ha salutato il fatto che le opinioni della Corte Suprema “*read like short treatises on microeconomic analysis*”, v. F.H. EASTERBROOK, *The Supreme Court, 1983 Term – Foreword: The Court and the Economic System*, in 98 *Harvard Law Review* 59 (1984).

⁷⁶⁴ Questo movimento, che si fonda sulla rielaborazione del pensiero del giudice della Corte Suprema Louis Brandeis – per cui la questione della concentrazione del potere economico è inestricabilmente legata alla forma di governo democratica – ha come manifesto T. WU, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, Columbia Global Reports, New York, 2018. Per un commento di quest'opera, v. L.M. KHAN, *Book Review: The End of Antitrust History Revisited*, in 133 *Harvard Law Review* 1655 (2020), la quale è una delle principali Autrici di questa corrente. Particolarmente rilevanti al riguardo sono i suoi due articoli L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in 126 *The Yale Law Journal* 710 (2017) e L.M. KHAN, *The Separation of Platforms and Commerce*, in 119 *Columbia Law Review* 973 (2019).

⁷⁶⁵ T. WU, *The Curse of Bigness*, cit., p. 19. Il che distingue questa corrente di pensiero non solo dalla *Chicago School*, ma anche dalla successiva *Post-Chicago School*. Infatti, mentre quest'ultima

scorso. In quest'ottica, il diritto della concorrenza dovrebbe tornare a occuparsi del processo competitivo, cioè dell'apertura concorrenziale dei mercati – e del suo impatto su interessi generali non solamente economici⁷⁶⁶ – anziché della massimizzazione dell'efficienza⁷⁶⁷.

Indipendentemente dall'adesione a questa scuola di pensiero, in un momento di forte ripensamento delle categorie tradizionali come quello attuale, i giuristi e le autorità *antitrust* non possono esimersi dall'analisi di questi interrogativi. In primo luogo, si deve ricordare che il *consumer welfare* è considerato, su entrambe le sponde dell'Atlantico, il fine mediato del diritto *antitrust* (v. *supra*, Sezione I, paragrafo 1.2.4.). Infatti, come detto in precedenza, il diritto della concorrenza tutela in prima battuta l'apertura concorrenziale dei mercati (fine immediato), il che – si presume – si rifletterà in prezzi più bassi (efficienza statica) e maggiore innovazione (efficienza dinamica). Tuttavia, qualora l'impresa dominante dimostri che la sua condotta è produttiva di efficienze maggiori del suo effetto anti-concorrenziale, la seconda non

accoglie e rielabora i principali assunti dell'analisi *chicagoan*, il *New Brandeis Movement* rigetta nettamente il *consumer welfare* quale obiettivo del diritto *antitrust*, il quale è considerato “*part of a broader anti-monopoly project to structure private power to serve public ends*”, v. L.M. KHAN, *Book Review: The End of Antitrust History Revisited*, cit., 1671. In questa sede si analizzerà solo questo punto della *New Brandesian Agenda*, la quale però comprende anche un più forte controllo delle concentrazioni e un ritorno ai “*big cases*” e all'utilizzo più diffuso di rimedi strutturali (come il *corporate breakup*), v. T. WU, *The Curse of Bigness*, cit., pp. 127-140.

⁷⁶⁶ Come era ben chiaro ai padri dello Sherman Act (e in Europa ai fondatori del pensiero ordoliberal), v. *supra*, Sezione I, paragrafi 1.1.1. e 1.2.1.

⁷⁶⁷ T. WU, *The Curse of Bigness*, cit., p. 135-137. Il concetto di *consumer welfare* era già stato aspramente criticato da B.Y. ORBACH, *The Antitrust Consumer Welfare Paradox*, in 7 *Journal of Competition Law & Economics* 133 (2011) e B.Y. ORBACH, *How Antitrust Lost Its Goal*, in 81 *Fordham Law Review* 2253 (2013), dove si sottolinea la necessità di “*restoring “competition” as the goal of antitrust. [In fact] [t]he regulation of competition cannot be expected to be simplistic and static. Rather, it ought to be nuanced, dynamic, and imperfect. [Furthermore] practically, antitrust has always been and will always be about the preservation of competition*” (2276-2277).

può essere ritenuta abusiva⁷⁶⁸. Come è evidente allora, è necessario trovare un equilibrio tra tutela del processo concorrenziale e dei suoi risultati⁷⁶⁹.

Mentre l'approccio *chicagoan* ha nettamente favorito i secondi rispetto al primo⁷⁷⁰, l'evoluzione della *digital economy* – segnatamente la natura duale delle piattaforme e lo sviluppo della concorrenza *across markets* – mi sembrano richiedere una ricalibratura dell'intervento *antitrust*. In particolare, nella ricerca di questo equilibrio, non solo si deve prestare maggiore attenzione al processo competitivo, ma è anche opportuno concentrarsi sull'efficienza dinamica nella valutazione dei suoi risultati⁷⁷¹. Infatti, come già detto in precedenza riguardo alla condotta imitativa delle piattaforme, questa – disincentivando l'innovazione sia delle piattaforme imitanti che delle imprese imitate – rischia di frenare fortemente il tasso di innovazione dei mercati interessati (v. *supra*, Sezione II, paragrafo 7.).

Dal punto di vista pratico, tra gli esempi più significativi di questa evoluzione, mi sembra si possano citare senz'altro l'introduzione di un regime di trasparenza per le piattaforme digitali (Reg. UE 1150/2019), del divieto del *self-preferencing* da parte di queste ultime (se dominanti) ai danni delle imprese operanti nel loro

⁷⁶⁸ Per tutti, v. Comunicazione della Commissione del 24 febbraio 2009, *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, 2009/C 45/02, punti 28-31.

⁷⁶⁹ E.M. FOX, *Against Goals*, in 81 *Fordham Law Review* 2160 (2013), dove si legge che “[t]he core debate is how to design and apply antitrust principles so that robust markets are likely to result or be preserved, not what are the goals of antitrust”, il che dipende dalla scelta tra tutela dei risultati della concorrenza o anche del processo competitivo e dall'accettazione o meno della concezione neo-liberista del mercato.

⁷⁷⁰ Il che, conformemente allo spostamento neo-liberista dell'attenzione dalla struttura del mercato all'individuo, ha portato a trascurare gli effetti negativi che la concentrazione del potere ha sul mercato. V. F. DENOZZA, *The Future of Antitrust: Concern for the Real Interests at Stake, or Etiquette for Oligopolists?*, in *Orizzonti di diritto Commerciale*, 2017, 1, pp. 16-17.

⁷⁷¹ Nonostante vi sia ampio consenso sulla cruciale importanza dell'efficienza dinamica nel diritto *antitrust*, negli Stati Uniti, “[s]ince Microsoft, [...] the antitrust agencies have not brought a single case involving a pure-innovation theory of harm in a monopolization case”, v. L.M. KHAN, *The Separation of Platforms and Commerce*, cit., 1029.

ecosistema⁷⁷², del diritto alla portabilità dei dati personali (art. 20 GDPR) e – fin troppo timidamente – dei dati non personali (art. 6 Reg. UE 1807/2018) e, più in generale, lo sviluppo del dibattito sull’accesso ai dati nell’economia digitale.

Che fare allora della nozione di *consumer welfare*? Può essere ancora considerata l’obiettivo del diritto *antitrust*? Come acutamente notato, dal punto di vista pratico, mentre si può concordare che l’obiettivo di questa normativa è avere “*robust markets*”, “[t]he big choice is [, on perspective,] *between outcome orientation, on the one hand, and concern for process as well as outcome, on the other* [, and, on assumptions,] *between embracing or not embracing the free-market assumptions*”⁷⁷³. Pertanto, anche qualora si decidesse di continuare a utilizzare l’espressione *consumer welfare*, si sappia che essa si riferisce al risultato del processo competitivo e che – almeno nell’ambito digitale – l’attenzione deve focalizzarsi principalmente sul processo competitivo e sull’efficienza dinamica, piuttosto che sulla concezione di stampo *chicagoan* dell’efficienza (statica) e del libero mercato. In altri termini, nella valutazione dell’illiceità di una condotta, lo sguardo deve essere volto alle sue conseguenze di medio-lungo periodo, piuttosto che ai suoi effetti immediati.

Altro paio di maniche poi è se l’interesse generale al corretto funzionamento del mercato sia solo economico o meno. A partire dalla *Chicago School*, il rapporto tra diritto ed economia nell’analisi *antitrust* è profondamente cambiato. Infatti, mentre la seconda era già in precedenza utilizzata nell’interpretazione del primo, con l’ascesa di questa scuola, essa ne è diventata anche il fine (v. *supra*, Sezione I, paragrafo 1.1.2. e 1.1.3. in particolare). Come detto in apertura, questa impostazione è oggi fortemente criticata dal *New Brandeis Movement*, il quale propone un’inversione di

⁷⁷² Oltre alla Decisione *Google Shopping*, cit., si deve citare anche, tra le altre, l’apertura dell’indagine della Commissione nei confronti di Amazon, v. Commissione europea, *Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon (press release)*, 17 luglio 2019 disponibile a https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291. Anche le teorie del danno che sono state proposte nella Sezione precedente mi sembrano essere in linea con questa evoluzione. In particolare, la tutela, se del caso, anche dei non *as efficient competitors* mi sembra testimoniare l’attenzione sul processo competitivo negli ecosistemi delle piattaforme digitali dominanti (v. *supra*, Sezione II, paragrafi 7.1. e 7.2.).

⁷⁷³ E.M. FOX, *Against Goals*, cit., 2160.

rotta per tornare a una concezione costituzionale del diritto *antitrust* come limite al potere privato. Anche se non si può prescindere da una certa cautela applicativa, la proposta mi sembra condivisibile. Infatti, nonostante l'economia sia per il giurista un importante mezzo di comprensione del funzionamento dei mercati, l'efficienza di questi ultimi non è l'unico interesse generale che dipende dalla concorrenza⁷⁷⁴. Così, prendendo a esempio l'analisi della natura predatoria dei prezzi di Amazon per libri ed *e-book*, le autorità *antitrust* non dovrebbero limitarsi alla sola dimensione economica della condotta, ma dovrebbero altresì prendere in considerazione l'impatto che quest'ultima ha sulla libertà di espressione e sulla creatività degli autori⁷⁷⁵. Il che non significa, però, che il diritto *antitrust* possa essere utilizzato per tutelare interessi diversi dalla concorrenzialità dei mercati. Infatti, come già notato trattando della decisione del Bundeskartellamt nei confronti di Facebook, la teoria del danno non può basarsi sulla violazione della *privacy*, ma è necessario analizzare l'effetto anti-concorrenziale della condotta, pena l'assoluta indefinitezza del diritto della concorrenza – che rischierebbe di diventare un “*passe-partout*” (v. *supra*, Sezione II, paragrafo 4.). Come è evidente, un conto è inglobare nel diritto *antitrust* interessi diversi alla concorrenzialità dei mercati, un altro è considerare l'effetto di quest'ultima su interessi non strettamente economici come la libertà di espressione.

⁷⁷⁴ Nella dottrina italiana, per una posizione simile, v. M. RICOLFI, *The Internet of Things and the Ages of Antitrust*, cit., p. 23 dell'estratto, dove si legge “[i]t is my impression [...] we are likely to get more of Senator Sherman and less of the Chicago School of antitrust”. Dubbi sull'esclusione di interessi diversi dall'efficienza economica dall'orizzonte del diritto *antitrust* sono espressi anche da F. DENOZZA, *The Future of Antitrust*, cit., pp. 11-13.

⁷⁷⁵ V. L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, cit., 756-768. Per un'analisi del rapporto tra diritto *antitrust* e libertà di espressione, v. J. DREXL, *Competition Law in Media Markets and its Contribution to Democracy – A Global Perspective*, in 38 *World Competition* 367 (2015) disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2511146. Per una concreta applicazione del diritto *antitrust* come mezzo di tutela del diritto alla libertà di espressione, v. la decisione dell'autorità della concorrenza indiana *Kansan News Pvt. Ltd. v. Fast Way Transmission Pvt. Ltd. et al.*, Case No. 36/2011 – CCI Order of 2 September 2012 disponibile a <http://www.cci.gov.in/May2011/OrderOfCommission/362011.pdf>

CAPITOLO III

**PARASSITISMO, IMITAZIONE SERVILE NON CONFUSORIA
E PIATTAFORME DIGITALI**

SEZIONE I

**INTRODUZIONE AL DIRITTO DELLA CONCORRENZA SLEALE E
PRINCIPI DELLA CORRETTEZZA PROFESSIONALE**

SOMMARIO: 1. Introduzione al diritto della concorrenza sleale: fattispecie e rimedi giurisdizionali – 1.1. Elementi generali della fattispecie – 1.2. Rimedi giurisdizionali – 2. I principi della correttezza professionale: dall’ordinamento corporativo alla lettura normativa – 3. Gli incerti confini tra diritto della concorrenza sleale e diritto *antitrust*

1. Introduzione al diritto della concorrenza sleale: fattispecie e rimedi giurisdizionali

Passando alla seconda carta che gli innovatori possono giocare per proteggersi dall’imitazione delle piattaforme digitali, il diritto della concorrenza sleale⁷⁷⁶ è nato dall’elaborazione giurisprudenziale ottocentesca dell’illecito aquiliano – sulla scia dell’esperienza francese – al fine di proteggere i frutti del lavoro degli imprenditori

⁷⁷⁶ In generale sulla concorrenza sleale, per una trattazione manualistica, tra gli altri, v. G. FLORIDIA, *L’illecito concorrenziale fra il diritto soggettivo e la tutela dei consumatori*, in AA. VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 341-358, G. FLORIDIA, *Le clausole generali*, in AA. VV., *Diritto industriale*, cit., pp. 359-365 e G. FLORIDIA, *Le valutazioni giurisprudenziali in termini di correttezza professionale*, in AA. VV., *Diritto industriale*, cit., pp. 365-377. Per una trattazione più approfondita, v. G. GHIDINI, *La concorrenza sleale*, in W. BIGIAMI (fondata da), *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 2001 e, più recentemente, M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub artt. 2598, 2599, 2600 e 2601 c.c.*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice civile*, D.U. SANTOSUOSSO (a cura di), *Delle Società – Dell’Azienda – Della Concorrenza*, vol. V (Artt. 2575-2642 c.c.), Torino, 2014, pp. 485 ss.

dai comportamenti truffaldini dei concorrenti⁷⁷⁷. In un periodo – si ricordi – in cui il diritto *antitrust* in Europa non esisteva ancora, la fattispecie ha avuto particolare successo, tanto che è stata disciplinata, nel 1925, dall’art. 10-*bis* Convenzione Unione di Parigi (CUP)⁷⁷⁸ e poi, in Italia, dagli artt. 2598 ss. c.c. Tale disposizione internazionale, dopo aver vietato in via generale “*tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale*”, fornisce un elenco esemplificativo di alcuni atti di concorrenza sleale – si tratta degli atti confusori e denigratori. Analogamente, l’art. 2598 c.c. vieta espressamente atti confusori [n. 1)], atti volti all’appropriazione di pregi altrui o a discreditarne concorrenti [n. 2)] e, infine, l’impiego di “*ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l’altrui azienda*” [n. 3)]. Di più, alle fattispecie tipiche previste dall’art. 2598 c.c., si affiancano quelle – ormai non poche – previste dalla legislazione speciale, per esempio dagli artt. 100-102 l. aut.⁷⁷⁹

Tuttavia, nonostante il crescere degli interventi legislativi in materia, quale sia il rapporto tra le fattispecie tipiche e la clausola generale non è ancora pacifico⁷⁸⁰. Secondo una prima tesi, le prime sono autonome rispetto alla seconda, la quale

⁷⁷⁷ M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub* art. 2598, cit., p. 487, i quali analizzano brevemente anche l’origine e l’inquadramento storico della disciplina in esame (pp. 486-490).

⁷⁷⁸ Per la precisione, l’art. 10-*bis* è stato già introdotto nella revisione di Bruxelles del 1911 della CUP. In questa formulazione, però, la disposizione prevedeva solo che “[l]es pays de l’Union sont tenus d’assurer aux ressortissants de l’Union une protection effective contre la concurrence déloyale” (attuale c. 1). Con la revisione dell’Aja del 1925 si introdusse la clausola generale contro la concorrenza sleale (c. 2) e l’elenco esemplificativo che sanziona gli atti confusori e denigratori (c. 3), poi ulteriormente modificato con la Revisione di Londra del 1934, di Lisbona del 1958 e, da ultimo, con quella di Stoccolma del 1967. Questa disposizione è stata poi inglobata nei TRIPs dall’art. 2 TRIPs.

⁷⁷⁹ L’art. 100 l. aut. vieta la riproduzione del titolo dell’opera, quando questo individui l’opera stessa – cioè abbia capacità distintiva – senza il consenso dell’autore, l’art. 101 introduce una norma simile alla “*hot news*” doctrine elaborata dalla Corte Suprema statunitense nel celebre caso *INS v AP* (v. *supra*, Capitolo I, paragrafi 3. e 4.1.) e, infine, l’art. 102 vieta la riproduzione o imitazione di qualsiasi modalità di presentazione dell’opera diversa dal titolo. Per un’analisi di queste tre disposizioni, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub* art. 2598, cit., pp. 564-567.

⁷⁸⁰ Per una sintesi del dibattito, v. *Ibidem*, pp. 494-496.

avrebbe carattere residuale⁷⁸¹. Tutto all’opposto, altri sostengono che le fattispecie tipiche abbiano carattere esemplificativo e debbano dunque interpretarsi alla luce della clausola generale⁷⁸², la quale fungerebbe da “collante” tra gli – ormai numerosi – interventi legislativi in materia. Per ragioni di coerenza assiologica, la seconda interpretazione pare preferibile⁷⁸³. Infatti, se i “*principi della correttezza professionale*” sono da indentificarsi con quelli generali in materia di corretto funzionamento del mercato (v. *infra*, paragrafo 2.), non si vede come le fattispecie tipiche possano essere autonome da questi ultimi⁷⁸⁴.

Inoltre, sebbene non sia strettamente legato all’oggetto di questa Tesi, non si può non dar conto del fatto che il legislatore comunitario ha armonizzato la disciplina degli atti di concorrenza sleale ai danni dei consumatori – o utilizzano la terminologia legislativa, delle pratiche commerciali scorrette (Dir. CE 2005/29 recepita negli artt. 20 ss. cod. cons.)⁷⁸⁵. Più precisamente, l’art. 20 cod. cons. vieta in via generale le

⁷⁸¹ G. FLORIDIA, *La tipizzazione normativa dei nn. 1 e 2 dell’art. 2598 c.c.*, in AA. VV., *Diritto industriale*, cit., p. 378. Questa tesi ha avuto un certo successo in giurisprudenza, tra le altre, v. Cass., 23 luglio 2004, n. 13819, in banca dati *Leggi d’Italia* e Cass., 11 agosto 2000, n. 10684, in banca dati *De Jure*. La conseguenza processuale di questo orientamento è che la riqualificazione giuridica della condotta alla luce della clausola generale, anziché della fattispecie tipica, costituisce una nuova domanda, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub artt. 2598*, cit., pp. 495-496.

⁷⁸² Tra gli altri, v. F. SCIRÉ, *La concorrenza sleale nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1989, I, pp. 65 ss. e M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, pp. 519-520.

⁷⁸³ Da ultimo, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2598*, cit., p. 496.

⁷⁸⁴ Sul punto, efficacemente v. M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, cit., p. 520.

⁷⁸⁵ Per un’analisi del rilievo sistematico di questa disciplina, tra gli altri, v. H. ULLRICH, *Anti unfair competition law and anti-trust law: a continental conundrum?*, European University Institute Law Working Paper 1/2005, pp. 22-28 disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=837086 e, in Italia, P. AUTERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione ed impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, CEDAM, Padova, 2008, pp. 1 ss. e M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub artt. 2598*, cit., pp. 498-502. In prospettiva comparatistica, peraltro, tale rilievo è accentuato dal fatto che alcuni Stati membri – come Germania, Belgio e Paesi scandinavi – adottano un approccio integrato al diritto della concorrenza sleale nei rapporti B2C e B2B. Per la Germania, molto brevemente, v. *supra*, Capitolo I,

pratiche “*contrari[e] alla diligenza professionale [che falsino o siano] [...] idone[e] a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio*”. Dopo questa affermazione di principio, il legislatore disciplina espressamente due tipologie di pratiche commerciali scorrette: quelle ingannevoli (artt. 21-23 cod. cons.) e quelle aggressive (artt. 24-26 cod. cons.). Senza entrare nel merito della materia, tra gli elementi più salienti di questa disciplina si deve ricordare l’attribuzione della repressione di tali pratiche all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) (art. 27 cod. cons.), il cui intervento può essere sollecitato anche dai concorrenti dell’autore delle pratiche in esame (art. 11 Dir. CE 2005/29)⁷⁸⁶. Ciononostante, avendo l’AGCM come “*unico punto di riferimento della valutazione di illiceità [...] il comportamento del consumatore*” (art. 5 Dir. CE 2005/29 recepito nell’art. 20, cc. 2 e 3, cod. cons.), essa non può tutelare direttamente i concorrenti: “[l]’*effetto riflesso dello sviamento di clientela [difatti] è rilevante unicamente in quanto legittima la sollecitazione ad intervenire dell’impresa pregiudicata ma non in quanto l’Autorità possa farsi garante dell’interesse imprenditoriale*”⁷⁸⁷.

A ogni buon conto, per evitare di andare fuori strada, si conclude adesso questa brevissima panoramica sulle pratiche commerciali scorrette, le quali rilevano in questa sede unicamente sul piano sistematico⁷⁸⁸ per trarre alcuni spunti nell’interpretazione degli artt. 2598 ss. c.c. (v. *infra*, paragrafo 3.).

paragrafo 4.2. Per quanto riguarda la concorrenza sleale nei rapporti *B2B*, invece, finora solo la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa è stata armonizzata a livello comunitario [Dir. CE 2006/114 (“*concerning misleading and comparative advertising*”) recepita in Italia con d.lgs. n. 145/2007].

⁷⁸⁶ Sul punto, v. P. AUTERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, cit., p. 5 e G. FLORIDIA, *L’illecito concorrenziale fra il diritto soggettivo e la tutela dei consumatori*, cit., p. 357.

⁷⁸⁷ Le due citazioni sono tratte da G. FLORIDIA, *L’illecito concorrenziale fra il diritto soggettivo e la tutela dei consumatori*, cit., p. 357. Occorre precisare che l’art. 27, c. 15, cod. cons. fa salva la competenza del giudice ordinario a sanzionare ex artt. 2598 ss. c.c. le pratiche commerciali scorrette vietate dal cod. cons. che costituiscono anche atti di concorrenza sleale.

⁷⁸⁸ “[Infatti, l]a normativa in discorso può contribuire a definire la tutela della concorrenza dinamica, intesa come processo dinamico virtuoso, orientato dalle libere scelte dei consumatori, come principio generale dell’Unione europea, vincolante per l’interprete nell’applicazione di tutto il diritto della

1.1. Elementi generali della fattispecie

Tradizionalmente, si ritiene che la disciplina della concorrenza sleale si applichi solamente agli imprenditori, mentre i rapporti riguardanti altri soggetti rientrano nella previsione generale dell'art. 2043 c.c.⁷⁸⁹ Tuttavia, col diffondersi nel diritto *antitrust* di una nozione ampia di impresa (v. *supra*, Capitolo II, Sezione I, paragrafo 2.1.), anche l'orientamento tradizionale in materia di concorrenza sleale sta mutando⁷⁹⁰. Più precisamente, l'art. 2598 c.c. è stato ritenuto applicabile – in via diretta⁷⁹¹ o analogica⁷⁹² – anche a professionisti e artisti. La concorrenza tra questi ultimi soggetti, difatti, non differisce da quella che si svolge tra imprenditori. E lo stesso risultato è stato raggiunto per le attività economiche occasionali⁷⁹³ – che come noto non rientrano nella nozione di impresa di cui all'art. 2082 c.c., in quanto difettano del requisito della professionalità – e per l'esercizio di un'attività economica da parte di un ente pubblico⁷⁹⁴.

Da un altro punto di vista, la norma in esame richiede l'esistenza di un rapporto concorrenziale tra i soggetti coinvolti, altrimenti la condotta rientra nei rapporti disciplinati dall'art. 2043 c.c.⁷⁹⁵ Più precisamente, due soggetti sono in concorrenza tra loro se sono attivi sullo stesso mercato merceologico, il quale è individuato indagando la sostituibilità dei beni o servizi sul lato della domanda⁷⁹⁶. Ciononostante

concorrenza”, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2598*, cit., p. 500. Per l'analisi della concorrenza dinamica – la quale si fonda sulla nozione di efficienza dinamica – v. *infra*, paragrafo 2.

⁷⁸⁹ Per una dettagliata analisi dell'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 2598 c.c., v. *Ibidem*, pp. 502-507 e 516-518.

⁷⁹⁰ L'ampia nozione di impresa propria del diritto *antitrust* sembra essere stata ripresa nel diritto della concorrenza sleale, per esempio, da Cass., 11 aprile 2001, n. 5377, in banca dati *De Jure*.

⁷⁹¹ Per tutti, G. GHIDINI, *La concorrenza sleale*, cit., pp. 45 ss.

⁷⁹² Per tutti, G. FLORIDIA, *L'illecito concorrenziale fra il diritto soggettivo e la tutela dei consumatori*, cit., p. 351.

⁷⁹³ *Ibidem*, p. 352.

⁷⁹⁴ *Ibidem*, p. 352 e M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2598*, cit., p. 516.

⁷⁹⁵ M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2598*, cit., p. 502.

⁷⁹⁶ *Ibidem*, pp. 507-508.

la giurisprudenza, estendendo l'ambito di applicazione dell'art. 2598 c.c., ha applicato tale disposizione anche alla concorrenza: i) a livelli economici diversi; ii) potenziale; e iii) indiretta. Con la prima nozione ci si riferisce ai rapporti tra soggetti che, condividendo la clientela finale, operano a livelli economici diversi – come il produttore e il grossista. In questi casi, la disposizione in esame è stata ritenuta applicabile in quanto tra le parti vi è un conflitto di interessi che origina dalla comunanza di clientela⁷⁹⁷. Così, esemplificando, si dovrà considerare atto di concorrenza sleale il comportamento con cui un dettagliante discredita un prodotto per favorire l'acquisto di un prodotto concorrente sul quale consegue un margine di intermediazione superiore.

Passando alla seconda figura, l'art. 2598 c.c. si applica anche quando il rapporto concorrenziale tra due soggetti non è ancora o non è più presente, ma è probabile che inizi o riprenda nel futuro prossimo⁷⁹⁸. Più precisamente, la concorrenza potenziale è composta di tre segmenti. Si ha concorrenza potenziale in senso spaziale quando l'attività di un soggetto ha come probabile sbocco il mercato su cui opera l'altro soggetto; in senso merceologico quando la capacità produttiva del primo potrebbe essere agevolmente utilizzata sul mercato in cui opera il secondo e, infine, in senso temporale se uno dei soggetti coinvolti si sta preparando ad avviare la sua attività oppure questa è sospesa – purché in modo non definitivo.

Ancora, le disposizioni in materia di concorrenza sleale si applicano anche quando il soggetto nel cui interesse l'atto è stato posto in essere non ne è anche l'autore materiale – *i.e.* casi di concorso nell'illecito o, come anche si dice, di concorrenza

⁷⁹⁷ Per tutti, v. G. FLORIDIA, *L'illecito concorrenziale fra il diritto soggettivo e la tutela dei consumatori*, cit., p. 349, da cui è tratto anche l'esempio immediatamente successivo nel testo.

⁷⁹⁸ Sul tema, v. G. GHIDINI, *La concorrenza sleale*, cit., pp. 29-30 e, più recentemente, M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2598*, cit., pp. 509-511, dove si trovano anche gli opportuni riferimenti giurisprudenziali. In giurisprudenza, v. molto chiaramente Cass., 14 febbraio 2000, n. 1617, in banca dati *De Jure*, dove si legge che “[l]a potenzialità predetta [...] non può essere dedotta dalla mera immaginazione di una possibile, qualsivoglia attività, senza con ciò trasformare la tutela dall'illecito in una abnorme restrizione della libertà economica. Essa piuttosto deve consistere in un atteggiamento dell'impresa, considerata nella sua naturale dinamicità che consente di prospettare un esito di mercato fisiologico e prevedibile, sul piano temporale e geografico, e quindi su quello merceologico”.

sleale indiretta⁷⁹⁹. Se l'autore materiale dell'atto è un dipendente – o anche un ausiliario autonomo⁸⁰⁰, come il mandatario o l'agente – del soggetto nel cui interesse esso è stato posto in essere, quest'ultimo ne risponderà *ex art. 2049 c.c.*⁸⁰¹. Similmente, nel caso in cui l'atto di concorrenza sleale sia stato posto in essere da una società appartenente a un gruppo, la *holding* – a ragione del suo potere di indirizzo e coordinamento – risponde degli atti delle società controllate, salvo che si tratti di controllo meramente finanziario⁸⁰². Fuori di questi casi, invece, affinché il soggetto nel cui interesse l'atto è stato posto in essere ne risponda, è necessario provare – anche attraverso presunzioni semplici – un suo comportamento attivo⁸⁰³. Per quanto riguarda l'autore materiale dell'atto, la giurisprudenza consolidata ritiene che questo sia responsabile in solido *ex art. 2055 c.c.* con il soggetto nel cui interesse l'atto è stato posto in essere⁸⁰⁴.

⁷⁹⁹ L'art. 2598, n. 3), c.c. difatti prevede espressamente che “*compie atti di concorrenza sleale chiunque [...] si vale direttamente o indirettamente di ogni [...] mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda*”. Per un'analisi della concorrenza sleale indiretta, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2598*, cit., pp. 511-514, dove si trovano anche gli opportuni riferimenti giurisprudenziali.

⁸⁰⁰ G. FLORIDIA, *L'illecito concorrenziale fra il diritto soggettivo e la tutela dei consumatori*, cit., p. 350, dove si legge che “*l'art. 2049 c.c. [è] applicato [...] dalla giurisprudenza in modo da imputare all'imprenditore i comportamenti posti in essere da tutti coloro nei confronti dei quali egli abbia un potere di direzione e di vigilanza*”

⁸⁰¹ L'art. 2049 c.c., come noto, richiede l'esistenza di un “nesso di occasionalità necessaria”, cioè di un collegamento oggettivo tra l'atto del dipendente e l'interesse del preponente. E a seconda delle interpretazioni, questa disposizione è applicabile alla fattispecie in esame in via diretta o analogica, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2598*, cit., p. 512.

⁸⁰² L'argomento è ripreso dal diritto *antitrust*, dove la *holding* è ritenuta responsabile degli illeciti delle controllate (v. *supra*, Capitolo II, Sezione I, paragrafo 2.1.). Nel diritto della concorrenza sleale, v. G. GHIDINI, *La concorrenza sleale*, cit., p. 65.

⁸⁰³ Sul punto vi è ampio consenso, per tutti v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2598*, cit., p. 513 e G. FLORIDIA, *L'illecito concorrenziale fra il diritto soggettivo e la tutela dei consumatori*, cit., p. 350.

⁸⁰⁴ M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2598*, cit., pp. 514-516, dove si precisa che è sufficiente una condotta colpevole dell'autore materiale dell'atto, il quale però – secondo parte della giurisprudenza – non è responsabile se ha agito come mero esecutore di ordini di servizio.

Per quanto riguarda gli effetti della condotta, l'art. 2598, n. 3), c.c. richiede che questa sia idonea a danneggiare l'altrui azienda. In concreto, il danno concorrenziale – che, come è evidente da quando appena detto, può essere anche potenziale – è tradizionalmente identificato con lo sviamento di clientela⁸⁰⁵. Ciononostante, per via dello stretto legame esistente tra la disponibilità di risorse immateriali e la capacità di reddito di un'impresa⁸⁰⁶, alcuni Autori hanno sostenuto che quel che è da provare non è tanto una diminuzione di clientela, quanto l'idoneità dell'atto a determinare la perdita o una riduzione di valore “*di un qualsiasi vantaggio competitivo, legittimamente posseduto dall'impresa attaccata*”⁸⁰⁷. Per esempio, come si vedrà nella sezione successiva (v. *infra*, Sezione II, paragrafi 2., 2.1. e 4.), gli atti di concorrenza parassitaria – imitando sistematicamente le idee innovative di un concorrente a breve distanza dal loro lancio – privano quest'ultimo del vantaggio competitivo attribuitogli dalla novità dei suoi beni o servizi (c.d. *lead time*). Il che, allineando l'analisi degli effetti delle condotte sleali alle attuali dinamiche di mercato e all'analisi economica dell'imitazione svolta nel primo capitolo (v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 3. in particolare), mi sembra totalmente condivisibile. Infine, per completezza, occorre altresì precisare che già gli atti preparatori della condotta sleale possono essere idonei a danneggiare l'altrui azienda⁸⁰⁸.

⁸⁰⁵ *Ibidem*, pp. 523-524.

⁸⁰⁶ Ci si riferisce in particolare alla c.d. *theory of monopolistic competition* elaborata da Edward Chamberlin negli anni '30 del secolo scorso, secondo cui la differenziazione dei prodotti – che attribuisce e talvolta dipende dal possesso di un vantaggio competitivo – permette alle imprese di avere un più o meno esteso periodo di monopolio prima dell'entrata sul mercato dei concorrenti, v. E. CHAMBERLIN, *The Theory of Monopolistic Competition*, Harvard University Press, Cambridge (MA, USA), 1933.

⁸⁰⁷ A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, pp. 169 ss. citata da M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2598*, cit., p. 524.

⁸⁰⁸ Sul punto, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2598*, cit., p. 524-525, i quali sottolineano una certa prudenza dei giudici nella valutazione dell'idoneità a danneggiare l'altrui azienda di meri atti preparatori. A ogni modo, viene meno l'interesse ad agire se il tentativo non è riuscito ed è ormai fallito o se la desistenza è stata accertata.

1.2. Rimedi giurisdizionali

Passando ai rimedi giurisdizionali contro la concorrenza sleale, questi sono disciplinati dagli artt. 2599, 2600 e 2601 c.c.⁸⁰⁹ L'art. 2599 c.c. prevede che, accertata l'esistenza di un atto di concorrenza di sleale, il giudice “*ne inibisce la continuazione e dà gli opportuni provvedimenti affinché ne vengano eliminati gli effetti*”⁸¹⁰. A tal fine, l'attore dovrà solo dimostrare l'attualità del danno concorrenziale, cioè il pericolo di continuazione o reiterazione dell'atto di concorrenza sleale – indipendentemente dall'elemento soggettivo (arg. *a contrario ex* art. 2600 c.c.). Inoltre, per facilitare tale dimostrazione, si presume (presunzione semplice) che la continuazione dell'attività di impresa del convenuto implichi tale pericolo – salvo che ciò risulti improbabile⁸¹¹.

Quanto al contenuto della tutela inibitoria, il giudice è chiamato a bilanciare l'interesse dell'attore con quello del convenuto, al fine di individuare il rimedio inibitorio più appropriato⁸¹². E all'esito di questo bilanciamento, la sentenza inibitoria, se del caso, disporrà oltre al divieto di ripetizione degli atti di concorrenza sleale già posti in essere⁸¹³, la rimozione dei loro effetti. Il che avviene perlopiù

⁸⁰⁹ Per un'approfondita analisi del tema, v. M. LIBERTINI, *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, IV, CEDAM, Padova, 1981, pp. 237-270 e, più recentemente, M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub* artt. 2599, 2600 e 2601, cit. pp. 620-671.

⁸¹⁰ Nonostante l'opinione tradizionale consideri la tutela inibitoria la principale differenza tra diritto della concorrenza sleale e responsabilità aquiliana, oggi incontra sempre più successo la tesi per cui questo rimedio abbia portata generale – talora tramite un'interpretazione ampia degli artt. 700 c.p.c. o 2058 c.c., talaltra ritenendola necessaria per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale *ex* art. 24 Cost., talaltra ancora interpretando analogicamente le disposizioni che prevedono espressamente tale tutela o, infine, considerando l'inibitoria una forma di accertamento anticipato dell'illiceità di certe condotte. Per una breve ricostruzione del dibattito, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub* art. 2599, cit., pp. 621-622.

⁸¹¹ G. GHIDINI, *La concorrenza sleale*, cit., p. 352.

⁸¹² M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub* art. 2599, cit., pp. 622-623.

⁸¹³ Il contenuto dell'inibitoria è generalmente individuato *per relationem*, facendo riferimento ai fatti già avvenuti, v. *Ibidem*, p. 627.

ordinando la rimozione o distruzione di oggetti – come le merci imitate in modo sleale o materiale pubblicitario – o, nella fase cautelare, il loro sequestro⁸¹⁴.

Infine, secondo l'opinione prevalente, l'azione inibitoria non è soggetta ad alcun termine di prescrizione. Del resto, finché vi è pericolo di danno concorrenziale il termine non potrebbe decorrere, mentre se questo non è più presente, è venuto meno anche l'interesse ad agire per ottenere un rimedio inibitorio⁸¹⁵.

Passando alla tutela risarcitoria, se il convenuto ha agito con dolo o colpa, il danneggiato può chiedere il risarcimento del danno (art. 2600, c. 1, c.c.)⁸¹⁶ – che sarà liquidato secondo gli ordinari criteri previsti dall'art. 2056 c.c. La differenza rispetto all'illecito aquiliano è rappresentata dalla possibilità di chiedere la pubblicazione della sentenza (art. 2600, c. 2, c.c.)⁸¹⁷ e, soprattutto, dalla presunzione (relativa) di colpevolezza prevista dall'art. 2600, c. 3, c.c. Quest'ultima presunzione è però superabile provando – con ogni mezzo, incluse le presunzioni semplici – di aver

⁸¹⁴ Sul punto, v. *Ibidem*, pp. 630-633. Secondo la dottrina prevalente, avendo le misure previste dall'articolo in esame natura restitutoria – anziché risarcitoria – non è richiesta la prova dell'elemento soggettivo.

⁸¹⁵ Per una ricostruzione del dibattito sulla prescrizione dell'azione inibitoria, v. *Ibidem*, pp. 633-634.

⁸¹⁶ A differenza di quanto previsto dall'art. 125, c. 1, c.p.i., è risarcibile solo il danno patrimoniale. Da ultimo, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2600*, cit., p. 641, dove si legge che “*l'atto di concorrenza sleale [non] può considerarsi lesivo di un “diritto inviolabile della persona umana”, si da consentire il richiamo all'interpretazione estensiva dell'art. 2059 c.c.*”. Inoltre, dal momento che la principale voce di danno nei casi di concorrenza sleale è rappresentata dalle perdite di *chances*, il danno è spesso liquidato equitativamente, tenendo conto non solo del guadagno mancato, ma anche di circostanze ulteriori, quali gli stati soggettivi e le condizioni patrimoniali delle parti, v. M. LIBERTINI, *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, cit., p. 258. In ogni caso, è necessaria la prova di qualche elemento concreto di danno patrimoniale obiettivo e si rifiuta una presunzione di danno, per cui quest'ultimo sarebbe in *re ipsa* nell'atto di concorrenza sleale, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2600*, cit., p. 648.

⁸¹⁷ È opinione diffusa che la pubblicazione della sentenza possa essere disposta – purché vi sia dolo o colpa del convenuto – anche in assenza di una condanna risarcitoria e indipendentemente dal pericolo di continuazione o ripetizione dell'illecito. In ogni caso, la domanda è rigettata quando sia trascorso un notevole lasso di tempo dal fatto, questo sia isolato o abbia avuto una scarsa diffusione o, comunque, quando il giudice ritenga l'inibitoria sufficiente a tutelare l'attore. Sul punto, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2600*, cit., pp. 652-658.

adottato tutte le cautele esigibili secondo la diligenza professionale⁸¹⁸. Infine, è pacifico che l'azione risarcitoria *ex art. 2600 c.c.* si prescriva – come l'azione aquiliana – in cinque anni dalla conoscenza dell'atto di concorrenza sleale.

In aggiunta alle azioni individuali previste dagli artt. 2599 e 2600 c.c., l'art. 2601 c.c. prevede che “[q]uando gli atti di concorrenza sleale pregiudicano gli interessi di una categoria professionale, l'azione per la repressione della concorrenza sleale può essere promossa anche dagli enti che rappresentano la categoria”. Nell'intenzione del legislatore storico, questa disposizione avrebbe attribuito alle corporazioni – che erano enti pubblici con la rappresentanza legale dei loro appartenenti – il compito di vigilare sui comportamenti delle imprese, affinché questi ultimi non confliggevano con l'interesse superiore alla produzione nazionale⁸¹⁹. A ogni modo, con la caduta del regime corporativo (d.lgs.Lt. n. 369/1944), la funzione della disposizione in esame mutò drasticamente ed essa – anziché venir abrogata – fu interpretata in modo evolutivo, così da permettere anche alle associazioni di diritto privato di agire per la tutela degli interessi dei loro associati⁸²⁰. Cionondimeno, più di recente, il legislatore sembra – in parte – essere tornato sui suoi passi, legittimando anche le camere di

⁸¹⁸ *Ibidem*, p. 642.

⁸¹⁹ Per esempio, v. G. FLORIDIA, *L'illecito concorrenziale fra il diritto soggettivo e la tutela dei consumatori*, cit., pp. 353-354.

⁸²⁰ Per tutti, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2601*, cit., p. 664. Per la precisione, si deve segnalare che tale interpretazione dell'art. 2601 c.c. potrebbe oggi porre problemi di coordinamento con l'art. 4, c. 1, l. n. 180/2011 (c.d. *Statuto delle imprese*), il quale ha legittimato le articolazioni territoriali delle associazioni di categoria rappresentate in almeno cinque Camere di commercio o nel Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro (CNEL) ad agire in giudizio a tutela degli interessi della generalità degli appartenenti alla categoria o degli interessi omogenei di alcuni soltanto di tali soggetti – e dunque, a prima vista, sembrerebbe anche a esperire l'azione per concorrenza sleale. Il timore probabilmente è solo apparente. L'antinomia, difatti, parrebbe risolvibile applicando il criterio tradizionale della *lex posterior generalis non derogat priori specialis*. Sul punto, v. *Ibidem*, pp. 665-667, dove si suggerisce l'applicazione dei criteri individuati dalla giurisprudenza amministrativa per la legittimazione ad agire delle associazioni a tutela di interessi collettivi anche nella valutazione della legittimazione ad agire delle associazioni di categoria *ex art. 2601 c.c.*

commercio ad agire per la repressione della concorrenza sleale (art. 2 l. n. 580/1993)⁸²¹.

Quanto alla natura dell'azione delle associazioni di categoria per la repressione della concorrenza sleale, è opinione diffusa che la legittimazione ad agire di queste ultime sia *iure proprio* e dunque, da un lato, sussista anche quando un associato abbia un interesse contrario e, dall'altro, il giudicato nei confronti dell'associazione non abbia effetto in un eventuale processo instaurato da un appartenente alla categoria⁸²². In quest'ottica, tali associazioni potranno ottenere non solo la tutela inibitoria, ma anche quella risarcitoria per i danni collettivi della categoria indivisibili⁸²³. Da un altro punto di vista, nonostante le norme citate prevedano solo la legittimazione attiva delle associazioni di categoria, la giurisprudenza ha talvolta riconosciuto anche quella passiva⁸²⁴.

Passando per un attimo alla *digital economy*, come si evince anche dall'art. 14 Reg. UE 1150/2019 (v. *supra*, Capitolo II, Sezione II, paragrafo 7.1.1.), l'azione delle associazioni di categoria – riducendo le asimmetrie di potere esistenti tra *startup* e piattaforme digitali – potrebbe diventare uno strumento particolarmente utile per tutelare gli interessi delle prime che vengono imitate dalle seconde.

Infine, ampliando ulteriormente la gamma di interessi proteggibili attraverso il diritto della concorrenza sleale, le associazioni di consumatori possono agire in giudizio contro gli atti di concorrenza sleale che ledono gli interessi di questi ultimi – *i.e.* le pratiche commerciali scorrette (artt. 20 ss. cod. cons.) – per ottenere l'inibitoria, la

⁸²¹ G. FLORIDIA, *L'illecito concorrenziale fra il diritto soggettivo e la tutela dei consumatori*, cit., pp. 355-356, dove si legge che “[s]i tratta di un vero e proprio ritorno al passato, perché, come nell'ordinamento corporativo, alle camere di commercio viene attribuita una vera e propria potestà disciplinare da esercitare nei confronti delle singole imprese nell'interesse della collettività”.

⁸²² E così ragionando, si ammette l'esistenza di un interesse della categoria diverso da quello dei suoi singoli appartenenti, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2601*, cit., pp. 667-669.

⁸²³ I danni collettivi indivisibili, difatti, sono riparabili da azioni collettive dell'associazione, come la pubblicità correttiva. Sul punto, v. M. LIBERTINI, *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, cit., p. 268.

⁸²⁴ M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2601*, cit., pp. 669-670. Il punto è pacifico nel diritto *antitrust* (v. *supra*, Capitolo II, Sezione I, paragrafo 2.1.).

pubblicazione della sentenza e il risarcimento del danno (artt. 139 a 140-*bis* cod. cons.)⁸²⁵.

2. *I principi della correttezza professionale: dall'ordinamento corporativo alla lettura normativa*

Andando dritti al cuore della materia, è oggi opinione diffusa che i “*principi della correttezza professionale*” [art. 2598, n. 3), c.c.]⁸²⁶ siano una clausola generale e, dunque, richiedano una valutazione comparativa degli interessi in gioco⁸²⁷. Tuttavia, una volta individuati questi ultimi, non vi è ancora unità di vedute riguardo ai criteri alla stregua dei quali effettuare tale bilanciamento. In via di prima approssimazione, si può dire che talvolta la pietra di paragone è stata ricercata all'interno dell'ordinamento giuridico (c.d. *auto-integrazione*) e talaltra all'esterno, ricorrendo a fonti extra-giuridiche come la prassi imprenditoriale e l'etica (c.d. *etero-integrazione*)⁸²⁸. Quest'evoluzione è stata estremamente variegata e ripercorrerne brevemente le tappe principali è un passaggio imprescindibile per qualsiasi trattazione della materia.

Nell'intenzione del legislatore storico, la disposizione in esame avrebbe dovuto segnare il passaggio dagli “*usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale*” (art. 10-*bis*, c. 2, CUP) alle norme corporative⁸²⁹. O meglio, avrebbe fatto coincidere i primi con le seconde. Tuttavia, come noto, due anni dopo l'entrata in vigore del

⁸²⁵ Il che ha portato parte della dottrina a ritenere “*abrogato per incompatibilità il riferimento contenuto nell'art. 2601 c.c. alla natura professionale delle associazioni di categoria* [, così riconducendo] *questa norma alla sua funzione originaria legata alla contrapposizione fra interesse individuale ed interesse collettivo all'interno della disciplina della concorrenza sleale*”, v. G. FLORIDIA, *L'illecito concorrenziale fra il diritto soggettivo e la tutela dei consumatori*, cit., p. 356.

⁸²⁶ Per un'attenta analisi della materia, da ultimo, v. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 51-92.

⁸²⁷ Per tutti, v. già P.G. JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1970, I, pp. 5 ss. Pertanto, a seconda degli interessi contrapposti, lo stesso interesse potrebbe ottenere gradi di tutela diversi – o anche non essere tutelato affatto.

⁸²⁸ D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., p. 56.

⁸²⁹ Tra gli altri, v. M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, cit., p. 510.

Codice civile il regime corporativo è caduto e i giuristi si sono trovati davanti a una disposizione indeterminata da reinterpretare coerentemente col contesto culturale, politico e giuridico del secondo dopoguerra. In altri termini, la domanda fondamentale era ed è ancora: qual è l'ago della bilancia della correttezza professionale?

Secondo una prima interpretazione⁸³⁰, tale funzione può essere svolta dagli usi (in senso tecnico) del ceto imprenditoriale, cioè quei comportamenti ripetuti nel tempo (*diuturnitas*) e ritenuti doverosi (*opinio iuris*) dagli imprenditori. A sostegno di questa interpretazione deporrebbe il dato testuale dell'art. 10-bis CUP e della Relazione al Codice civile – che impiegano il termine “usi” – e, da un punto di vista sostanziale, la necessaria anteriorità della norma al fatto. Non troppo dissimilmente, un'altra interpretazione⁸³¹ ha identificato i principi della correttezza professionale con il costume imprenditoriale quale fonte extra-giuridica. In quest'ottica, un comportamento è corretto nella misura in cui sia rispondente alla prassi imprenditoriale come tipizzata dalla scienza economica⁸³², indipendentemente da giudizi di valore. Di talché, la tesi in esame differisce da quella precedente, in quanto si basa su una valutazione della correttezza professionale meramente “fenomenologica”, anziché “deontologica”. A ogni modo, nonostante l'apprezzabilità dell'introduzione dell'analisi economica da parte di quest'ultima tesi, entrambi gli orientamenti appena esposti hanno incontrato le stesse critiche e

⁸³⁰ Questa tesi è stata elaborata da R. FRANCESCHELLI, *Sulla concorrenza sleale*, in *Studi riuniti di diritto industriale*, Milano, 1959, pp. 363-364.

⁸³¹ Per una raffinata elaborazione di questa tesi, v. G. GHIDINI, *La c.d. concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, pp. 631-635, dove si legge che “[i]n tutti i casi in cui dato di fatto e dato deontologico non coincidono, l'adozione pur inconsapevole di un giudizio di valore porta ad una valutazione giuridica [...] che contrasta con la direttiva posta per essa dal citato articolo e che si traduce, sul piano del metodo, nella necessità di adottare, per tale valutazione, un giudizio fenomenologico anziché di valore”.

⁸³² *Ibidem*, p. 637-638, dove si legge che “i comportamenti rilevati e tipizzati dalla scienza aziendale siano al contempo quelli da essa ritenuti conformi ai principi della correttezza professionale. [Infatti,] la teoria economica rinuncerebbe senz'altro ad ogni pretesa di validità se tipizzasse comportamenti che essa ritiene riprovati dalla coscienza professionale” (citazione a p. 638).

sono stati oggi abbandonati⁸³³. Più precisamente, il riferimento agli usi o alle prassi imprenditoriali lascerebbe l'interprete spiazzato davanti a comportamenti nuovi⁸³⁴ e, soprattutto, rischierebbe di portare a una profonda incertezza giuridica, dal momento che spesso non vi è concordia sul punto all'interno del ceto imprenditoriale⁸³⁵.

Un primo tentativo di liberarsi della rigidità di queste interpretazioni si può rinvenire in alcuni orientamenti "intermedi" per cui il costume imprenditoriale (non gli usi in senso tecnico) deve essere vagliato alla luce di criteri etici propri della categoria professionale⁸³⁶ o emergenti dalla collettività in generale⁸³⁷. Tali tesi tuttavia, da un lato, hanno incontrato critiche simili a quelle mosse alle due tesi precedenti e, dall'altro, quando affermano la superiorità del principio della correttezza professionale su usi scorretti o non ancora consolidati, sostanzialmente non differiscono dalle tesi etiche che ci si accinge ora a esaminare⁸³⁸.

⁸³³ Per tutti, v. P.G. JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, cit., pp. 57-64 ss., dove si afferma che tali tesi mancano "di quei requisiti di elasticità e di adattabilità a regolare le situazioni più diverse, che dovrebbero essere caratteristiche delle cosiddette "clausole generali"" (p. 63). Peraltro, andando oltre alle dichiarazioni di principio, anche la giurisprudenza che sembrava seguire questi orientamenti, in concreto, non si è mai curata di ricostruire le regole di autodisciplina e le opinioni delle categorie professionali, v. P. MARCHETTI, *Il paradigma della correttezza nella giurisprudenza di un ventennio*, in *Riv. dir. ind.*, 1966, II, pp. 181 ss.

⁸³⁴ P.G. JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, cit., pp. 61-62.

⁸³⁵ Il pericolo era già stato evidenziato da Pier Giusto Jaeger, v. *Ibidem*, p. 62 ed è stato poi confermato da L.C. UBERTAZZI, *I principi della correttezza professionale: un tentativo di rilevazione empirica*, in *Riv. dir. ind.*, 1977, I, pp. 105 ss., la cui analisi socio-giuridica mostra profondi contrasti di opinione all'interno delle stesse categorie imprenditoriali.

⁸³⁶ Tra gli altri, v. T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1956, pp. 207 ss.

⁸³⁷ Tra gli altri, v. P. GRECO, *Corso di diritto commerciale: impresa, azienda*, Milano, 1957, pp. 461 ss., il quale afferma però che il principio di correttezza debba essere osservato "non solo [...] al di sopra, e contro usi eventualmente scorretti, ma altresì se per avventura non si fosse ancora formata e consolidata intorno ad esso una prassi usuale" (p. 461).

⁸³⁸ Per un'analisi critica di questi tesi, v. P.G. JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, cit., pp. 71-75.

Un parametro di giudizio esterno al punto di vista imprenditoriale fu affermato per la prima volta da Giuseppe Auletta⁸³⁹, secondo il quale la disposizione in esame contiene un rinvio ai principi desumibili dalla coscienza sociale. Nonostante lo sganciamento dalla visione corporativa dei principi della correttezza professionale, anche la “lettura etica” non andò esente da critiche⁸⁴⁰. In primo luogo, alcuni Autori osservarono che, così ragionando, si rischia di delegare – in bianco – la valutazione in esame all’etica dei singoli giudici e, dunque, di arrivare all’imprevedibilità delle decisioni⁸⁴¹. Dal canto loro, i sostenitori della lettura etica hanno replicato che questo pericolo è superato dalla creazione di una casistica giurisprudenziale di fattispecie illecite (c.d. *Fallgruppen*)⁸⁴². Tuttavia, questa tipizzazione rischierebbe di introdurre una rigidità incompatibile con la funzione della clausola generale in esame e di portare alla prevalenza della consuetudine giurisprudenziale sulla legge⁸⁴³.

⁸³⁹ G. AULETTA, *Delle invenzioni industriali. Dei modelli di utilità e dei disegni ornamentali. Della concorrenza*, in A. SCIALOJA – G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Libro V, Del lavoro, (Artt. 2584-2601), Roma, 1973, pp. 354 ss., dove si legge che “il giudice, nel giudizio della illiceità o meno dell’operato degli imprenditori, dovrà [...] farsi interprete della coscienza collettiva di tutto il popolo” (p. 355). A questa tesi Carlo Santagata riconobbe il merito di aver superato per la prima volta la visione corporativa della correttezza professionale, v. C. SANTAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Jovene, Napoli, 1975, pp. 89-90. La tesi etica (in una versione aggiornata) è ancora sostenuta da una parte minoritaria della dottrina, in particolare, v. A. VANZETTI – V. DI CATALDO, *Manuale di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 29 ss. e 126-127.

⁸⁴⁰ Tale dibattito è stato sintetizzato, da ultimo, da D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 61-63.

⁸⁴¹ Per tutti, v. P.G. JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, cit., pp. 79 e 92, dove si legge che “l’espressione “morale sociale” appare un semplice sinonimo dell’altra, “correttezza”, ed essendo priva di un valore semantico maggiore non offre alcun criterio obiettivo che valga a dirigere l’opera del giudice stesso, il quale in definitiva, secondo questa opinione, deve lasciarsi guidare esclusivamente dalla sua sensibilità” (p. 79).

⁸⁴² Questo è quel che avvenne in Germania nell’interpretazione del § 1 UWG del 1909. Per una sintesi, v. F. HENNING-BODEWIG – K. BOESCHE, § 12 *Germany*, in F. HENNING-BODEWIG (a cura di), *International Handbook on Unfair Competition*, cit., pp. 233-234. Molto brevemente, v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 4.2.

⁸⁴³ Per un’ottima sintesi, v. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 62-64. Più precisamente, il problema non è la creazione una rete di precedenti – che è anzi un imprescindibile passo verso la certezza del diritto – quanto la difficoltà di argomentare razionalmente

Al culmine dell'evoluzione interpretativa dei principi della correttezza professionale si trova la lettura “normativa” – che è oggi prevalente – secondo cui la clausola generale in esame si dovrebbe interpretare alla luce dei principi generali dell'ordinamento⁸⁴⁴ relativi al corretto funzionamento dei mercati contenuti nell'art. 41 Cost. e nel diritto dell'UE⁸⁴⁵. Al riguardo, particolarmente rilevanti sono il diritto della proprietà intellettuale e della concorrenza, i quali – riempiendo di contenuto il parametro dell'utilità sociale di cui all'art. 41, c. 2, Cost. – hanno come obiettivo

l'adesione a un determinato precedente sulla base di criteri etici non desumibili dall'ordinamento giuridico, v. P.G. JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, cit., p. 98, dove si legge che “è soprattutto importante la piena consapevolezza dei termini del problema e la chiara enunciazione, nella motivazione delle sentenze, dei fattori che hanno effettivamente influenzato il convincimento del giudice. Solo così la regola del precedente assume il significato di convinta adesione a soluzioni consacrate dalla prassi, e non di comoda ripetizione di formule stereotipe”.

⁸⁴⁴ In generale – e la clausola generale di cui all'art. 2598, n. 3), c.c. non ha motivo di fare eccezione – v. S. RODOTÀ, *Le clausole generali*, in G. ALPA – M. BESSONE (a cura di), *I contratti in generale*, Vol. I, UTET, Torino, 1991, pp. 387 ss. Nella dottrina industrialistica, tra gli altri, v. C. SANTAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, cit., pp. 87 ss., M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, cit., pp. 525-532, G. GHIDINI, *La correttezza professionale (art. 2598, n. 3, c.c.) tra due ordinamenti costituzionali*, in *Dir. ind.*, 2011, pp. 239 ss., M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2598*, cit., pp. 520-522 e D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., in particolare pp. 63-68. Inoltre, per la rilevanza degli interessi dei consumatori e dell'analisi economica nella valutazione comparativa di interessi richiesta dalla clausola generale in esame, v. già P.G. JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, cit., *passim*. In giurisprudenza, in particolare, v. Cass., 26 novembre 1997, n. 11859, in banca dati *De Jure*, dove si accoglie come “valore guida [nell'interpretazione dell'art. 2598, n. 3), c.c.] [...] la libertà di concorrenza; la quale costituisce ad un tempo l'oggetto e la misura della tutela di cui si discute”.

⁸⁴⁵ A seconda delle interpretazioni, questi principi potrebbero essere applicabili nei rapporti inter-impresariali per il tramite dell'art. 2595 c.c. – che prevede che “la concorrenza deve svolgersi in modo da non ledere gli interessi dell'economia nazionale e nei limiti stabiliti dalla legge” – oppure applicando direttamente l'art. 41 Cost. e il diritto comunitario rilevante. Rispettivamente, v. C. SANTAGATA, *Concorrenza sleale e interessi protetti*, cit., pp. 313 ss. e G. GHIDINI, *La correttezza professionale*, cit., p. 248. Per via della generale concordia esistente oggi in merito alla diretta applicabilità delle norme costituzionali e comunitarie ai rapporti tra privati, si ritiene preferibile la seconda interpretazione. In ogni caso, gli effetti pratici di queste due soluzioni sono sostanzialmente analoghi.

comune la garanzia del dinamismo del processo concorrenziale, *i.e.* l'efficienza dinamica del sistema economico⁸⁴⁶ (per il primo, v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 2.2. e per il secondo, v. *supra*, Capitolo II, Sezione I, paragrafi 1.1.3., 1.1.4. e 1.2.4. e Sezione II, paragrafi 7. ss. e Sezione III, paragrafo 3.). Così ragionando, davanti a un caso di imitazione servile non confusoria, il giudice dovrà valutare gli interessi di imitato e imitatore attraverso le lenti dell'analisi gius-economica propria di queste due discipline e, in presenza di un situazione qualificabile come fallimento di mercato, dovrà provvedere ad attribuire all'innovatore imitato il *lead time* sottrattogli dalla condotta dell'imitatore⁸⁴⁷. Più precisamente, come detto nel primo capitolo (v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 3.)⁸⁴⁸, sebbene la regola generale del diritto della proprietà intellettuale sia la libertà di imitazione – “*ideas are free as the air to common use*” – la presenza di circostanze ulteriori alla mera imitazione possono rendere la condotta contraria alla concorrenza dinamica, nella misura in cui

⁸⁴⁶ V. M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, cit., p. 527, il quale afferma che “[è] difficilmente contestabile che il dinamismo concorrenziale, cioè l'effettiva competizione tra imprese che cercano di accrescere le proprie vendite formulando sempre nuove proposte ai consumatori, in termini di prezzi e qualità delle merci, costituisca il nucleo essenziale del sistema di economia di mercato”. Più recentemente, v. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 34-35 e 44-47 e D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 81-92, i quali sottolineano la centralità sistematica del concetto di efficienza dinamica.

A scanso di equivoci, ciò non significa che le imprese debbano perseguire tali obiettivi, ma che questi ultimi operino come limite negativo alla loro libertà economica. Cfr. G. MINERVINI, *Contro la “funzionalizzazione” dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, pp. 618 ss. e, più recentemente, v. G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 423, dove si legge che “l'impresa va dove la porta il suo interesse, laddove l'”utilità sociale” rappresenta non già una direttiva funzionale dell'attività imprenditoriale, bensì un limite di “rispetto”: di “non contrasto”, come testualmente indica l'art. 41.2 Cost.”.

⁸⁴⁷ Come detto in precedenza, difatti, il diritto della concorrenza sleale può essere considerato uno strumento di risoluzione dei fallimenti di mercato nei rapporti con i concorrenti (v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 3.). Nello stesso senso, v. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., p. 92, dove si legge che “devono reputarsi illecite le condotte che sono idonee a pregiudicare il processo di concorrenza dinamica nel mercato di cui trattasi”.

⁸⁴⁸ In tale sede si trovano anche gli opportuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, i quali – per evitare ripetizioni – saranno omessi in questa sede.

sottraggano all'innovatore il *lead time* che gli permette di recuperare gli investimenti unitamente a un ragionevole profitto. In assenza di tale periodo di guida (c.d. *first mover advantage*), difatti, le imprese non avrebbero ragione di investire in *R&D* per sviluppare idee innovative, ma converrebbe aspettare che qualcun altro lo faccia per poi imitarlo. Il che, come noto, è decisamente meno costoso e rischioso (c.d. *second mover advantage*)⁸⁴⁹. Solo in quest'ottica, si capisce la funzione della concorrenza sleale quale regime flessibile di *liability rules*, che permette all'ordinamento di stare al passo con i tempi e di tutelare le idee innovative che cadono fuori dal campo di applicazione dei *property rights* – i.e. dei DPI⁸⁵⁰.

Inoltre, nel commercio tra gli Stati membri dell'UE, le norme sulla concorrenza sleale possono entrare in contrasto col principio comunitario della libera circolazione delle merci (artt. 34 ss. TFUE)⁸⁵¹. Come noto, gli Stati membri non possono limitare la libera circolazione delle merci, quando quest'attività è conforme al diritto dello Stato esportatore (c.d. *principle of the country of origin*), salvo che lo Stato importatore ne dimostri la contrarietà a un prevalente interesse pubblico protetto dalla sua legislazione⁸⁵². Più precisamente, nonostante questi ultimi interessi siano previsti dall'art. 36 TFUE – tra i quali figura la protezione della proprietà industriale e intellettuale – la giurisprudenza ha ampliato tale elenco includendovi ogni interesse

⁸⁴⁹ In particolare nella *digital economy*, v. *supra*, Capitolo II, Sezione II, paragrafo 7.

⁸⁵⁰ Pertanto, quest'impostazione fornisce un valido criterio distintivo tra i casi in cui il diritto della concorrenza sleale è stato utilizzato in modo protezionistico a tutela degli interessi dei c.d. *beati possidentes* e quelli in cui ha effettivamente servito il dinamismo del processo concorrenziale. Tra gli altri, rispettivamente, v. App. Venezia 25.08.1989 (*Omera*), in *Riv. dir. ind.*, 1989, II, pp. 302 ss. e Trib. Milano, 1.08.2016 (*Faround*), in Banca dati *DeJure*, confermato in appello da A. Milano, 16.04.2018, *ivi*.

⁸⁵¹ Sul punto, tra gli altri, v. A. KUR – T. DREIER, *European Intellectual Property Law. Text, Cases and Materials*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2013, pp. 373-374 e 415-417, H. ULLRICH, *Anti unfair competition law and anti-trust law*, cit., pp. 19-22 e, in Italia, con particolare riferimento all'imitazione servile non confusoria, v. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 47-51.

⁸⁵² Per tutti, v. H. ULLRICH, *Anti unfair competition law and anti-trust law*, cit., p. 19.

imperativo degli Stati membri, quale la lealtà della concorrenza⁸⁵³. Il che non significa però che qualsiasi concezione della lealtà della concorrenza possa legittimare la restrizione della libera circolazione delle merci. Come noto, difatti, “[t]he measure in question has to be necessary in order to achieve the declared objective; the objective could not be achieved by less extensive prohibitions or restrictions, or by prohibitions or restrictions having less effect on intra-EU trade”⁸⁵⁴ (c.d. principio di proporzionalità). Così, una lettura dei principi della

⁸⁵³ V. la celebre Sentenza della Corte di Giustizia UE del 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42, punto 8, dove si legge che “[o]bstacles to movement within the Community resulting from disparities between the national laws relating to the marketing of the products in question must be accepted in so far as those provisions may be recognized as being necessary in order to satisfy mandatory requirements relating in particular to the effectiveness of fiscal supervision, the protection of public health, the fairness of commercial transactions and the defence of the consumer”. In quest’ottica, la Corte di Giustizia non ha esitato ad affermare la compatibilità con il principio di libera circolazione delle merci del divieto di imitazione servile confusoria, v. Sentenza della Corte di Giustizia dell’UE del 2 marzo 1982, *BV Industrie Diensten Groep c. J.A. Beele Handelmaatschappij BV*, C-6/81, ECLI:EU:C:1982:72, in particolare punto 9, dove si afferma che “[n]ational case-law prohibiting the precise imitation of someone else’s product which is likely to cause confusion may indeed protect consumers and promote fair trading; these are general interests which [...] may justify the existence of obstacles to movement within the Community resulting from disparities between national laws relating to the marketing of products”. A ogni modo, successivamente la Corte di Giustizia ha dimostrato una certa ritrosia a sindacare la legittimità dei diritti della concorrenza sleale degli Stati membri sulla base del principio in esame. Infatti, la Sentenza della Corte di Giustizia UE del 24 novembre 1993, *Procedimenti penali contro Bernard Keck e Daniel Mithouard, cause riunite C-267/91 e C-268/91*, ECLI:EU:C:1993:905, punti 15-17, ha ritenuto sindacabile sotto il profilo della libera circolazione delle merci solo le norme nazionali limitative della circolazione dei prodotti, non anche quelle che concernono le loro modalità di vendita. Non v’è dubbio però che la disciplina del parassitismo e dell’imitazione servile non confusoria abbia a che fare con la circolazione dei prodotti.

⁸⁵⁴ Tra le altre, v. Sentenza della Corte di Giustizia UE del 22 gennaio 2002, *Canal Satélite Digital SL c. Administración General del Estado*, in presenza di *Distribuidora de Televisión Digital SA (DTS)*, C-390/99, ECLI:EU:C:2002:34, punto 33 e Sentenza della Corte di Giustizia UE del 7 giugno 2007, *Commissione delle Comunità europee c. Regno del Belgio*, C-254/05, ECLI:EU:C:2007:319, punto 33. La citazione è tratta da Commissione europea, *Free movement of goods. Guide to the application of Treaty provisions governing the free movement of goods*, 2010, p. 30 disponibile a <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9875cc75-4708-4cc0-a308-c6548ef721a5>

correttezza professionale confligente con la dinamicità del processo competitivo sarà da considerarsi sproporzionata e, dunque, vietata dalle norme del diritto primario sulla libera circolazione delle merci.

Tirando le fila del discorso, la lettura normativa presenta almeno due significativi vantaggi pratici rispetto alle altre interpretazioni di cui si è dato conto in questo paragrafo. In primo luogo, essa permette una maggiore controllabilità delle decisioni giudiziarie⁸⁵⁵, estendendo peraltro il sindacato di legittimità alla corretta applicazione dei principi generali dell'ordinamento⁸⁵⁶. E in secondo luogo, l'utilizzazione dei concetti elaborati dall'analisi gius-economica del diritto della proprietà intellettuale e del diritto *antitrust* sembra l'approccio più promettente per tentare di armonizzare – almeno a livello metodologico – i diritti della concorrenza sleale degli Stati membri.

3. *Gli incerti confini tra diritto della concorrenza sleale e diritto antitrust*

Dal momento che il rapporto tra diritto della concorrenza sleale e diritto della proprietà intellettuale è già stato esaminato in precedenza (v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 3.), resta ancora da chiarire quello che intercorre tra il primo e il diritto *antitrust*. Come noto, le origini storiche e la natura di queste due discipline sono profondamente diverse. In estrema sintesi, mentre il diritto *antitrust* è una normativa di diritto pubblico nata per limitare il potere economico privato a tutela dell'interesse generale al corretto funzionamento del mercato, il diritto della concorrenza sleale è nato dalla costola dell'illecito civile extracontrattuale per colmare il vuoto normativo lasciato dall'abolizione delle corporazioni delle arti e dei mestieri e dirimere i conflitti interindividuali in materia di concorrenza⁸⁵⁷.

Di conseguenza, l'ordinamento affida a un'autorità pubblica il compito di vigilare sul rispetto delle norme *antitrust* e di sanzionarne – piuttosto robustamente – le violazioni (c.d. *public enforcement*) e, dal punto di vista dei rimedi privatistici (c.d.

⁸⁵⁵ La precisione dell'analisi economica, difatti, mette a disposizione dei giudici uno strumentario adeguato a comprendere gli effetti della condotta oggetto del giudizio – e dunque dei rimedi giurisdizionali – e a vagliare criticamente i precedenti esistenti in materia, v. *supra*, nt. 843.

⁸⁵⁶ Per tutti, v. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., p. 64.

⁸⁵⁷ Tra gli altri, v. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., p. 44.

private enforcement), attribuisce la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno *antitrust* non solo ai concorrenti e alle loro associazioni professionali – come nel diritto della concorrenza sleale – ma, più ampiamente, a chiunque sia stato danneggiato dalla condotta anticoncorrenziale⁸⁵⁸. Inoltre, la diversa natura delle discipline in esame si riflette profondamente anche sui presupposti della tutela giuridica. Come noto, difatti, mentre il diritto *antitrust* postula l'esistenza di una posizione dominante sul mercato rilevante, quello della concorrenza sleale prende in considerazione il potere di mercato del convenuto solamente sul piano dei rapporti interindividuali tra le parti⁸⁵⁹. E allo stesso modo, nel primo caso, la condotta deve minacciare il corretto funzionamento del mercato in generale, mentre nel secondo va valutata solo nella dimensione dei rapporti concorrenziali interindividuali tra le parti⁸⁶⁰. Ebbene, tutte queste differenze tra le due discipline in esame hanno

⁸⁵⁸ Tra le altre, v. Sentenza della Corte di Giustizia UE del 20 settembre 2001, *Courage Ltd c. Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd e altri*, C-453/99, ECLI:EU:C:2001:465, punto 26 e Sentenza della Corte di Giustizia UE del 13 luglio 2006, *incenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* (C-295/04), *Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA* (C-296/04) e *Nicolò Tricarico* (C-297/04) e *Pasqualina Murgolo* (C-298/04) c. *Assitalia SpA*, C-295-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, punti 60-62. Oggi alcuni aspetti del *private enforcement* sono stati armonizzati dalla Dir. UE 2014/104 (“*on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*”), recepita in Italia con d.lgs. n. 3/2017, che espressamente attribuisce il “*diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese*” (artt. 1 e 10 d.lgs. cit. e 3 Dir. cit.). Inoltre, consumatori e utenti possono far valere collettivamente tale diritto per mezzo della *class action* [artt. 1, c. 1, d.lgs. cit. e 140-bis, c. 2, lett. c), cod. cons.].

⁸⁵⁹ In tal senso, v. già P.G. JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, cit., p. 96. Più recentemente, v. G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., p. 472. A ogni modo, nonostante la valutazione asimmetrica basata sul diverso potere di mercato delle parti non sia particolarmente sviluppata nel diritto della concorrenza sleale, l'avvento della *digital economy* potrebbe rappresentare un'occasione di rinnovo dei tradizionali criteri interpretativi anche a tal riguardo. Lo spunto è di M. RICOLFI, *Il futuro della proprietà intellettuale nella società algoritmica*, in *Giur. It.*, Supplemento, 2019, p. 34. Per la trattazione del punto, v. *infra*, Sezione II.

⁸⁶⁰ Per tutti, v. G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., p. 469.

contribuito alla diffusione del “*luogo comune*”⁸⁶¹ per cui il diritto *antitrust* tutela la concorrenza e il diritto della concorrenza sleale protegge i concorrenti.

A ogni buon conto, complice l’affermarsi della lettura normativa dei principi della correttezza professionale, queste discipline hanno iniziato a convergere sempre più. Secondo tale interpretazione, difatti, è pur vero che la concorrenza sleale tutela interessi individuali, ma ciò avviene solo nella misura in cui questi ultimi siano allineati con l’interesse generale al dinamismo concorrenziale. Inoltre, in prospettiva storica, non si può neanche trascurare come le due discipline si siano continuamente e reciprocamente influenzate. Da un lato, è noto che il diritto della concorrenza sleale ha spesso svolto una funzione di apripista della normativa *antitrust*⁸⁶², provvedendo a sanzionare condotte anti-concorrenziali – come il boicottaggio – quando non vi era ancora una disciplina *antitrust* in materia. Dall’altro, il diritto della concorrenza sleale ha adottato alcuni dei criteri interpretativi propri dell’*antitrust*⁸⁶³ – per esempio per la definizione del mercato rilevante – e ha espunto dal novero delle fattispecie sleali quelle contrarie agli assunti alla base del diritto comunitario della concorrenza⁸⁶⁴. Questa sorte è toccata, per esempio, alla vendita in zona di altrui esclusiva commerciale. Ancora, dal punto di vista sistematico, merita di essere ricordata l’armonizzazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette (v.

⁸⁶¹ M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell’Unione europea*, p. 45.

⁸⁶² Per tutti, v. H. ULLRICH, *Anti unfair competition law and anti-trust law*, cit., pp. 3-4 e, in Italia, G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., p. 468, il quale ricorda, in particolare, la sentenza *Dentalica*, con cui il Tribunale di Milano ha utilizzato il diritto della concorrenza sleale per far fronte agli effetti anticoncorrenziali del rifiuto di contrarre di un’impresa dominante, v. Trib. Milano, 22 marzo 1976, *S.C.I.C. – Dentalica*, in *GADI*, 1976, n. 816. Più in generale, il diritto della concorrenza sleale “*may also serve as a way to have private litigation find out – literally by trial, but also by failure – which practices are really harmful, and harmful enough to be administratively controlled under the antitrust laws*”, v. H. ULLRICH, *Anti unfair competition law and anti-trust law*, cit., p. 43.

⁸⁶³ G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., pp. 471-472, il quale appoggia l’impiego dei criteri interpretativi del diritto *antitrust* – e dunque dell’analisi economica del diritto – anche nel diritto della concorrenza sleale – ovviamente “*con un grano di sale*”.

⁸⁶⁴ *Ibidem*, p. 468, da cui è tratto anche l’esempio immediatamente successivo nel testo.

supra, paragrafo 1.)⁸⁶⁵. Particolarmente interessante ai nostri fini è l'attribuzione del controllo sul rispetto di tale disciplina all'AGCM (art. 27 cod. cons.), la quale, come noto, vigila anche sul rispetto del diritto *antitrust*⁸⁶⁶. Pertanto, al di là delle compartimentazioni normative, nella pratica non pochi atti di concorrenza sleale⁸⁶⁷ – certo purché a danno dei consumatori, ma si ricordi che anche i concorrenti possono attivare l'intervento dell'AGCM – sono sanzionati da questa autorità.

Allora, alla luce della convergenza delle due discipline, vale ancora la dicotomia – o il “luogo comune” – tutela della concorrenza (diritto *antitrust*) vs tutela dei concorrenti (diritto della concorrenza sleale)? Attenta dottrina ha osservato che la distinzione tra le due discipline non si basa tanto sulla differenza di interessi tutelati – che, come detto, con l'adozione della lettura normativa della clausola generale di cui all'art. 2598, n. 3), c.c. si sta assottigliando – quanto sul diverso livello cui il comune interesse di fondo alla concorrenza dinamica viene tutelato⁸⁶⁸. Così ragionando, il rapporto tra queste due discipline può essere ricostruito sul piano della complementarità, per cui al diritto della concorrenza sleale è attribuita la funzione di garantire la dinamicità della concorrenza nei rapporti interindividuali dove il

⁸⁶⁵ Si rimanda a quella sede per alcuni riferimenti bibliografici.

⁸⁶⁶ Il rilievo sistematico di questa disposizione è sottolineato da M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub artt. 2598, cit.*, pp. 501-502.

⁸⁶⁷ Anzi, sembrerebbe la maggior parte, v. *Ibidem*, p. 502.

⁸⁶⁸ Si tratta del resto di un corollario dell'adozione della lettura normativa dei principi della correttezza professionale. In particolare, v. G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., pp. 474-476, il quale efficacemente afferma che “[i]l comun denominatore teleologico di siffatte intrecciate tutele è manifestamente quello di far sì che, negli spazi di mercato “tenuti aperti” dall'*antitrust*, la libera competizione dei singoli imprenditori non si svolga in contrasto con gli interessi collettivi – i diversi interessi collettivi – che l'ordinamento garantisce rispetto alle dinamiche del mercato e dell'attività economica in genere”. Nello stesso senso, v. M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, pp. 46-47. Inoltre, non si può poi neanche trascurare la tendenza alla “capillarizzazione” della concorrenza, per cui il diritto *antitrust* nazionale interviene “su mercati sempre più circoscritti, [...] evidenziando come i confini geografici del mercato rilevante vadano commisurati, essenzialmente, al raggio di incidenza negativa su una cerchia anche ristretta, purché non irrilevante [...], di consumatori/utenti coinvolti da un certo accordo ovvero comportamento individuale”, v. G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., p. 470.

diritto *antitrust*, per via della sua attenzione all'impatto della condotta sul mercato in generale, non è sempre in grado di arrivare.

Questa ricostruzione del rapporto tra le due discipline può però portare a sovrapposizioni quando una condotta anti-concorrenziale di un'impresa dominante possa anche essere considerata sleale ai sensi dell'art. 2598 c.c. In Italia, dopo l'introduzione della l. n. 287/1990 – l'*antitrust* nazionale – si sono formati due principali orientamenti al riguardo⁸⁶⁹. Secondo una prima opinione, il diritto *antitrust* assorbirebbe quello della concorrenza sleale e, dunque, le condotte sussumibili sotto il primo non potrebbero essere prese in considerazione dal secondo⁸⁷⁰. Nonostante questa possa sembrare la soluzione più coerente sul piano sistematico, non si deve però perdere di vista il rovescio della medaglia: così ragionando, si sottrae ai concorrenti danneggiati la più flessibile e agile tutela della concorrenza sleale, lasciando loro solo il *private enforcement* del diritto *antitrust* – il quale richiede, in particolare, la definizione del mercato rilevante e la dimostrazione della posizione dominante del convenuto⁸⁷¹. Sicché, in una sorta di eterogenesi dei fini, ciò potrebbe portare a un ridotto *private enforcement* – inteso in senso lato comprensivo anche dell'azione per concorrenza sleale – rispetto a quanto avviene per le condotte delle imprese non dominanti. Tutto all'opposto, secondo un'altra opinione, la violazione di una norma *antitrust* potrebbe altresì rientrare nell'ambito di applicazione degli artt. 2598 ss. c.c., in quanto concorrenza sleale per violazione di norme pubblicistiche⁸⁷².

⁸⁶⁹ Sul punto, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub* artt. 2598, cit., pp. 595-596.

⁸⁷⁰ Per tutti, v. G.M. BERRUTI, *La concorrenza sleale nel mercato*, Milano, 2002, p. 118.

⁸⁷¹ Ciò non significa certo che l'azione per concorrenza sleale sia sempre preferibile per il concorrente danneggiato. Per esempio, il Capo II del d.lgs. n. 3/2017 prevede una disciplina sull'esibizione delle prove più favorevole all'attore di quella ordinaria.

⁸⁷² Tra gli altri, v. G. FLORIDIA, *Le valutazioni giurisprudenziali in termini di correttezza professionale*, in AA. VV., *Diritto industriale*, cit., pp. 367-368. Per un'analisi della concorrenza sleale per violazione di norme di diritto pubblico, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub* artt. 2598, cit., pp. 611-618. Si deve sottolineare però che l'importanza pratica di questo dibattito si è ridotta con l'abrogazione della competenza della Corte d'Appello per il risarcimento del danno *antitrust*, v. *Ibidem*, pp. 595-596. Oggi tale competenza spetta al Tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata in materia di proprietà industriale e intellettuale (art. 33, c. 2, l. n. 287/1990 come modificato dall'art. 2 d.l. n. 1/2012 conv. in l. n. 27/2012).

Occorre precisare, a scanso di equivoci, che la possibilità del concorrente leso dall'abuso di posizione dominante di ottenere il risarcimento del danno sia tramite il *private enforcement* del diritto *antitrust* sia per mezzo dell'azione per concorrenza sleale non significa che esso possa essere risarcito due volte⁸⁷³. Non vi è dubbio difatti che, adottando la lettura normativa della clausola generale di correttezza professionale, l'interesse di fondo protetto dalle due discipline sia lo stesso e, dunque, unico sia il danno concorrenziale.

Infine, parte della dottrina completa tale rapporto di complementarità tra le due normative in esame affermando che il diritto della concorrenza sleale può anche entrare in contrasto con le politiche europee della concorrenza quando queste non permettano di tutelare adeguatamente il dinamismo concorrenziale nel singolo caso concreto⁸⁷⁴. In quest'ottica, peraltro, se le discipline nazionali non potessero mai

⁸⁷³ Inoltre, sul piano sistematico, la soluzione in esame mi sembra coerente con quella – seppur relativa a un problema completamente diverso – elaborata dalla disciplina general civilistica per il “cumulo” tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Il punto è presentato come pacifico da autorevole manualistica, per tutti, v. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 370. In particolare, così come si rimette alla scelta del danneggiato l'esercizio dell'azione di responsabilità contrattuale o extracontrattuale – ovviamente quando il fatto dannoso possa essere considerato come illecito sia contrattuale che extracontrattuale – mi sembra che, *mutatis mutandis*, anche nel caso qui in esame l'autonomia privata e l'effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) suggeriscano di lasciare alla scelta del concorrente danneggiato da un illecito *antitrust* l'azione che meglio lo può tutelare. Non v'è dubbio, difatti, che talvolta esso è meglio protetto da una disciplina specificamente dedicata alla protezione dei concorrenti (artt. 2598 ss. c.c.), talaltra dall'attenzione alle peculiarità dell'illecito *antitrust* del d.lgs. n. 3/2017. Insomma, se si concorda con quanto detto, le esigenze di coerenza giuridica invocate dai sostenitori della prima soluzione esaminata nel testo diventano sistematicamente incoerenti quando si amplia l'orizzonte dell'indagine, oltre la disciplina industrialistica, a quella general civilistica.

⁸⁷⁴ Questa tesi è stata sostenuta da H. ULLRICH, *Anti unfair competition law and anti-trust law*, cit., pp. 43 e 45-46, dove si legge che “*rather than closely following the competition concepts of the Community's competition policy, Member States may, with respect to individual market conduct, and within the Community's framework of antitrust regulation, develop their own vision of a freedom-oriented market system, including the control of abuses of market power if it is exercised to destroy competition [...]. Competition is made of and by competitors. Granting each of them protection of their basic freedom of individual competition would seem to be complementary of, rather than contrary to the development of the Community's system of undistorted competition*” (pp. 45-46).

discostarsi dalle politiche comunitarie sull'*antitrust*, si impedirebbe alla competizione regolatoria di individuare le soluzioni più efficienti⁸⁷⁵. Dall'altro lato, però, non si possono neanche trascurare le esigenze di coerenza giuridica invocate da chi sostiene la tesi opposta⁸⁷⁶. Come spesso accade, la soluzione probabilmente sta nel mezzo. Così, adottando come regola generale la coerenza tra principi comunitari in materia di *antitrust* e i criteri interpretativi delle discipline nazionali sulla concorrenza sleale, gli Stati membri potrebbero discostarsi dagli atti non vincolanti adottati dalla Commissione nella prima materia⁸⁷⁷ quando la loro applicazione – anche per via della prospettiva “macroscopica” propria dell'*antitrust* – non permetta di garantire il dinamismo del processo concorrenziale al livello – “microscopico” – cui operano le seconde.

Questo Autore sembra mosso dal timore che l'applicazione del c.d. *more economic approach* – e dunque di un certo favore per le imprese “schumpeteriane” – al diritto della concorrenza sleale rischi di pregiudicare la dinamicità del processo competitivo nei rapporti interindividuali, v. *Ibidem*, p. 43.

⁸⁷⁵ *Ibidem*, pp. 24 e 42, il quale sottolinea che il legislatore comunitario, armonizzando le norme sulle pratiche commerciali scorrette (B2C), ha lasciato alla competizione regolatoria tra gli Stati membri l'individuazione delle soluzioni più efficienti in materia di concorrenza sleale nei rapporti B2B.

⁸⁷⁶ Per tutti, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub artt.* 2598, cit., pp. 596-597, secondo cui “*non possono oggi ammettersi situazioni in cui l'applicazione di norme nazionali in materia di concorrenza sleale possa contrastare, nella valutazione di una stessa fattispecie, i risultati che deriverebbero dall'applicazione di norme comunitarie in materia di concorrenza e antitrust*”.

⁸⁷⁷ Si ricordi che il protagonista del *more economic approach* è stata la Commissione – perlopiù emanando comunicazioni, come quella sulla definizione del mercato rilevante e dell'interpretazione degli abusi di impedimento – il cui orientamento è stato talvolta temperato dalla giurisprudenza, v. *supra*, Capitolo II, Sezione I.

SEZIONE II

L'IMITAZIONE SERVILE NON CONFUSORIA NEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA SLEALE: LE FATTISPECIE SVILUPPATESI NELL'AMBITO ANALOGICO E LE SFIDE DELLA *DIGITAL ECONOMY*

SOMMARIO: 1. Premessa all'analisi dell'imitazione servile non confusoria nel diritto della concorrenza sleale – 2. La concorrenza parassitaria: dall'interpretazione tradizionale all'orientamento espansivo della recente giurisprudenza di merito – 2.1. Collocamento sistematico e compatibilità della concorrenza parassitaria con i principi della concorrenza dinamica (rinvio) – 3. Imitazione e mezzi di ripresa immediata – 4. Un tentativo di ricostruzione unitaria della concorrenza parassitaria e dell'imitazione tramite mezzi di ripresa immediata alla luce dei principi della concorrenza dinamica – 5. Imitazione tramite sottrazione di informazioni riservate – 6. Imitazione servile non confusoria e piattaforme digitali – 6.1. L'imitazione da parte delle piattaforme digitali delle iniziative di imprese non operanti nell'ecosistema delle prime quale atto di concorrenza parassitaria – 6.2. L'imitazione da parte delle piattaforme digitali delle iniziative dei loro utenti commerciali tra concorrenza sleale e abuso di dipendenza economica – 6.2.1. Le potenzialità della disciplina sull'abuso di dipendenza economica (cenni) – 6.2.2. Il divieto di imitazione servile non confusoria: dal paradigma del “*reaping without sowing*” a strumento per garantire il dinamismo concorrenziale nei rapporti *P2B*

1. Premessa all'analisi dell'imitazione servile non confusoria nel diritto della concorrenza sleale

Siamo infine arrivati alla trattazione dell'imitazione nel diritto della concorrenza sleale. Riprendendo il discorso da dove si era interrotto nel primo capitolo, si proverà ora a inquadrare gli spunti forniti in quella sede all'interno della disciplina italiana dell'imitazione servile non confusoria nell'ambito analogico per poi a comprendere – alla luce delle conclusioni raggiunte nel capitolo precedente (v. *supra*, Capitolo II, Sezione II, paragrafi 7. ss.) – le potenzialità di tale disciplina nella *digital economy*, dove gli interventi giurisprudenziali e i contributi dottrinali sono ancora scarni⁸⁷⁸.

⁸⁷⁸ Tra le poche pronunce in materia si possono segnalare quelle della giurisprudenza milanese nel caso *Faround*, in cui lo sviluppatore dell'applicazione “Faround” – dopo aver operato all'interno dell'ecosistema di Facebook a tal fine – è stato imitato da quest'ultimo, che ha lanciato l'applicazione “Nearby”. V. Trib. Milano, 1 agosto 2016, in Banca dati *DeJure*, confermato in appello da A. Milano,

Come più volte detto, in assenza di DPI e di pericolo di confusione, l'opinione tradizionale afferma la libertà di imitazione – “*ideas are free as the air to common use*”. Tale orientamento, tuttavia, ha iniziato a essere messo in discussione nel secolo scorso – per ragioni prevalentemente etiche – da alcuni Autori⁸⁷⁹, i quali affermavano la necessità di proteggere gli imprenditori dall'appropriazione dei frutti del loro lavoro da parte dei concorrenti che copiano “*fedelmente [...] le forme e*

16 aprile 2018, *ivi*. In dottrina, in particolare, v. M. RICOLFI, *Il futuro della proprietà intellettuale nella società algoritmica*, in *Giur. It.*, Supplemento, 2019, pp. 32-34.

⁸⁷⁹ Tra i primi, v. A. LOBE, *Der Hinweis auf fremde gewerbliche Leistung als Mittel zur Reklame*, *MuW* XVI (1916-1917), 129 citato da A. OHLY, *The Freedom of Imitation and Its Limits – A European Perspective*, in 41 *IIC* 506 (2010) disponibile a <http://ssrn.com/abstract=1523290>, p. 2 dell'estratto. Negli Stati Uniti, tra i più strenui sostenitori della *misappropriation doctrine*, non si può non ricordare R. CALLMAN, *He Who Reaps Where He Has Not Sown: Unjust Enrichment in the Law of Unfair Competition*, in 55 *Harvard Law Review* 595 (1942) e, in Italia, l'illiceità dell'imitazione servile non confusoria è stata sostenuta per primo da M. ROTONDI, *L'imitazione servile come atto di concorrenza sleale indipendentemente da confondibilità di prodotto*, in *Studi diritto industriale*, CEDAM, Padova, 1957, pp. 367 ss., il quale definisce la teoria per cui l'imitazione servile è illecita solo se confusoria “*assurda*” (p. 376), e poi, in modo più sintetico, M. ROTONDI, *Diritto industriale*, CEDAM, Padova, 1965, pp. 498 ss. Alle origini del dibattito italiano in materia, v. anche E. PIOLA CASELLI, *Le cosiddette imitazioni servili nel sistema di proprietà industriale*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 1933, VII, pp. 268 ss., il quale, nonostante riconosca l'esistenza di uno sfruttamento commerciale evidentemente ingiusto, non vede precisamente quali possano essere la base giuridica e i limiti di questa teoria. In giurisprudenza, l'imitazione servile non confusoria è stata repressa, in particolare, da App. Genova, 7 luglio 1937 (*Cohen*), in *Riv. dir. priv.*, 1938, II, pp. 89 ss., poi cassata da Cass., S.U., 10 maggio 1938, in *Foro it.*, 1938, I, p. 1558, e, più recentemente, App. Venezia, 25 agosto 1989 (*Omera*), in *Riv. dir. ind.*, 1989, II, pp. 302 ss. In tal senso, si esaminerà inoltre l'orientamento espansivo della recente giurisprudenza di merito (soprattutto milanese), la quale ha talvolta utilizzato le espressioni “concorrenza parassitaria” e “scorrettezza” della condotta anche in assenza di pericolo di confusione sostanzialmente per reprimere forme di imitazione servile non confusoria – nonostante quest'ultima espressione sia ormai desueta – v. *infra*, paragrafo 2. A ogni modo, è stato altresì notato che la nostra giurisprudenza ha talvolta interpretato il pericolo di confusione *ex art. 2598, n. 1)*, c.c. in modo così ampio da reprimere, sostanzialmente, anche casi di imitazione servile non confusoria, v. G. CUONZO, *I limiti del principio di libera imitabilità dei prodotti altrui al di fuori delle privative industriali: verso la fine di un dogma?*, in *Riv. dir. ind.*, 1989, I, pp. 191-193. Da ultimo, per un'ottima trattazione dell'imitazione servile non confusoria, v. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, Giappichelli, Torino, 2017.

*dimensioni [di una macchina] indifferenti pel [suo] funzionamento tecnico, [...] anche quando forma e dimensioni possono, entro larghi estremi, essere liberamente variate*⁸⁸⁰. Si diceva, insomma, “*one who has used his intellectual, physical, or financial powers to create a commercial product should be afforded judicial relief from a competitor who seeks to "reap where he has not sown"*”⁸⁸¹. In quest’ottica, in assenza di protezione giuridica, l’imitatore arriverebbe sul mercato con un prodotto per cui non ha sostenuto i costi di *R&D* e che, dunque, può vendere a un prezzo inferiore rispetto a quello richiesto dall’imprenditore imitato⁸⁸². Il che, tradotto nel linguaggio gius-economico della lettura normativa della clausola generale di correttezza professionale, potrebbe disincentivare il dinamismo del processo concorrenziale – si pensi, per esempio, alla “*kill-zone*” che circonda le piattaforme digitali dominanti (v. *supra*, Capitolo II, Sezione II, paragrafo 7.).

A ogni buon conto, nonostante la slealtà di tale condotta sembri – di primo acchito – evidente, la repressione dell’imitazione servile non confusoria ha incontrato convincenti critiche⁸⁸³. In primo luogo, si deve ricordare il valore pro-competitivo dell’imitazione (v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 3.). La concorrenza per imitazione, difatti, non solo riduce i prezzi (efficienza statica), ma favorisce anche la diffusione delle idee e, dunque, l’innovazione futura (efficienza dinamica). Di più. L’imitazione

⁸⁸⁰ H. ISAY, *Der Nachbau patentfreier Maschinen*, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1926, pp. 83 e 253 citato (e tradotto) da M. ROTONDI, *L’imitazione servile come atto di concorrenza sleale*, cit., p. 371.

⁸⁸¹ R. CALLMAN, *He Who Reaps Where He Has Not Sown*, cit., 612. Allo stesso modo, in Italia, v. M. ROTONDI, *L’imitazione servile come atto di concorrenza sleale*, cit., p. 383, il quale – utilizzando la metafora della competizione sportiva – afferma: “*nessuno presuma di farsi rimorchiare da altri concorrenti: chi lo tentasse sarebbe nella gara squalificato o penalizzato: fuori di metafora, cadrebbe sotto le sanzioni di legge che reprimono la concorrenza sleale*”.

⁸⁸² Per tutti, v. M. ROTONDI, *L’imitazione servile come atto di concorrenza sleale*, cit., p. 378.

⁸⁸³ Queste critiche vengono espone, una volta per tutte, in questa sede e non saranno dunque, in linea di principio, analizzate nuovamente trattando delle singole fattispecie di concorrenza sleale per imitazione servile non confusoria sviluppatasi nel panorama giuridico italiano. Infatti, anziché seguire gli accidenti storici del diritto nostrano – e le relative critiche – mi pare preferibile mettere bene in luce gli argomenti economici e giuridici a favore e contro la repressione dell’imitazione in apertura, per poi analizzare con maggiore consapevolezza le singole fattispecie.

potrebbe orientare – anziché bloccare – il flusso delle innovazioni verso creazioni non imitabili, in quanto proteggibili con DPI o, comunque, tramite il segreto commerciale⁸⁸⁴. Alla luce di queste considerazioni, alcuni Autori hanno sottolineato che la repressione dell'imitazione servile non confusoria favorirebbe le imprese già affermate sul mercato (c.d. *beati possidentes* o, con espressione più moderna, *incumbents*), così accentuando l'atteggiamento protezionistico sviluppatosi dalla seconda metà del secolo scorso nel diritto della proprietà intellettuale⁸⁸⁵. Infatti, essendo di norma i *newcomers* a imitare le imprese *leader* per mantenersi al passo col “progresso” economico, la disciplina in esame priverebbe i primi del loro principale strumento di competizione con le seconde, favorendo così l'accentramento del potere di mercato nelle mani di queste ultime⁸⁸⁶. Il che, come noto, permetterebbe alle imprese *leader* di praticare prezzi superiori al livello concorrenziale e – essendo, in linea di principio, la concorrenza anziché il monopolio a guidare l'innovazione –

⁸⁸⁴ Il punto è stato sottolineato, negli Stati Uniti, dalla Corte Suprema in *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, 489 US 160 (1989) e, in Italia, da M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, p. 546.

⁸⁸⁵ In questo senso, per tutti, v. efficacemente G. GHIDINI, *La c.d. concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, pp. 640-645 e, più recentemente, G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 419-425. Per una breve analisi della deriva protezionistica, v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 2.2.

⁸⁸⁶ “[S]ono proprio i caratteri della produzione di massa – costanza qualitativa e flusso continuo dei prodotti – che influiscono sul grado di similarità dei comportamenti [...]. [L]a piccola impresa [...], se [...] vuol mantenersi al passo col progresso e con l'evoluzione, deve indubbiamente imitare coloro che di quel progresso sono gli antesignani. [Pertanto,] [l]a ricezione della [...] [concorrenza parassitaria – ma altrettanto si può dire, più in generale, per l'imitazione servile non confusoria –] si traduce nel togliere ai concorrenti del leader l'arma di difesa più comune e di massima più efficace di cui dispongono; ma soprattutto essa [...] rappresenta l'adozione, pur inconsapevole, di un indirizzo interpretativo filomonopolistico”, v. G. GHIDINI, *La c.d. concorrenza parassitaria*, cit., pp. 641-645. Sebbene non in modo così approfondito, nello stesso senso si era espresso qualche anno prima F. CARNELUTTI, *Concorrenza parassitaria?*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, pp. 493-494, il quale ha affermato che, salvi i casi coperti dai DPI, “non v'è nulla di meno conforme all'etica quanto la pretesa che il nostro lavoro giovi esclusivamente a noi e non agli altri. [...] Il fenomeno della concorrenza e la necessità della sua disciplina giuridica nasce da ciò che [...] tutti i concorrenti sono costretti a battere la medesima strada. [...] [E] [c]hi apre una strada non può pretendere di percorrerla da solo”.

potrebbe ridurre l'efficienza dinamica del mercato in questione (v. *supra*, Capitolo I, paragrafi 2.2. e 3.).

Infine, da un punto di vista più strettamente giuridico, la repressione dell'imitazione servile non confusoria rischierebbe di eludere il bilanciamento di interessi alla base dei DPI⁸⁸⁷. In altri termini, se il legislatore ha accettato il “*public embarrassment*”⁸⁸⁸ di introdurre DPI, questo imbarazzo non può essere aumentato dalla repressione dell'imitazione servile non confusoria per mezzo del diritto della concorrenza sleale. Dal canto loro, i sostenitori della teoria in esame hanno prontamente replicato che la tutela approntata dal diritto della proprietà intellettuale e da quello della concorrenza sleale sono profondamente diverse: mentre l'una ha natura reale, l'altra è meramente obbligatoria⁸⁸⁹. Ma ciò basta a far sparire l'“imbarazzo”? Nonostante la centralità di tale distinzione nella dogmatica giuridica, da un punto di vista pratico, essa non sembra decisiva. Mettendo da parte il formalismo giuridico, difatti, si potrebbe agevolmente controbattere: siccome i DPI bilanciano tutela degli innovatori e libera concorrenza, fuori dal loro ambito di applicazione – non importa come – l'imitazione deve restare libera.

Ponderando questi argomenti, come più volte detto, è oggi pacifico che l'imitazione – in assenza di DPI e di pericolo di confusione – sia illecita solo in presenza di

⁸⁸⁷ Per tutti, si ricorda la celebre *dissenting opinion* di Justice Brandeis nel caso *INS v AP*, v. J. BRANDEIS, *Dissenting opinion* in *International News Service v. Associated Press*, 248 U.S. 250 (1918) e, più recentemente, in Italia, v. G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., pp. 421-422. In termini di realismo giuridico, è stato altresì osservato che oggi “[i]t is difficult to find unintentional gaps in the intellectual property system”, v. A. OHLY, *The Freedom of Imitation and Its Limits*, cit., p. 16 dell'estratto. Per l'analisi del bilanciamento di interessi alla base dei DPI, v. *supra*, Capitolo I, paragrafi 2. ss.

⁸⁸⁸ Riprendendo le espressioni che si utilizzavano agli albori della discussione sul diritto della proprietà intellettuale, v. T. JEFFERSON, *Thomas Jefferson to Isaac McPherson, 13 August 1813* disponibile a <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/03-06-02-0322>

⁸⁸⁹ Per tutti, v. R. CALLMAN, *He Who Reaps Where He Has Not Sown*, cit., 597 e, in Italia, M. ROTONDI, *L'imitazione servile come atto di concorrenza sleale*, cit., p. 371. A ogni modo, tale distinzione non sembra aver avuto particolare successo nel *common law*, che come noto, adotta un approccio più pragmatico rispetto al *civil law*, v. C. WADLOW, *Rudolf Callmann and the Misappropriation Doctrine in the Common Law of Unfair Competition*, in *15 Intellectual Property Quarterly* 137 (2011).

circostanze ulteriori confliggenti col dinamismo concorrenziale (v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 3.). A ogni modo, nonostante l'importanza di questa conclusione, essa non risolve certo il problema: quali sono tali circostanze contrarie alla concorrenza dinamica? Riprendendo le prime teorie sull'imitazione servile non confusoria, anche queste – almeno a livello di esercizio teorico – potrebbero essere viste in quest'ottica: non è repressa l'imitazione in quanto tale, ma solo la ripresa pedissequa di tutti gli elementi del prodotto altrui. Ma ciò potrebbe bastare per ritenere sleale la condotta? No. Dal punto di vista economico, che due prodotti siano identici non ha nessuna rilevanza, anzi meglio: l'elevata sostituibilità dei prodotti avvicinerà il mercato in questione al modello della concorrenza perfetta e, dunque, i prezzi tenderanno al costo marginale⁸⁹⁰. Il problema sorge, invece, quando l'imitazione sottrae all'imitato il *lead time* necessario per recuperare gli investimenti effettuati in *R&D* (v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 3.), così disincentivandolo a innovare.

Attraverso queste lenti si proveranno ora ad analizzare tre ipotesi di concorrenza sleale per imitazione servile non confusoria sviluppatesi nella dottrina e giurisprudenza nostrane: i) la concorrenza parassitaria; ii) l'imitazione tramite mezzi di ripresa immediata; e iii) l'imitazione attraverso l'impiego di altrui informazioni riservate. La domanda fondamentale da porsi è: sono la sistematicità e l'immediatezza dell'imitazione e l'impiego di altrui informazioni riservate elementi sufficienti a far entrare in contrasto la condotta con la concorrenza dinamica? O meglio, il loro impatto negativo sull'innovazione supera quello positivo dell'imitazione?

2. La concorrenza parassitaria dall'interpretazione tradizionale all'orientamento espansivo della recente giurisprudenza di merito

⁸⁹⁰ Come noto, una delle condizioni necessarie della concorrenza perfetta è l'omogeneità dei prodotti, cosicché le unità di un certo tipo di bene siano tutte uguali tra loro.

Nel diritto italiano, l'espressione "concorrenza parassitaria"⁸⁹¹ si riferisce a casi di imitazione sistematica delle iniziative altrui, cioè di una pluralità di atti imitativi – spesso di per sé leciti – teleologicamente coordinati allo sfruttamento del lavoro altrui⁸⁹². A seconda del tempo dell'imitazione, si distingue tra concorrenza parassitaria sincronica – quando le imitazioni sono scaglionate nel tempo – e asincronica – quando l'imitazione sistematica avviene simultaneamente, cioè in un unico momento.

All'inizio degli anni '60 del secolo scorso, la Cassazione concesse cittadinanza nel nostro alla concorrenza parassitaria diacronica, la quale fu definita un "cammino continuo e sistematico, anche se non integrale, sulle orme altrui" con l'"imitazione di tutto o quasi tutto quello che fa l'altro imprenditore e con l'adozione di ogni sua iniziativa"⁸⁹³. Decostruendo la "fattispecie", essa si compone di tre segmenti⁸⁹⁴: un

⁸⁹¹ La disciplina della concorrenza parassitaria è oggi attentamente ricostruita e analizzata da D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 119-149. Per la diversa accezione del parassitismo accolta nel diritto francese, v. brevemente *supra*, Capitolo I, paragrafo 4.2.

⁸⁹² La fattispecie si deve agli studi di Remo Franceschelli, v. R. FRANCESCHELLI, *Concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, I, pp. 265 ss., il quale precisa che la concorrenza parassitaria non può essere utilizzata per aggirare la disciplina dei DPI (pp. 292-293). Coevo è lo studio di Giannantonio Guglielmetti, v. GIANN. GUGLIELMETTI, *Sulla nozione di concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, II, pp. 316 ss. Oltre alle criticità individuate nel paragrafo precedente, la concorrenza parassitaria è stata contestata da Francesco Carnelutti in quanto trasforma una somma di zeri in unità – o in altri termini, una pluralità di atti leciti in un illecito – v. F. CARNELUTTI, *Concorrenza parassitaria?*, cit., pp. 491 ss. Tuttavia, quel che questo Autore definisce un "miracolo logico", non sembra essere poi così miracoloso nel diritto della concorrenza – in particolare nella disciplina *antitrust* dell'abuso di posizione dominante – in cui un'attività "dev'essere valutata nel suo complesso e non si riduce a una somma di singoli atti". In questo senso, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2598 c.c.*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice civile*, D.U. SANTOSUOSSO (a cura di), *Delle Società – Dell'Azienda – Della Concorrenza*, vol. V (Artt. 2575-2642 c.c.), Torino, 2014, pp. 574-575. Inoltre, non è richiesto che tutti gli atti in questione siano atti concorrenziali, purché imitato e imitante siano legati da un rapporto di concorrenzialità, v. già R. FRANCESCHELLI, *Concorrenza parassitaria*, cit., pp. 285-287.

⁸⁹³ Cass., 17 aprile 1962, n. 752 (*Motta c. Alemagna*), in *Riv. dir. ind.*, 1962, II, pp. 13 ss. Per comprendere la continuità e la sistematicità del cammino della Alemagna sulle orme della Motta, v. R. FRANCESCHELLI, *Concorrenza parassitaria*, cit., pp. 270-271, il quale peraltro è stato l'avvocato della Motta in questo giudizio (quello della Alemagna era invece Francesco Carnelutti). Mi sembra

elemento quantitativo – la ripresa di tutte o quasi le iniziative del concorrente “parassitato” – uno qualitativo – l’imitazione deve ricadere su tutti i momenti dell’attività imprenditoriale, da quello produttivo a quello commerciale e pubblicitario, e dunque le iniziative imitate devono essere eterogenee – e uno temporale – la continuità e costanza del cammino sulle orme altrui. La giurisprudenza successiva si è sostanzialmente conformata a questo celebre precedente⁸⁹⁵, salvo talvolta precisare che non è necessario che la concorrenza parassitaria si collochi all’interno di un più complesso piano di sfruttamento e, talaltra, che i singoli atti imitativi, fermo restando l’elemento quantitativo e l’eterogeneità dei prodotti imitati, possono essere anche intermittenti⁸⁹⁶.

A ogni modo, tale continuità interpretativa è stata interrotta a metà degli anni ’80 da un importante arresto della Cassazione, che ha esteso l’ambito di applicazione della concorrenza parassitaria anche alla ripresa sistematica simultanea delle iniziative altrui (c.d. *concorrenza parassitaria sincronica*)⁸⁹⁷. Le novità introdotte da questa

opportuno ricordare fin da subito che questa sentenza – ma lo stesso mi pare si possa affermare per i primi scritti in materia – si basa su una visione prevalentemente “etica” della concorrenza. Infatti, riprendendo le parole di questo importante arresto, “*gli usi onesti [esigono] che nella competizione per la conquista dei mercati [...] si prevalga sui concorrenti avvalendosi dei mezzi di ricerca e finanziari propri*”. Il che non sembra differire sostanzialmente dalla concezione di Rudolf Callman del diritto della concorrenza sleale come “*order of struggle*”, v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 3.

⁸⁹⁴ Questa analisi è ripresa da D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., p. 120.

⁸⁹⁵ Sul punto, v. R. FRANCESCHELLI, *La concorrenza parassitaria com’è vista oggi in Italia*, in *Riv. dir. ind.*, 1981, I, pp. 11-13.

⁸⁹⁶ Per una sintesi, v. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 121-122, dove si trovano anche gli opportuni riferimenti giurisprudenziali. Si deve, inoltre, precisare che la giurisprudenza non ha individuato una soglia minima per definire il requisito della sistematicità, il quale è rimesso dunque alla valutazione del giudice alla luce delle circostanze del caso concreto, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2598 c.c.*, cit., p. 574.

⁸⁹⁷ Cass., 17 novembre 1984, n. 5852 (*Liquigas*), in *Riv. dir. ind.*, 1985, II, pp. 3 ss. Per la precisione, l’idea era già stata proposta da Remo Franceschelli all’inizio degli anni ‘80, v. R. FRANCESCHELLI, *La concorrenza parassitaria com’è vista oggi in Italia*, cit., pp. 13-14, dove si legge che “*la sistematicità e continuità dell’imitazione che [...] caratterizzano [la concorrenza parassitaria] possono aversi anche nella copiatura dirò simultanea [...] di prodotti e di iniziative altrui*”. Tuttavia, come si

sentenza, però, non finiscono qui. La Suprema Corte, difatti, oltre ad ampliare l'interpretazione dell'elemento temporale della fattispecie in esame, ne ha anche precisato – o stravolto, a seconda dei punti di vista – i presupposti applicativi⁸⁹⁸. Più precisamente, dopo aver affermato che l'obiettivo di fondo della disciplina in esame è incentivare la creatività, la Cassazione ha affermato che l'imitazione sistematica è illecita solo se ha a oggetto creazioni dotate di una certa originalità⁸⁹⁹ e se avviene a breve distanza dal lancio di queste ultime – cioè in quel periodo in cui la loro novità permette all'imprenditore di attendersi una particolare utilità (*lead time*)⁹⁰⁰.

Nonostante la sua attenzione alla realtà economica, questa decisione è stata fortemente criticata da Remo Franceschelli, il quale ha affermato che, “[c]on questa

vedrà a breve, la concorrenza parassitaria sincronica ipotizzata da Remo Franceschelli è profondamente diversa da quella elaborata dalla Cassazione nella sentenza appena citata.

⁸⁹⁸ Tali presupposti peraltro sono necessari, secondo la Cassazione, per entrambe le forme di concorrenza parassitaria (diacronica e sincronica), v. Cass, 17 novembre 1984, n. 5852, cit., pp. 16-17. A essere pignoli, si deve notare che essi sono da collocarsi nella *ratio decidendi* di questa sentenza solo per la concorrenza parassitaria sincronica, mentre sono da considerarsi un *obiter dictum* per quella diacronica (essendo solo la prima oggetto di tale giudizio).

⁸⁹⁹ Come avviene peraltro in Germania, dove è richiesto che gli elementi imitati siano dotati di “individualità competitiva”, v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 4.2. Certo si tratterà di un'originalità minima – evidentemente diversa da quella richiesta ai fini della tutela autorale e brevettuale – ma tale requisito mi sembra imprescindibile. Infatti, se l'oggetto dell'imitazione fosse completamente standardizzato, l'imitatore non starebbe riprendendo la prestazione altrui, ma si starebbe semplicemente adeguando a uno *standard* diffuso nel mercato in questione.

⁹⁰⁰ Vale la pena di ricordare le parole di questa sentenza: “[l]a creatività [...] è il valore fondamentale che con il riconoscimento della concorrenza parassitaria come forma di concorrenza sleale si è voluta esaltare e proteggere [...]. [L]a creatività (o “originalità” che dir si voglia) è tutelata dal nostro ordinamento solo per un tempo determinato, fino a quando, cioè, può considerarsi originale [...]. [Pertanto,] in entrambe le forme della concorrenza parassitaria [...], l'imitazione può considerarsi illecita soltanto se effettuata a breve distanza di tempo da ogni singola iniziativa del concorrente (nella concorrenza parassitaria diacronica) o dalla ultima e più significativa di esse (in quella sincronica). E per “breve” deve intendersi qui quell'arco di tempo per tutta la durata del quale l'ideatore della nuova iniziativa ha ragione di attendersi utilità particolari (di incassi, di pubblicità, di avviamento) dal lancio della novità”, v. Cass., 17 novembre 1984, n. 5852, cit., pp. 14-17. Il che peraltro era già stato affermato dalla Corte Suprema statunitense nel *landmark case INS v AP*, v. *supra*, Capitolo I, paragrafi 3. e 4.1.

*giustificazione [...], non si riconosce e non si applica la concorrenza parassitaria, ma la si distrugge*⁹⁰¹. In particolare, secondo questo Autore, così ragionando si attribuirebbe erroneamente alla concorrenza sleale la stessa funzione dei DPI e si contrasterebbe dunque col numero chiuso di questi ultimi: la concorrenza parassitaria, difatti, non si basa sull'originalità dei prodotti, ma sulla sistematicità della loro ripresa. E siccome il fine della fattispecie in esame non è l'incentivo alla creatività – che è proprio dei DPI – ma la protezione degli imprenditori contro pratiche concorrenziali sleali e disoneste, la tutela non può essere limitata nel tempo, ma “*dura, per così dire, “per sempre”, e cioè finché dura l'impresa*”⁹⁰². Non v'è dubbio, la critica di Franceschelli è eloquente e coerente. Coerente però con un paradigma della cortezza professionale diverso da quello oggi prevalente⁹⁰³. Come detto in precedenza, difatti, il punto di riferimento nell'interpretazione della clausola generale di cui all'art. 2598, n. 3), c.c. non sono più gli usi o la prassi imprenditoriale – né dei non meglio precisati giudizi etici – ma i principi generali dell'ordinamento relativi al corretto funzionamento dei mercati come precisati, in particolare, nel diritto della proprietà intellettuale e nel diritto *antitrust* (v. *supra*, Sezione I, paragrafo 2.). Di conseguenza, la Cassazione coglie nel segno ritenendo l'innovazione e l'efficienza dinamica dei mercati l'obiettivo della repressione della concorrenza parassitaria e, di converso, le osservazioni di Remo Franceschelli non possono oggi essere accolte. L'argomentazione della Suprema Corte è, dunque, da considerarsi un primo passo sulla strada giusta: l'imitazione per essere illecita deve privare un innovatore del periodo di guida derivante dalla novità della sua iniziativa, così disincentivandolo a innovare.

⁹⁰¹ Per tale critica, v. R. FRANCESCHELLI, *L'elemento temporale nella concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1985, II, pp. 15-19, la citazione è tratta da p. 19.

⁹⁰² *Ibidem*, p. 19.

⁹⁰³ Si ricordi che Remo Franceschelli proponeva di interpretare i “*principi della correttezza professionale*” come un rinvio agli usi – in senso tecnico – del ceto imprenditoriale, v. *supra*, Sezione I, paragrafo 2. E adottando questa interpretazione, è certamente corretto affermare che il diritto della concorrenza sleale e della proprietà intellettuale hanno funzioni diverse: uno protegge la lealtà della concorrenza come sviluppatasi nel costume del ceto imprenditoriale, l'altro incentiva l'innovazione.

Se i vantaggi in termini di efficienza dinamica di questa soluzione superino i suoi costi si vedrà nel prosieguo (v. *infra*, paragrafo 4.); ora si deve finire di ripercorrere la parabola evolutiva della concorrenza parassitaria. Sebbene la giurisprudenza maggioritaria abbia continuato a seguire l'impostazione elaborata dalle due sentenze appena analizzate – seppur con delle oscillazioni sulla necessità dell'originalità dei prodotti imitati e della loro ripresa a breve distanza di tempo⁹⁰⁴ – recentemente nella giurisprudenza di merito – soprattutto milanese – si sta affermando un orientamento più espansivo per cui si ha concorrenza parassitaria anche in caso di ripresa pedissequa di iniziative concorrenziali omogenee di un'altra impresa⁹⁰⁵. In particolare, al fine di tutelare le imprese minori ed entranti che non hanno sviluppato una serie di iniziative eterogenee⁹⁰⁶, questa giurisprudenza ha ritenuto sufficiente, ai

⁹⁰⁴ Per tutti, v. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., p. 127. In ogni caso, è interessante notare che le sentenze che hanno riconosciuto la sussistenza della concorrenza parassitaria nel caso concreto sono rare, v. *Ibidem*, p. 124.

⁹⁰⁵ Sul punto, in particolare, v. C. PASCHI, *La concorrenza parassitaria nell'art. 2598 n. 3 e la sua interpretazione nella giurisprudenza più recente*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, I, pp. 223 ss., D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 127-132 e, da ultimo, M.S. SPOLIDORO, *Concorrenza sleale, appropriazione del lavoro altrui e parassitismo*, in *Riv. dir. ind.*, 2018, I, pp. 5 ss. letto su https://dejure.it/#/ricerca/dottrine_documento?idDatabank=13&idDocMaster=7285407&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&semantica=0&isPdf=false&fromSearch=true&isCorrelazioniSearch=false, pp. 11-13 dell'estratto. In giurisprudenza, per esempio, v. App. Trento, 19 febbraio 2005 (Soc. distillati Paolazzi c. Soc. distilleria Marzadro), con nota di S. SALVETTI, *La concorrenza parassitaria per imitazione servile*, in *Dir. ind.*, 2005, II, pp. 511 ss., che considera concorrenza parassitaria l'imitazione di due bottiglie di grappa (oltre al catalogo dei prodotti), in quanto costituenti una parte significativa dell'attività dell'imitato in relazione al suo fatturato – inoltre, in modo discutibile, sono stati ricondotti a tale fattispecie anche atti confusori – Trib. Milano, 23 febbraio 2011 (ord.), in banca dati *DeJure*, che ha represso l'imitazione pedissequa di tre ponti sollevatori per veicoli, rappresentanti una “*componente essenziale*” dei prodotti dell'azienda imitata e Trib. Torino, 7 maggio 2013, in banca dati *Leggi d'Italia*, dove è stata condannata come concorrenza parassitaria sincronica la ripresa integrale della modulistica interna di un concorrente. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, si veda la ricca analisi di C. PASCHI, *La concorrenza parassitaria nell'art. 2598 n. 3*, cit., pp. 231 ss.

⁹⁰⁶ Il punto è messo in luce da C. PASCHI, *La concorrenza parassitaria nell'art. 2598 n. 3*, cit., p. 230.

fini della concorrenza parassitaria, l'imitazione di “*tutte le iniziative assunte in relazione ad una categoria di prodotti che rappresentano il nucleo centrale del fatturato del concorrente*”⁹⁰⁷. In tal modo, il requisito dell'eterogeneità delle iniziative imitate è stato sostituito da una valutazione della sistematicità dell'imitazione più attenta all'attività economica dell'imitato. Inoltre, da un altro punto di vista, la fattispecie in esame è stata altresì utilizzata dai giudici della cautela come motivo assorbente di ulteriori possibili profili di illiceità – in particolare, della validità e contraffazione di privative intellettuali e della presenza del pericolo di confusione *ex art. 2598, n. 1), c.c.* – per economizzare i tempi processuali⁹⁰⁸. Più precisamente, particolare importanza tra gli elementi indicativi del *fumus boni iuris* è stata attribuita al numero dei prodotti imitati, alla tempistica dell'imitazione e alla notevole differenza tra i prezzi di vendita applicati da imitato e imitatore⁹⁰⁹.

A ogni modo, non si può trascurare che l'orientamento in esame non è solo minoritario in giurisprudenza, ma è stato anche fortemente criticato da parte della dottrina⁹¹⁰. In sintesi, secondo quest'ultima, le soluzioni adottate dal primo

⁹⁰⁷ Per tutte, v. App. Trento, 19 febbraio 2005, cit., p. 512, la quale esclude inoltre la rilevanza di differenziazioni marginali, come i colori dell'etichetta (senza modificarne la forma), del tappo e della fascetta di contorno del tappo per due bottiglie di grappa. Tuttavia, in presenza di differenze di “una certa importanza” tra imitazione e prodotto imitato, la condotta non può essere considerata illecita. In tal senso, tra le altre, v. Trib. Milano, 27 agosto 2015, in banca dati *Giurisprudenza delle imprese*.

⁹⁰⁸ Sul punto, v. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 129-130, il quale precisa però che, in sede di merito, i motivi dichiarati assorbiti nella fase cautelare sono esaminati prima della questione relativa alla concorrenza sleale. In giurisprudenza, per esempio, v. Trib. Milano, 26 novembre 2014 (ord.), in banca dati *Giurisprudenza delle imprese*, dove si legge che “[l]a ritenuta esistenza del *fumus boni iuris* della concorrenza sleale di cui all'art. 2598 n 3 c.c. renderebbe di per sé superflua ogni altra valutazione sulla natura confusoria e sull'originalità dei prodotti giacché la fattispecie testé esaminata si applica anche nei casi di pluralità di condotte lecite”.

⁹⁰⁹ In tal senso, v. Trib. Milano, 26 novembre 2014 (ord.), cit. A ulteriore conferma dell'importanza dell'elemento temporale come definito dalla sentenza *Liquigas* della Cassazione, tra le altre, v. Trib. Milano, 27 agosto 2015, cit.

⁹¹⁰ Da ultimo, v. M.S. SPOLIDORO, *Concorrenza sleale, appropriazione del lavoro altrui e parassitismo*, cit., pp. 11-13, che sottolinea il valore pro-concorrenziale dell'imitazione (prezzi minori

rischierebbero di vietare l'imitazione servile non confusoria, così spostando l'ago della bilancia verso il paradigma del “*reaping without sowing*” e, dunque, contribuendo alla deriva protezionistica del diritto della proprietà intellettuale⁹¹¹. Certo, nelle affermazioni di principio spesso queste pronunce non sono condivisibili⁹¹² ma, come si dirà nel paragrafo successivo, dal punto di vista pratico, per certi versi, paiono preferibili all'orientamento tradizionale.

2.1. Collocamento sistematico e compatibilità della concorrenza parassitaria con i principi della concorrenza dinamica (rinvio)

Dal punto di vista sistematico, il rilievo anti-competitivo della sistematicità dell'imitazione – e dunque l'illiceità della concorrenza parassitaria *ex art. 2598, n. 3), c.c.* – potrebbero desumersi da altre due fattispecie: il divieto di riproduzione di informazioni o notizie giornalistiche [art. 101, c. 2, lett. b), l. aut.] e il diritto *sui generis* del titolare di banche dati non creative (artt. 102-*bis* e 102-*ter* l. aut.).

Andando con ordine, l'art. 101, c. 2, lett. b), l. aut. vieta “*la riproduzione sistematica di informazioni o notizie, pubblicate o radiodiffuse, a fine di lucro, sia da parte di giornali o altri periodici, sia da parte di imprese di radiodiffusione*”, in quanto contraria “*agli usi onesti in materia giornalistica*”⁹¹³. Come si evince dal riferimento

e diffusione dell'innovazione) e ricorda che questa può essere vietata solo in presenza di un fallimento di mercato.

⁹¹¹ Molto esplicitamente, è stato affermato che l'idea per cui “*per partecipare al mercato occorra subire una purga preventiva e affrontare costi [...] non è soltanto un'idea estranea al diritto, [...] ma è anche frutto di un equivoco madornale*”, v. *Ibidem*, p. 12.

⁹¹² Per esempio, v. Trib. Milano, 23 febbraio 2011 (ord.), cit., il quale ritiene illecita l'imitazione nella misura in cui “*consent[a] di appropriarsi parassitariamente e senza alcun costo degli investimenti che altri abbiano fatto per l'immissione sul mercato di beni dotati di originalità tecnico-funzionale, prima che esteriore, e di inflazionare il mercato di prodotti – a costi ridotti – che godono dell'accreditamento commerciale già raggiunto negli anni dal soggetto imitato ed al contempo ne riducono l'appetibilità concorrenziale*”.

⁹¹³ Come già osservato, si tratta della versione italiana della “*hot news*” doctrine, sviluppata dalla Corte Suprema statunitense nel 1918 nel celebre caso *INS v AP*, v. *supra*, Capitolo I, paragrafi 3. e 4.1. Per l'analisi dell'art. 101, c. 2, lett. b), l. aut. nell'ottica della concorrenza parassitaria, v. M.

agli “usi onesti”, la disposizione in esame si riferisce a “una particolare forma di concorrenza sleale ai danni di agenzie giornalistiche o di informazioni ovvero di giornali o altri periodici”⁹¹⁴ e, dunque, deve essere interpretata alla luce della clausola generale di correttezza professionale di cui all’art. 2598, n. 3), c.c.⁹¹⁵. Di conseguenza, anche in questo caso, l’imitazione sistematica può essere repressa solo se contrastante con i principi della concorrenza dinamica – *i.e.* solo se in grado di soffocare l’innovazione⁹¹⁶. Al di là dell’apparente circolarità del ragionamento per cui una disposizione da interpretare alla luce della clausola generale di correttezza professionale è rilevante nell’interpretazione della seconda, l’art. 101, c. 2, lett. b), l. aut. contiene un’informazione preziosa ai fini della nostra analisi: il legislatore considera la sistematicità dell’imitazione un elemento rilevante nel diritto della concorrenza sleale.

L’analisi del diritto *sui generis* del costituente di banche dati non creative conferma – e precisa – questa intuizione⁹¹⁷. Come noto, la Dir. CE 96/9 (“*on the legal protection of databases*”) attribuisce al costituente di un “*database which shows that there has been qualitatively and/or quantitatively a substantial investment in either the obtaining, verification or presentation of the contents [the right] to prevent extraction and/or re-utilization of the whole or of a substantial part, evaluated qualitatively and/or quantitatively, of the contents of that database*”⁹¹⁸ (art. 7.1 Dir.

LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub* art. 2598 c.c., cit., pp. 566-567 e, da ultimo, D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 132-133.

⁹¹⁴ In tal senso, v. Cass., 10 maggio 1993, n. 5346, in banca dati *DeJure*.

⁹¹⁵ Come detto a suo tempo, difatti, anche le fattispecie di concorrenza sleale tipizzate dal legislatore devono interpretarsi alla luce della clausola generale di correttezza professionale, v. *supra*, Sezione I, paragrafo 1. Per l’analisi del contenuto di tale clausola generale, v. *supra*, Sezione I, paragrafo 2.

⁹¹⁶ Per tutti, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub* art. 2598 c.c., cit., p. 567 e D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., p. 133, dove si trovano ulteriori riferimenti bibliografici.

⁹¹⁷ Per l’analisi di questa disciplina nell’ottica della concorrenza parassitaria, v. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 134-144.

⁹¹⁸ Tale diritto sorge al momento del completamento della banca dati e dura per 15 anni dal primo gennaio dell’anno successivo al completamento. Per le banche dati messe a disposizione del pubblico – in qualunque modo – prima dello scadere di tale termine, il diritto si esaurisce trascorsi 15 anni dal

cit. recepito in Italia nell'art. 102-bis l. aut.). In tal modo, il legislatore comunitario ha inteso impedire “*the manufactur[ing] of a parasitical competing product*” e, più in generale, “*any [...] significant detriment, evaluated qualitatively or quantitatively, to the investment*”⁹¹⁹. Guardando attraverso queste lenti l'orientamento espansivo della recente giurisprudenza di merito, la ripresa sistematica delle iniziative altrui potrebbe considerarsi illecita quando relativa a “*una parte quantitativamente o qualitativamente qualificante della complessiva attività concorrenziale, valutabile in relazione al vantaggio competitivo che le iniziative oggetto di ripresa attribuiscono all'imprenditore che le ha originate*”⁹²⁰. Così inteso, il divieto di imitazione sistematica che privi l'imitato del *lead time* necessario – per un'impresa mediamente efficiente – a recuperare gli investimenti effettuati unitamente a un ragionevolmente adeguato ritorno economico potrebbe allinearsi ai principi generali dell'ordinamento in materia di buon funzionamento del mercato⁹²¹.

primo gennaio dell'anno successivo alla prima messa a disposizione del pubblico (artt. 10.1-2 Dir. cit. e 102-bis, cc. 6-7, l. aut.).

⁹¹⁹ V. considerando 42 Dir. cit.

⁹²⁰ D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., p. 139. Un argomento a favore di questa conclusione si può rinvenire in Trib. Milano, 1 agosto 2016 (*Faround*), cit., dove “*l'effetto anticoncorrenziale parassitario connesso alla condotta della convenuta pare implicitamente richiamare l'art. 102-bis l.d.a. (e il considerando n. 42 della dir. 96/9/UE)*”, v. G. GIANNONE CODIGLIONE, *La violazione del diritto d'autore sulle c.d. App da parte del gestore di un social network*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2017, I, pp. 138 ss. disponibile a https://dejure.it/#/ricerca/dottrine_documento?idDatabank=99&idDocMaster=5381275&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=1&semantica=0&isPdf=false&fromSearch=true&isCorrelazioniSearch=false, p. 5 dell'estratto. In tal modo, peraltro, si prendono due piccioni con una fava. Da un lato, si fonda l'orientamento della recente giurisprudenza di merito su una normativa che ha come obiettivo la tutela dell'innovazione (considerando 9 Dir. cit.). Dall'altro, alla luce dell'importanza della *non-price competition* nella *digital economy* (v. *supra*, Capitolo II, Sezione II), si individua un approccio più flessibile – e dunque preferibile – rispetto al riferimento al “*nucleo centrale del fatturato dell'imitato*” proposto da App. Trento, 19 febbraio 2005, cit., p. 512.

⁹²¹ Questa soluzione, da un lato, è coerente con quanto affermato dalla Cassazione nella sentenza *Liquigas* (Cass., 17 novembre 1984, n. 5852, cit.) – che come già ricordato, limita la tutela approntata dal diritto della concorrenza sleale a “*quell'arco di tempo per tutta la durata del quale l'ideatore della nuova iniziativa ha ragione di attendersi utilità particolari (di incassi, di pubblicità, di avviamento)*”

A questa ricostruzione si potrebbe obiettare che la disciplina in esame non è stata solo oggetto di forti critiche in dottrina⁹²², ma addirittura la Commissione ha affermato che essa “*has had no proven impact on the production of databases [...] [, in fact] no empirical data that proves that its introduction has stimulated significant growth in the production of EU databases could be submitted so far*”⁹²³. Tali critiche, tuttavia, non screditano l’analisi appena svolta, piuttosto invitano a un’attenta analisi economica circa la sussistenza di un fallimento di mercato prima di reprimere l’imitazione per mezzo della concorrenza sleale⁹²⁴. Da più parti, difatti, è stato sostenuto che, in assenza del diritto *sui generis* del costituente delle banche dati non creative, gli usi parassitari di queste ultime dovrebbero essere repressi per mezzo della concorrenza sleale⁹²⁵. E in tal senso, gli spunti interpretativi tratti dalla Dir. CE 96/9 potrebbero rappresentare delle indicazioni importanti⁹²⁶.

dal lancio della novità” – e, dall’altro, restringe tale periodo, conformemente al dinamismo concorrenziale, a quanto necessario per risolvere il fallimento di mercato al quale la disciplina in esame intende porre rimedio. In tal senso, v. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., p. 140.

⁹²² Le critiche sono arrivate da entrambe le sponde dell’Atlantico. Negli Stati Uniti, in particolare, v. J.H. REICHMAN – P. SAMUELSON, *Intellectual Property Rights in Data?*, in 50 *Vand. L. R.* 72-95 e 113-136 (1997). In Europa, tra gli altri, v. G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., pp. 283-285.

⁹²³ V. Commissione europea, *DG Internal Market and Services Working Paper. First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases*, 12 dicembre 2005, in particolare pp. 23-27, cit. presa alle pp. 24 e 26 disponibile a https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/evaluation_report_legal_protection_databases_december_2005_en.pdf, dove si nota anche che “*European publishers and database producers would clearly prefer to retain the “sui generis” protection*” (p. 26). Infatti, nonostante “*this endorsement of the “sui generis” right is somewhat at odds with the continued success of US publishing and database production that thrives without “sui generis” type protection, the attachment to the new right is a political reality that seems very true for Europe*” (p. 25).

⁹²⁴ Nello stesso senso, v. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 142-143.

⁹²⁵ Tale necessità è stata affermata anche da illustri critici del diritto *sui generis* del costituente di banche dati. Nella dottrina statunitense, v. J.H. REICHMAN – P. SAMUELSON, *Intellectual Property Rights in Data?*, cit., 139-145 e, in Italia, v. G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, cit., p. 284, nt. 187. Anche la Commissione afferma che, qualora si decidesse di abrogare

Ma tale repressione della concorrenza parassitaria è coerente col processo di concorrenza dinamica? Dal momento che tale risposta pare strettamente collegata all'analisi dell'imitazione tramite mezzi di ripresa immediata, a ragione del comune fondamento nella sottrazione all'imitato del *lead time* necessario per recuperare investimenti e ragionevolmente adeguato ritorno economico, la questione sarà analizzata nel dettaglio assieme alla seconda (v. *infra*, paragrafo 4.). Per ora, basti

il diritto *sui generis*, “Member States [...] [could] choose other means e.g. unfair competition or the law of misappropriation to protect “non-original” compilations”, v. Commissione europea, *DG Internal Market and Services Working Paper*, cit., p. 25. Insomma, quel che è criticato è lo strumento giuridico – il diritto *sui generis* – non la necessità di proteggere i costitutori di banche dati non creative. Inoltre, merita di essere brevemente ricordato che, nella prima proposta della direttiva sulle banche dati, “the Commission affirmed its preference for a regime based on modified liability principles – one that would deter certain types of socially undesirable conduct without vesting exclusive property rights in data as such”, v. J.H. REICHMAN – P. SAMUELSON, *Intellectual Property Rights in Data?*, cit., 80-84. Tale proposta, difatti, attribuiva al costitutore di una banca dati non creativa “a right [...] to prevent the unauthorized extraction or re-utilization, from that database, of its contents, in whole or in substantial part, for commercial purposes” (art. 2.5) per “a period of 10 years from the date when the database is first lawfully made available to the public” (art. 9.3), v. *Proposal for a Council Directive on the legal protection of databases*, COM(92) 24 final — SYN 393 disponibile a <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51992PC0024&from=EN>. Una previsione analoga era ancora prevista nella seconda versione della proposta in esame all’art. 10.2, ma il termine di protezione era stato elevato a 15 anni (art. 12.1), v. *Amended proposal for a Council Directive on the legal protection of databases*, COM(93) 464 final - SYN 393 disponibile a <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51993PC0464&from=EN>. Secondo autorevole dottrina – con cui non si può che concordare – questo approccio della Commissione basato su *liability rules* sarebbe stato preferibile alla rigidità del – e alle barriere all’entrata create dal – *property right* introdotto dalla Dir. CE 96/9, in quanto “seemed to invite case-by-case judicial distinctions between pro-competitive activities, especially independent investment in the generation of a competing electronic database [...], and market distorting forms of electronic copying (which were roughly comparable to industrial espionage, commercial bribery, and other types of “parasitical” or free-riding behavior that unfair competition laws interdict)”, v. J.H. REICHMAN – P. SAMUELSON, *Intellectual Property Rights in Data?*, cit., 82. Si deve ricordare infine che, *mutatis mutandis*, anche la trattazione relativa al *data producer’s right* svolta in precedenza ha raggiunto conclusioni simili, v. *supra*, Capitolo II, Sezione III, paragrafi 1. ss.

⁹²⁶ In tal senso, v. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., p. 143.

riassumere le conclusioni alle quali si è arrivati. La concorrenza parassitaria – sia diacronica che sincronica – è illecita quando consista nell’imitazione di una parte quantitativamente o qualitativamente qualificante della complessiva attività concorrenziale, valutabile in relazione al vantaggio competitivo che le iniziative oggetto di ripresa attribuiscono all’imprenditore che le ha originate – e, come si dirà tra un attimo, un’iniziativa è da considerarsi originale quando attribuisce un vantaggio concorrenziale – a breve distanza di tempo dal loro lancio⁹²⁷.

3. *Imitazione e mezzi di ripresa immediata*

Passando alla seconda fattispecie di imitazione servile non confusoria elaborata dalla giurisprudenza, può darsi che l’imitatore non si limiti a riprendere le caratteristiche fondamentali di un prodotto, ma decida addirittura di utilizzarlo nella sua attività produttiva (c.d. *parassitismo “materiale”*)⁹²⁸. Al riguardo, l’esempio più lampante è la vendita di prodotti altrui come propri, dopo averne sostituito il marchio⁹²⁹. Come è facile intuire, tuttavia, tale forma estrema di parassitismo materiale è piuttosto rara ed è più ricorrente l’impiego del prodotto altrui da parte di un concorrente per estrarne copie tramite mezzi di ripresa immediata – quali la fotografia, il pantografo e oggi lo scanner 3D⁹³⁰.

⁹²⁷ Sostanzialmente si tratta di una lettura di Cass., 17 novembre 1984, n. 5852, cit. alla luce dell’analisi del diritto *sui generis* del titolare di banche dati non creative svolta in questo paragrafo.

⁹²⁸ La fattispecie che ci si accinge ad analizzare è così inquadrata da M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2598 c.c.*, cit., pp. 580-582, da cui è ripresa l’espressione “*parassitismo materiale*”.

⁹²⁹ *Ibidem*, p. 580.

⁹³⁰ Sul punto, tra gli altri, v. M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, cit., pp. 548-551, M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2598 c.c.*, cit., pp. 580-582 e, da ultimo, D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 151-167. Con riferimento più in generale all’imitazione servile non confusoria, v. G. CUONZO, *I limiti del principio di libera imitabilità dei prodotti altrui*, cit., pp. 190 ss. e G. CUONZO, *Ripresa della prestazione altrui e imitazione servile dei prodotti di breve durata*, in *Contr. e impr.*, 1990, pp. 211 ss. In giurisprudenza, tra le altre, v. App. Firenze, 11 marzo 1975 (*Isac I*), in *Giur. annotata dir. ind.*, 1975, Rep. “*Correttezza professionale*”, p. 986, dove è stata ritenuta illecita l’imitazione mediante ricalco con

Il primo caso italiano in materia si riferiva alla ripresa fotografica di spartiti musicali⁹³¹, la quale è stata considerata illecita in quanto ogni edizione musicale, si disse, è dotata di un'”*impronta propria*”, che verrebbe appropriata dal concorrente tramite la fotografia. A partire dagli anni '70 del secolo scorso, la giurisprudenza ha avuto modo di estendere tale “fattispecie”, in particolare, alla riproduzione di prodotti altrui tramite ricalco di forme di gomma o pantografo⁹³². Così come è avvenuto per la concorrenza parassitaria, anche alla base di tali interventi giurisprudenziali sembrerebbe giacere una visione etica della concorrenza – intesa come “*order of struggle*” (v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 3.) – per cui la slealtà dell'imitazione tramite mezzi di ripresa immediata deriva dallo sfruttamento del lavoro altrui, al fine di acquisire un indebito vantaggio competitivo sotto forma di risparmio di costi e, dunque, di capacità di praticare prezzi inferiori rispetto

forme di gomma dei prototipi di un concorrente, Cass., 23 febbraio 1977, n. 800 (*camera da letto*), in *Foro it.*, I, 1, c. 116, che ha ritenuto illecita l'imitazione di un modello di camera da letto – privo di originalità – ricavato da una fotografia del modello imitato scattata presso il mobiliere produttore da un suo rappresentante, e App. Bologna, 20 gennaio 1981 (*Isac II*), in *Giur. annotata dir. ind.*, 1982, n. 1488, dove è stata ritenuta illecita la riproduzione di statuine del David di Michelangelo mediante pantografo. Dal punto di vista comparatistico, inoltre, si ricordi che il diritto svizzero ha introdotto una norma apposita per sanzionare tali condotte [art. 5 (c) Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD)] (v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 4.2.). Al contrario, negli Stati Uniti la riproduzione tramite mezzi di ripresa immediata è stata ritenuta lecita dalla celebre sentenza della Corte Suprema *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, cit. Per l'analisi della questione nel diritto statunitense – in prospettiva gius-economica – v. P. SAMUELSON – S. SCOTCHMER, *The Law and Economics of Reverse Engineering*, in 111 *Yale Law Review* 1575 (2002).

⁹³¹ Trib. Monza, 18 luglio 1916, in *Mon. Trib.*, 1916, pp. 795 ss., citata da D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., p. 154. Similmente, è stata ritenuta illecita la riproduzione fotostatica della Gazzetta Ufficiale – curiosamente – non in base al n. 3), ma all'1) dell'art. 2598 c.c., il quale fu interpretato come illecito non necessariamente confusorio, v. App. Roma, 26 marzo 1984, in *Giur. annotata dir. ind.*, 1984, n. 1761 (*Istituto poligrafico e Zecca dello Stato*).

⁹³² In particolare, v. App. Firenze, 11 marzo 1975, cit. e App. Bologna, 20 gennaio 1981, cit. Sul punto, v. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 156-158.

all'imitato⁹³³. Più precisamente, se non ci si inganna, l'impiego di tali mezzi era considerato illecito non tanto per la rapidità dell'imitazione, quanto per l'agevolezza dello sfruttamento del lavoro altrui. Ancora una volta, dunque, abbiamo a che fare col paradigma del *reaping without sowing*.

A ogni buon conto, siccome tale paradigma, come detto in precedenza, non può giustificare – in un'economia di mercato – la repressione dell'imitazione (v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 3.), negli ultimi venti anni del secolo scorso, parte della dottrina ha provato ad ammodernare e affinare la fattispecie in esame⁹³⁴. L'assunto alla base di questi interventi è che il sistema dei DPI non è privo di lacune e che, in assenza della protezione concorrenziale in esame, l'innovazione potrebbe diventare per gli innovatori un “*boomergang*”. Più precisamente, la possibilità per i concorrenti di imitare le creazioni dei primi e vendere i prodotti così ottenuti a prezzi inferiori potrebbe disincentivare l'attività di questi ultimi⁹³⁵. In quest'ottica, è stata sostenuta l'illiceità concorrenziale di certe modalità di imitazione servile non confusoria – quale l'imitazione tramite mezzi di ripresa immediata – di prodotti altrui dotati di “*originalità concorrenziale*”⁹³⁶, intesa come “*vantaggio concorrenziale sostanziale*”

⁹³³ Infatti, la riproduzione a pantografo dei prodotti altrui, “*anche se privi di profili caratterizzanti, [...] rappresenta uno sfruttamento del lavoro altrui dal quale rifuggirebbe sempre un corretto commerciante o produttore*”, v. App. Bologna, 20 gennaio 1981, cit., p. 176. In dottrina, il fondamento di questo orientamento giurisprudenziale è stato così individuato da D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., p. 155. Nello stesso senso, v. M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, cit., p. 549, dove si legge che “[l]a giurisprudenza prevalente ritiene che questo risparmio di spesa sia, di per sé, sufficiente per qualificare il comportamento come illecito”.

⁹³⁴ In particolare, v. G. CUONZO, *I limiti del principio di libera imitabilità dei prodotti altrui*, cit., pp. 190 ss. e G. CUONZO, *Ripresa della prestazione altrui*, cit., pp. 211 ss.

⁹³⁵ Per tutti, G. CUONZO, *I limiti del principio di libera imitabilità dei prodotti altrui*, cit., p. 197. Sebbene all'inizio degli anni '90 fosse possibile trovare alcune “lacune” nel diritto della proprietà intellettuale – come per la tutela delle prestazioni di breve durata nel settore della moda o delle banche dati non creative – si ricordi ancora una volta che ciò oggi è sempre più difficile, v. A. OHLY, *The Freedom of Imitation and Its Limits*, cit., p. 16 dell'estratto.

⁹³⁶ La nozione è ripresa dal diritto tedesco. Molto brevemente, v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 4.2.

derivante dalla novità di questi ultimi⁹³⁷. Al contrario, le iniziative banali e standardizzate non hanno alcun motivo di essere tutelate per incentivare l'innovazione⁹³⁸. Occorrono alcune precisazioni. In primo luogo, è necessario tener conto della vicinanza dell'imitazione al prodotto imitato – che sarà massima nel caso di imitazione tramite mezzi di ripresa automatica – e, se quest'ultimo presenta delle sensibili differenze rispetto al primo, la condotta non potrà che ritenersi di per sé lecita e saranno decisive le “*circostanza che hanno accompagnato l'imitazione (cioè le modalità di avvicinamento)*”⁹³⁹. In secondo luogo, la protezione in esame – a differenza di quella approntata dai DPI – non ha a oggetto l'idea in quanto tale, ma solo la sua concreta attuazione – *i.e.* la sua forma industriale⁹⁴⁰. Pertanto, i concorrenti sono liberi di sviluppare l'idea alla base dell'altrui prodotto per arrivare a soluzioni omogenee, purché ovviamente non ne imitino servilmente la sua forma industriale. E infine, dal punto di vista temporale, la tutela deve essere limitata al periodo necessario per ammortizzare lo sforzo innovativo⁹⁴¹.

⁹³⁷ G. CUONZO, *I limiti del principio di libera imitabilità dei prodotti altrui*, cit., pp. 201-202 che ha poi ribadito il punto in G. CUONZO, *Ripresa della prestazione altrui*, cit., p. 228, dove si legge che “*sarebbe illusorio indicare parametri decisivi [nella valutazione di originalità], dovendo il giudice procedere di volta in volta alla valutazione comparativa degli interessi in gioco*”. In ogni caso, qualora le differenze tra i due prodotti ricadano su particolari secondari, dovrebbe operare una presunzione relativa di illiceità, v. G. CUONZO, *I limiti del principio di libera imitabilità dei prodotti altrui*, cit., p. 200.

⁹³⁸ V. G. CUONZO, *I limiti del principio di libera imitabilità dei prodotti altrui*, cit., p. 201. Si noti, peraltro, che questo approccio si discosta da alcune pronunce giurisprudenziali in materia, che hanno ritenuto illecito l'impiego di mezzi di ripresa immediata indipendentemente dall'originalità del prodotto imitato. Per esempio, v. Cass., 23 febbraio 1977, n. 800, cit. e App. Bologna, 20 gennaio 1981, cit.

⁹³⁹ G. CUONZO, *Ripresa della prestazione altrui*, cit., p. 228, il quale fa l'esempio dell'utilizzo di informazioni riservate ai fini dell'imitazione (pp. 226-227).

⁹⁴⁰ Si tratta, del resto, di un corollario della distinzione tra tutela reale e obbligatoria. Sul punto, v. G. CUONZO, *I limiti del principio di libera imitabilità dei prodotti altrui*, cit., pp. 200-201, ma nello stesso senso, v. già M. ROTONDI, *L'imitazione servile come atto di concorrenza sleale*, cit., pp. 382-383.

⁹⁴¹ V. G. CUONZO, *I limiti del principio di libera imitabilità dei prodotti altrui*, cit., pp. 202-203, il quale riprende l'affermazione di M. FRANZOSI, *L'imitazione servile e violazione di segreti*

Come si vedrà a breve, questi sforzi della dottrina rappresentano un passo importante verso l'allineamento della fattispecie in esame ai principi di buon funzionamento dei mercati previsti dalla costituzione economica.

4. *Un tentativo di ricostruzione unitaria della concorrenza parassitaria e dell'imitazione tramite mezzi di ripresa immediata alla luce dei principi della concorrenza dinamica*

Anticipando le conclusioni di questo paragrafo, le due ipotesi di imitazione servile non confusoria finora esaminate – concorrenza parassitaria e imitazione tramite mezzi di ripresa immediata – possono essere condensate in un'unica fattispecie, una volta emancipate dal paradigma del *reaping without sowing* e allineate con i principi della concorrenza dinamica. Più precisamente, si propone di considerare illecita l'imitazione di “una parte quantitativamente o qualitativamente qualificante della complessiva attività concorrenziale, valutabile in relazione al vantaggio competitivo che le iniziative oggetto di ripresa attribuiscono all'imprenditore che le ha originate” prima che quest'ultimo – o meglio, un'impresa di media efficienza del settore – abbia avuto modo di ammortizzarne i costi (*lead time*)⁹⁴². E come è del tutto

(irrelevanza delle valutazioni sull'originalità del trovato; slealtà della ripresa della prestazione altrui), in *Foro pad.*, 1981, I, c. 226 per cui il giudice – al fine di determinare la durata dell'inibitoria – dovrebbe fare la media ponderata tra l'originalità del prodotto imitato e la slealtà dell'imitazione. Di talché, i prodotti più originali – in quanto di norma necessitano di un periodo più lungo per ammortizzare i costi – saranno tutelati più a lungo. In ogni caso, il periodo di tutela non può mai superare quello previsto dai diritti di privativa, v. G. CUONZO, *I limiti del principio di libera imitabilità dei prodotti altrui*, cit., p. 203.

⁹⁴² Tale definizione è sostanzialmente ripresa dai risultati a cui giunge, riguardo alla concorrenza parassitaria, D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 139-140, il cui pensiero è ripreso *supra*, paragrafo 2.1. Questo Autore, tuttavia, esaminando la condotta nella prospettiva della concorrenza dinamica, afferma l'illiceità solo della ripresa sistematica da parte di un'impresa *leader* delle idee di un *newcomer* a breve distanza dal loro lancio. In questo caso, però, la concorrenza parassitaria è considerata illecita non tanto in quanto tale, quanto per il carattere emulativo e persecutorio che assume all'interno di una strategia finalizzata all'eliminazione dal mercato dell'imitato, v. *Ibidem*, pp. 146-147. Nello stesso senso, v. M. LIBERTINI, *I principi della*

evidente, l'oggetto dell'imitazione può attribuire un vantaggio competitivo al suo creatore solo se dotato di – una seppur minima – originalità⁹⁴³. Ma non partiamo in quarta. Prima di analizzare più da vicino gli elementi della fattispecie che si propone, è necessario chiarire come l'analisi economica – attraverso le lenti della concorrenza dinamica – della concorrenza parassitaria e dell'imitazione tramite mezzi di ripresa immediata possa portarci a questi risultati.

Iniziando dalla concorrenza parassitaria, può considerarsi la sistematicità dell'imitazione sufficiente a disincentivare l'innovazione? Sebbene tale elemento non sia privo di rilievo per la nostra analisi – come si vedrà a breve – esso non può essere ritenuto di per sé contrastante con la concorrenza dinamica⁹⁴⁴. Se si guarda alla fattispecie in esame in prospettiva storica, la ragione per cui giurisprudenza e dottrina tradizionali hanno attribuito rilevanza centrale a tale elemento diventa subito chiara: esse prendono le mosse da una lettura della clausola generale di correttezza professionale assai più vicina al paradigma del *reaping without sowing*, che al dinamismo del processo concorrenziale⁹⁴⁵. E in quest'ottica, la sistematicità dell'imitazione è da ritenersi illecita, in quanto testimonia l'esistenza di un disegno imprenditoriale volto all'appropriazione dei frutti del lavoro altrui⁹⁴⁶. Tutto

correttezza professionale, cit., p. 547. Al contrario, analizzando l'imitazione tramite mezzi di ripresa immediata, Davide Arcidiacono afferma l'illiceità di tale condotta quando abbia a oggetto un'iniziativa originale e privi l'impresa imitata del *lead time* necessario per recuperare gli investimenti effettuati unitamente a un ragionevolmente adeguato ritorno economico, v. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 164-166, il quale riprende nuovamente il pensiero di M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, cit., pp. 550-551.

⁹⁴³ In tal senso, si è già ricordato G. CUONZO, *I limiti del principio di libera imitabilità dei prodotti altrui*, cit., pp. 201-202. Inoltre, come detto in precedenza – e sul punto si tornerà a breve – il danno concorrenziale si configura come illecita eliminazione o diminuzione di un vantaggio competitivo, v. *supra*, Sezione I, paragrafo 1.1.

⁹⁴⁴ In tal senso, in particolare, v. G. GHIDINI, *La c.d. concorrenza parassitaria*, cit., pp. 640-645, il quale però non si pone dall'angolo visuale della concorrenza dinamica, ma più in generale della razionalità economica, M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, cit., pp. 546-547, M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2598 c.c.*, cit., p. 575 e, da ultimo, D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 144-147.

⁹⁴⁵ Il punto è stato sottolineato in precedenza, v. *supra*, paragrafo 2.

⁹⁴⁶ Il che mi sembra basarsi sulla seguente visione della concorrenza: “[a]n economic order founded

all'opposto, nella prospettiva della concorrenza dinamica, *“l'emulazione [...] costituisca un dato normale della economia di mercato contemporanea ed una componente essenziale del progresso economico”* e spesso essa, *“anche se ripetuta, può orientare, anziché bloccare il flusso delle innovazioni [...] verso innovazioni non imitabili, o perché brevettate o perché richiedenti, comunque, un know-how complesso per essere riprodotte”*⁹⁴⁷. Il che è particolarmente vero quando sono i *newcomers* – o, più in generale, le imprese meno affermate – a imitare le imprese *leader*⁹⁴⁸.

A tal proposito, particolarmente rilevanti sono gli interventi giurisprudenziali che – in modo del tutto condivisibile – hanno condizionato la repressione della concorrenza parassitaria alla presenza di una minima originalità dell'oggetto dell'imitazione e di una scansione temporale tale da privare l'imitato del *lead time* necessario a recuperare gli investimenti effettuati e un ragionevole profitto⁹⁴⁹. In

on competition should be characterized by attempts to acquire the customer's patronage by giving him the opportunity to judge freely the quality, price, and service each offers as his own work”, v. R. CALLMAN, *He Who Reaps Where He Has Not Sown*, cit., 602 (enfasi aggiunta). Insomma, il successo nella competizione economica può giustificarsi solo sulla base del proprio lavoro e dei propri investimenti, senza poter raccogliere i frutti del lavoro altrui. Infatti, la ripresa delle idee altrui può ammettersi solo in casi eccezionali, v. *Ibidem*, 612-614.

⁹⁴⁷ Citazioni tratte da M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, cit., pp. 544 e 546. Si ricordi ancora una volta le parole della Corte Suprema statunitense: *“imitation and refinement through imitation are both necessary to invention itself, and the very lifeblood of a competitive economy”* e *“the competitive reality of reverse engineering may act as a spur to the inventor, creating an incentive to develop inventions that meet the rigorous requirements of patentability”*, v. *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, cit., 146 e 160.

⁹⁴⁸ Il punto è stato trattato *supra*, paragrafo 1. e sarà preso nuovamente in considerazione alla fine del presente paragrafo.

⁹⁴⁹ In particolare, v. Cass., 17 novembre 1984, 5852, cit. Nello stesso senso, secondo P. SAMUELSON – S. SCOTCHMER, *The Law and Economics of Reverse Engineering*, cit., 1594, una disciplina repressiva dell'imitazione è giustificabile solo se *“have a minimal creativity requirement and a durational limitation aimed at providing a reasonable amount of lead time to enable innovators to recoup their investments”*. Inoltre, un argomento sistematico a sostegno del rilievo del fattore tempo si può desumere dall'art. 101, c. 2, lett. a), l. aut., il quale vieta *“la riproduzione o la radiodiffusione, senza autorizzazione, dei bollettini di informazioni distribuiti dalle agenzie*

primo luogo, nell'ottica della concorrenza dinamica, non avrebbe alcun senso proteggere prodotti banali o standardizzati. In questi casi, difatti, non vi è alcuna innovazione da tutelare e, dunque, l'imitazione non può che avere un effetto pro-concorrenziale⁹⁵⁰. In secondo luogo, se l'imitazione non privasse l'imitato del *lead time* necessario a recuperare gli investimenti unitamente a un ragionevole profitto, quest'ultimo non sarebbe affatto disincentivato a innovare. In tal caso, difatti, il lancio del prodotto imitato è rivelato profittevole e, dunque, un soggetto razionale lo avrebbe fatto anche sapendo che sarebbe poi stato imitato⁹⁵¹ – il che in mercati concorrenziali è altamente prevedibile. Come si disse a suo tempo, del resto, l'obiettivo del diritto della proprietà intellettuale non è l'internalizzazione di tutte le esternalità positive prodotte da un'informazione – e, dunque, l'eliminazione del *free riding* – ma garantire agli innovatori un periodo di monopolio che permetta loro di recuperare gli investimenti effettuati per sviluppare un'idea unitamente a un

*giornalistiche o di informazioni, prima che siano trascorse sedici ore dalla diramazione del bollettino stesso e, comunque, prima della loro pubblicazione in un giornale o altro periodico che ne abbia ricevuto la facoltà da parte dell'agenzia". Sul punto – anche se con riferimento all'imitazione tramite mezzi di ripresa immediata – v. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 165-166.*

⁹⁵⁰ Per tutti, anche se con riferimento all'imitazione tramite mezzi di ripresa immediata, v. M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, cit., p. 550. Peraltro, da un punto di vista eminentemente pratico, si è già rilevato che, nei casi in cui il prodotto imitato sia banale o standardizzato, sarebbe difficile per un'impresa sostenere l'esistenza di un'imitazione: si tratterebbe semplicemente della conformazione a uno *standard*, v. *supra*, paragrafo 2.

⁹⁵¹ Addirittura i *merchants* di Amazon, consci del pericolo di essere imitati da quest'ultimo – il che minaccia di spingerli ai margini del mercato (c.d. *swimming with sharks dilemma*) – decidono di operare su tale piattaforma egualmente se prevedono di recuperare i costi sostenuti unitamente a un ragionevole profitto prima dell'imitazione da parte del secondo, v. F. ZHU – Q. LIU, *Competing with Complementors: An Empirical Look at Amazon.com*, in 39 *Strategic Management Journal* 2618 (2018) disponibile a <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/smj.2932>, p. 7 dell'estratto. In questi casi, non è comunque escluso l'intervento *antitrust* qualora, come visto, tale condotta sia idonea a minacciare la concorrenzialità del mercato in questione. Per la trattazione del punto, v. *supra*, Capitolo II, Sezione II, paragrafo 7.1. Il che potrà rilevare, dal punto di vista della concorrenza sleale, non come concorrenza parassitaria, ma come abuso monopolistico.

ragionevolmente adeguato ritorno economico⁹⁵². Il che, come già chiaro nel *landmark case INS v AP*⁹⁵³, nel diritto della concorrenza sleale non può che limitarsi al *lead time* ritenuto, di volta in volta, indispensabile a tal fine.

Per quanto riguarda l'elemento quantitativo della concorrenza parassitaria, si deve altresì ricordare il recente orientamento di una parte della giurisprudenza di merito – soprattutto milanese – che considera sistematica anche l'imitazione di iniziative omogenee di un concorrente⁹⁵⁴. Questa corrente giurisprudenziale è di particolare interesse ai nostri fini, in quanto può essere letta – in linea con quanto affermato da parte della dottrina – come l'affermazione dello scarso rilievo economico dei criteri tradizionali della quantità ed eterogeneità degli atti imitativi⁹⁵⁵. A ogni modo, siccome i confini dell'elemento quantitativo della concorrenza parassitaria così inteso non sono ancora stati tracciati con precisione, si è altresì ricordato il tentativo di parte della dottrina di meglio definirli alla luce delle indicazioni provenienti dalla Dir. CE 96/9. In tale prospettiva, il requisito della sistematicità è stato ritenuto soddisfatto in caso di imitazione di *“una parte quantitativamente o qualitativamente qualificante della complessiva attività concorrenziale, valutabile in relazione al vantaggio competitivo che le iniziative oggetto di ripresa attribuiscono all'imprenditore che le ha originate”*⁹⁵⁶. Il che permette di valutare l'effettiva sottrazione o riduzione di un vantaggio competitivo in modo sufficientemente

⁹⁵² Per tutti, v. M.A. LEMLEY, *Property, Intellectual Property, and Free Riding*, in 83 *Texas Law Review* 1031 (2005). Il punto è stato esaminato *supra*, Capitolo I, paragrafo 2.2.

⁹⁵³ V. *International News Service v. Associated Press*, cit., 241. Per l'analisi di questo caso, v. *supra*, Capitolo I, paragrafi 3. e 4.1.

⁹⁵⁴ La questione è stata analizzata *supra*, paragrafi 2. e, in relazione alla disciplina delle banche dati non creative, 2.1.

⁹⁵⁵ Infatti, l'analisi della concorrenza parassitaria alla luce dei principi di buon funzionamento del mercato contenuti nella costituzione economica farebbe perdere *“valore [a] gran parte degli elementi a cui la prassi corrente attribuisce peso determinante (numero, durata etc. degli atti imitativi)”*, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2598 c.c.*, cit., p. 575. V. anche M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, cit., p. 547, il quale ritiene tale affermazione lo sviluppo – fondato su solide basi gius-economiche – del pensiero di Francesco Carnelutti per cui una somma di atti leciti non può considerarsi illecita, v. F. CARNELUTTI, *Concorrenza parassitaria?*, cit., pp. 491 ss.

⁹⁵⁶ V. *supra*, paragrafo 2.1, dove si trovano anche gli opportuni riferimenti bibliografici.

flessibile da attagliarsi alle diverse esigenze dei casi concreti⁹⁵⁷. Per esempio, affinché l'imitazione sia idonea a pregiudicare il vantaggio competitivo appartenente a un concorrente particolarmente attivo sul piano commerciale e/o pubblicitario – e dunque sia tale da disincentivare un soggetto razionale a innovare – essa, di norma, non può avere a oggetto solo il prodotto in quanto tale, ma deve comprendere – almeno in parte – anche le iniziative commerciali o pubblicitarie dell'imitato⁹⁵⁸. Infatti, se l'imitazione avesse a oggetto solo il prodotto in quanto tale, l'imprenditore “parassitato” potrebbe comunque sfruttare il vantaggio competitivo che detiene sul piano commerciale e/o pubblicitario per competere sul mercato. Utilizzando una metafora botanica, il parassitismo è illecito solo quando “*il parassita uccide la pianta*”⁹⁵⁹. Il che non sembrerebbe avvenire nel nostro caso.

Riassumendo i risultati finora raggiunti, la repressione della concorrenza parassitaria è giustificabile – nell'ottica della concorrenza dinamica – solo quanto l'imitazione sia idonea a eliminare o ridurre un vantaggio competitivo detenuto da un concorrente – rappresentante una parte quantitativamente o qualitativamente qualificante della sua complessiva attività concorrenziale – prima che quest'ultimo abbia potuto ammortizzare gli investimenti effettuati per il suo sviluppo⁹⁶⁰. Così ragionando, allora, gran parte dei comportamenti illeciti secondo la concezione tradizionale della concorrenza parassitaria possono ritenersi al più “*ineleganti e poco apprezzabili sul piano del costume, ma [...] [di solito] non ostacolano oggettivamente il buon funzionamento del mercato*”⁹⁶¹.

Passando all'imitazione tramite mezzi di ripresa immediata, sono sufficienti questi ultimi a rendere l'imitazione illecita? Secondo il paradigma del *reaping without*

⁹⁵⁷ Tale approccio, difatti, “*consente la valutazione della concreta situazione dell'impresa oggetto di attacco concorrenziale*”, v. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., p. 139.

⁹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 139-140.

⁹⁵⁹ M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, cit., p. 544.

⁹⁶⁰ Nelle sue conclusioni, nonostante vi siano delle significative differenze – soprattutto di principio e metodologiche – tale proposta – che come si vedrà a breve comprende anche l'imitazione tramite mezzi di ripresa immediata – non è troppo distante da quella elaborata da G. CUONZO, *I limiti del principio di libera imitabilità dei prodotti altrui*, cit., pp. 201-204.

⁹⁶¹ V. M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, cit., p. 547.

sowing la risposta non può che essere affermativa, permettendo tali mezzi al concorrente di approfittare del lavoro altrui col minimo sforzo possibile⁹⁶². Al contrario, nell'ottica della concorrenza dinamica, l'illiceità non deriva tanto dal mezzo di imitazione in sé, quanto dalla rapidità della ripresa della prestazione altrui che il mezzo impiegato a tal fine permette – dunque dalla sottrazione all'innovatore imitato del *lead time* necessario per ammortizzare i costi⁹⁶³. E a favore dell'illiceità dell'impiego di mezzi di ripresa immediata in quanto tale, non è neanche possibile trarre un argomento dagli artt. 87 ss. l. aut.⁹⁶⁴ – i quali, come noto, disciplinano, tra gli altri, il diritto connesso sulle fotografie non creative – essendo la *ratio* di queste disposizioni la tutela della minima creatività che ogni fotografia richiede. Il che è puntualmente confermato dall'inapplicabilità di tale tutela alle fotografie a contenuto obbligato – cioè quelle raffiguranti “*scritti, documenti, carte di affari, oggetti materiali, disegni tecnici e prodotti simili*” (art. 87, c. 2, l. aut.).

Da un altro punto di vista, perché si possa dire che la repressione dell'imitazione incentivi l'innovazione, è necessario che il prodotto imitato sia minimamente innovativo, cioè originale, intendendosi per tali “*prodotti che, pur senza raggiungere il grado di creatività richiesto per la tutela d'autore [ma lo stesso potrebbe dirsi per gli altri DPI], non possano essere considerati standardizzati, o comunque richiedano*

⁹⁶² Il punto è stato analizzato *supra*, paragrafo 3.

⁹⁶³ Per tutti, v. P. SAMUELSON – S. SCOTCHMER, *The Law and Economics of Reverse Engineering*, cit., in particolare 1594 e, in Italia, D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 165-166, secondo cui tale soluzione sembra differire da quella adottata da G. CUONZO, *I limiti del principio di libera imitabilità dei prodotti altrui*, cit., p. 202, il quale identificherebbe il fine della tutela in esame nell'attribuzione all'imprenditore di una compensazione adeguata, v. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., p. 164, nt. 39. A ogni modo, nonostante le espressioni concorrenza dinamica o simili non compaiano mai nello studio di Gabriele Cuonzo, mi sembra che l'insistenza sulla limitatezza temporale della tutela al periodo necessario ad ammortizzare lo sforzo innovativo ci permetta di utilizzarlo utilmente – forse oltre l'intenzione dell'Autore – nella prospettiva della concorrenza dinamica.

⁹⁶⁴ Sul punto, v. M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, cit., p. 550, il cui pensiero è condiviso da D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 163-164.

*notevoli investimenti per la loro realizzazione*⁹⁶⁵. In caso di prodotti standardizzati, difatti, l'imitazione ha solo effetti pro-concorrenziali: riduce i prezzi e permette l'innovazione futura sia dell'imitatore che dell'imitato, il quale sarà incentivato a sviluppare idee proteggibili con DPI o almeno col segreto commerciale⁹⁶⁶.

Arrivando al nodo principale del discorso, come si coordinano queste due fattispecie? Nel paradigma del *reaping without sowing*, esse sono accomunate dallo sfruttamento del lavoro altrui, che si manifesta però in due modi distinti: nella prima sotto forma di “*cammino continuo e sistematico sulle orme altrui*”⁹⁶⁷ e nella seconda come copia priva di qualsivoglia sforzo dell'imitatore. Nonostante questa impostazione potesse giustificare l'esistenza di due fattispecie separate, le cose cambiano notevolmente quando si guarda il fenomeno attraverso le lenti della concorrenza dinamica. Come appena visto, difatti, in quest'ottica, si ha concorrenza parassitaria in caso di ripresa di una parte quantitativamente o qualitativamente qualificante della complessiva attività concorrenziale altrui, valutabile in relazione al vantaggio competitivo che le iniziative oggetto di ripresa attribuiscono all'imprenditore che le ha originate – e in questo senso va letto il requisito dell'originalità – a breve distanza dal loro lancio, cioè in modo da privare l'innovare del *lead time* necessario a recuperare gli investimenti unitamente a un ragionevole profitto. L'imitazione immediata⁹⁶⁸, invece, è da considerarsi illecita in quanto

⁹⁶⁵ V. M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, cit., p. 550. Nello stesso senso, v. P. SAMUELSON – S. SCOTCHMER, *The Law and Economics of Reverse Engineering*, cit., in particolare 1594 e, da ultimo, D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 164-165. La necessità del requisito dell'originalità era già stata affermata in dottrina verso la fine del secolo scorso, v. *supra*, paragrafo 3.

⁹⁶⁶ Per tutti, v. M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, cit., p. 550 e, da ultimo, D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 164-165. Nello stesso senso, come già ricordato, v. *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, cit., 160.

⁹⁶⁷ Questa è la formula, poi diventata tralatizia, utilizzata dalla decisione che per prima riconobbe l'illiceità della concorrenza parassitaria, v. Cass., 17 aprile 1962, n. 752 (*Motta c. Alemagna*), cit.

⁹⁶⁸ Alla luce dell'analisi economica appena effettuata sembra più corretto parlare di “ripresa immediata”, piuttosto che di “imitazione tramite mezzi di ripresa immediata”, dal momento che il contrasto con i principi della concorrenza dinamica deriva dall'immediatezza dell'imitazione – oltre che dall'originalità del suo oggetto – piuttosto che dal mezzo utilizzato.

permette all'imitatore di appropriarsi di iniziative altrui originali a breve distanza dal loro lancio. Come è evidente allora, la prima ipotesi copre l'intero ambito di applicazione della seconda e richiede un'originalità, per così dire, rinforzata da un elemento quantitativo⁹⁶⁹: non basta che un'iniziativa non sia standardizzata, ma il vantaggio competitivo da essa derivante va valutato alla luce della complessiva attività concorrenziale dell'imitato. Allora, affinché la seconda fattispecie – come intesa alla luce della concorrenza dinamica – non finisca per rendere inapplicabile la prima, delle due l'una: o l'elemento quantitativo è necessario o non lo è. Come appena detto, quest'ultimo serve a precisare il vantaggio competitivo detenuto dall'imitato, così restringendo l'ambito di applicazione della fattispecie in esame – che potremmo continuare a chiamare concorrenza parassitaria – solo in presenza di un effettivo danno concorrenziale all'imitato⁹⁷⁰. Infatti, riprendendo l'esempio fatto poco fa, se l'imitato fosse particolarmente attivo sul piano pubblicitario, non è da escludersi che esso possa – nonostante l'imitazione di un prodotto non standardizzato – ottenere comunque il *lead time* tramite accorte strategie pubblicitarie (sempre che l'imitazione non ricada anche su queste ultime). Insomma, questa soluzione permetterebbe di cucire la disciplina della concorrenza parassitaria sulla realtà economica del caso concreto, in modo da verificare volta per volta l'esistenza di un effettivo fallimento di mercato e, dunque, limitare il “*public embarrassment*” del divieto di concorrenza per imitazione allo stretto necessario⁹⁷¹.

Dopo questo coordinamento, per così dire, “esterno” tra le due fattispecie in esame, è necessario precisare il coordinamento “interno” tra gli elementi della fattispecie di concorrenza parassitaria che si propone. Ferma restando la necessità di tutti gli

⁹⁶⁹ È appena il caso di ricordare che, nell'impiego di questa terminologia – sviluppatasi, come visto, nell'analisi della concorrenza parassitaria – si deve tener a mente che il rilievo del vantaggio competitivo va valutato in termini sia quantitativi che qualitativi.

⁹⁷⁰ Come detto in precedenza, difatti, l'idoneità a danneggiare l'altrui azienda [art. 2598, n. 3), c.c.] va intesa come pericolo di sottrazione o riduzione di un vantaggio concorrenziale, v. *supra*, Sezione I, paragrafo 1.1.

⁹⁷¹ L'espressione è ripresa da T. JEFFERSON, *Thomas Jefferson to Isaac McPherson*, cit. Per l'analisi del fallimento di mercato al quale il diritto della proprietà intellettuale mira a porre rimedio, v. *supra*, Capitolo I, paragrafi 2.2. e 3.

elementi appena individuati, la minor intensità dell'uno potrebbe essere compensata dalla maggior intensità di un altro⁹⁷². Così, un ridotto grado di originalità sul piano qualitativo di un'iniziativa può essere compensato dalla maggior intensità dell'imitazione su quello quantitativo. Esemplificando, l'imitazione di una serie di prodotti pressoché – ma ovviamente non completamente – standardizzati, può diventare illecita se questi, nel loro insieme, sono idonei ad attribuire un vantaggio competitivo sostanziale all'imitato in relazione alla sua complessiva attività concorrenziale. Ancora, l'esistenza di un esiguo vantaggio competitivo, può essere controbilanciata dalla velocità dell'imitazione. Si pensi, per esempio, all'imitazione di oggetti esposti – prima di essere commercializzati – a una fiera di settore così rapida da battere sul tempo il loro ideatore⁹⁷³.

Infine, nella valutazione sull'illiceità di una condotta imitativa, devono assumere rilevanza anche le asimmetrie di potere di mercato intercorrenti tra i soggetti coinvolti⁹⁷⁴. Come è evidente, difatti, l'imitazione da parte di un'impresa affermata sul mercato di una entrante o l'ipotesi opposta hanno un impatto ben diverso sull'incentivo – o meglio disincentivo – per l'imitato a innovare e, dunque,

⁹⁷² Lo spunto è preso dal diritto tedesco, v. BGH IIC 2009, 742 (746) – *Ribbed Case* citato da F. HENNING-BODEWIG – K. BOESCHE, § 12 *Germany*, cit., p. 251, dove si legge che “[t]here is an interaction between the degree of competitive individuality, the manner and intensity of the usurpation and the particular competition circumstances. The greater the competitive individuality and the greater the intensity of the usurpation, the lower are the requirements made of the special circumstances that establish the anticompetitive nature of the imitation”. V. *supra*, Capitolo I, paragrafo 4.2.

⁹⁷³ L'esempio è ripreso da D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., p. 166.

⁹⁷⁴ Il punto è stato messo in evidenza, in relazione alla concorrenza parassitaria, da M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, cit., p. 547, il cui pensiero è stato ripreso e precisato da D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., p. 144-147. Per le conclusioni cui giungono questi Autori, v. *supra*, nt. 942. Più in generale, per la rilevanza delle asimmetrie di potere di mercato nel diritto della concorrenza sleale, v. *supra*, Sezione I, paragrafo 3. Infine, per l'effetto pro-concorrenziale dell'imitazione delle iniziative delle imprese *leader* da parte dei *newcomer*, v. *supra*, paragrafo 1. A scanso di equivoci, è bene avvisare che la breve trattazione che segue fornisce solo alcuni spunti interpretativi, da vagliare con un grano di sale alla luce delle circostanze dei singoli casi concreti.

sull'efficienza dinamica. Così, ferma restando, in linea di principio, l'applicazione della fattispecie in esame a imprese in posizione concorrenziale analoga e quando l'imitante ha un potere di mercato maggiore di quello dell'imitato⁹⁷⁵, l'imitazione da parte dei *newcomers* delle iniziative delle imprese *leader* potrebbe portare a una conclusione diversa – rientrando tale pratica nella razionalità economica ed essendo spesso imposta dalla necessità di adeguarsi al “progresso” economico⁹⁷⁶. In particolare, mentre non vi dovrebbe essere dubbio sulla liceità dell'imitazione – anche sistematica – delle iniziative delle imprese *leader* da parte dei *newcomers* una volta decorso il *lead time* delle prime, tale condotta forse potrebbe essere egualmente lecita anche se posta in essere prima che l'imitato abbia goduto di tale periodo⁹⁷⁷. Di norma, difatti, è difficile che un *newcomer* sia in grado di privare un'impresa *leader* del vantaggio competitivo derivante da un'innovazione – che è rafforzato, peraltro, dall'affermazione commerciale della seconda. A ogni modo, tale interpretazione non deve intendersi come un “via libera” a qualsiasi condotta imitativa dei *newcomers*, la quale non può che essere illecita qualora se ne provi l'idoneità a disincentivare l'innovazione. Riprendendo l'esempio della fiera di settore fatto poco sopra, in un caso del genere forse – ma ciò è da verificare alla luce delle circostanze del caso concreto – neanche l'asimmetria di potere intercorrente tra i soggetti dell'imitazione può salvare l'imitatore.

5. Imitazione tramite sottrazione di informazioni riservate

⁹⁷⁵ Il che, come visto, se del caso, potrebbe rilevare come abuso monopolistico. In relazione alla concorrenza parassitaria, v. *supra*, nt. 942. In tal senso, difatti, l'AGCM ha sanzionato come abuso di posizione dominante la sistematica “francobollatura” delle iniziative di un concorrente da parte di un'impresa dominante, v. AGCM, provv. n. 4398 [A102] del 7 novembre 1996, *Assoutenti/Alitalia*, il quale è portato come esempio di pratica persecutoria da M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 332.

⁹⁷⁶ V. *supra*, paragrafo 1., dove si trovano gli opportuni riferimenti dottrinali.

⁹⁷⁷ In relazione alla concorrenza parassitaria, in questo senso, v. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 145-146. Il carattere filo-monopolistico della soluzione opposta è sottolineato da G. GHIDINI, *La c.d. concorrenza parassitaria*, cit., pp. 640-645.

Arrivando all'ultima fattispecie da analizzare, l'imitazione servile non confusoria è altresì illecita quando l'imitatore utilizzi a tal fine delle informazioni riservate di un concorrente⁹⁷⁸. Oltre al caso clamoroso dello spionaggio industriale⁹⁷⁹, ciò può avvenire – e si tratta dei casi più frequenti – quando un ex dipendente o ex collaboratore dell'impresa imitata si avvalga di informazioni acquisite durante il rapporto di lavoro o la collaborazione con quest'ultima o qualora l'imitatore utilizzi delle informazioni ottenute in una trattativa contrattuale con un'altra impresa per produrre da sé – o tramite un terzo – l'oggetto delle trattative.

Come è evidente, tali condotte sono certamente illecite quando le informazioni sono protette dal segreto commerciale (artt. 98 e 99 c.p.i.)⁹⁸⁰. La questione che si deve analizzare adesso è se lo stesso possa dirsi anche quando si tratti di informazioni riservate per loro natura, ma non protette dal segreto commerciale (c.d. *informazioni "non qualificate"*). Siccome la disciplina della concorrenza sleale è espressamente fatta salva dall'art. 99 c.p.i., la giurisprudenza italiana in genere risponde nell'affermativo a tale interrogativo quando l'informazione presenti i requisiti di cui all'art. 98 c.p.i. in forma, per così dire, "attenuata"⁹⁸¹. Più precisamente, l'art. 2598,

⁹⁷⁸ Sul punto, in particolare, v. D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 169-187 e C. PASCHI, *La tutela concorrenziale per le informazioni "non qualificate"*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, II, pp. 95 ss.

⁹⁷⁹ Il che è altresì punibile ai sensi degli artt. 621 (rivelazione del contenuto di documenti segreti), 622 (rivelazione di segreto professionale) e 623 (rivelazione di segreti scientifici o industriali) c.p.

⁹⁸⁰ Per una breve analisi della disciplina del segreto commerciale – con particolare riferimento ai *big data* – v. *supra*, Capitolo II, Sezione III, paragrafo 1.2.1. Si ricordi qui, molto brevemente, che sono proteggibili col segreto commerciale le informazioni: i) non generalmente note, né facilmente conoscibili dai concorrenti; ii) che hanno valore economico in quanto segrete; e iii) per cui sono state adottate delle misure ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete (art. 98 c.p.i.). Ferma la disciplina della concorrenza sleale, il detentore di tali informazioni ha il diritto di vietare ai terzi l'acquisizione, rivelazione o utilizzazione abusiva di tali informazioni – salvo il caso in cui l'informazione sia stata acquisita in modo indipendente dal terzo (art. 99 c.p.i.).

⁹⁸¹ Per tutti, v. C. PASCHI, *La tutela concorrenziale per le informazioni "non qualificate"*, cit., pp. 97-98. Non si può però trascurare che, secondo parte della dottrina, la disciplina del segreto commerciale impedisce la protezione delle informazioni "non qualificate" per mezzo del diritto della concorrenza sleale. Tra gli altri, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2598 c.c.*, cit., p. 577, dove si legge che "[l]'espressa riserva di applicabilità della disciplina della concorrenza sleale,

n. 3), c.c. vieta l'acquisizione, rivelazione o utilizzazione contraria ai principi della correttezza professionale di informazioni non generalmente note⁹⁸² – anche se, secondo parte della giurisprudenza, facilmente acquisibili dai concorrenti e non adeguatamente protette – che attribuiscono un vantaggio concorrenziale al loro detentore⁹⁸³. Per esempio, l'ex dipendente o ex collaboratore non può utilizzare le informazioni apprese nel corso del rapporto di lavoro o nella collaborazione con

sancita dall'art. 99 c.p.i., non aggiunge sostanzialmente nulla: l'imprenditore che agisse in base all'art. 2598, a tutela dei propri segreti industriali, avrebbe l'onere di provare gli stessi fatti". A ogni modo, la prima tesi pare preferibile, in quanto in linea con la flessibilità della clausola generale di correttezza professionale. Infatti, ogniqualvolta vi sia sottrazione di un vantaggio competitivo in modo contrario ai principi della concorrenza dinamica, la disciplina della concorrenza sleale non può non applicarsi. In tal senso sembra orientata la giurisprudenza maggioritaria. Per esempio, v. Cass. 20 marzo 1991, n. 3011, in banca dati *DeJure*, App. Milano, 13 giugno 2007, *ivi*, Trib. Bologna, 8 marzo 2011, *ivi* e Trib. Bologna, 15 luglio 2013 (ord.), *ivi*. Questo approccio sembrerebbe essere condiviso anche da D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 171 e 185-187.

⁹⁸² Per tutti, v. Cass. 20 marzo 1991, n. 3011, cit., dove sono state ritenute riservate quelle informazioni che, *“pur note nell'ambito della collaborazione all'interno della singola impresa, non sono per loro natura destinate ad essere pubblicizzate all'esterno della singola organizzazione imprenditoriale”*.

⁹⁸³ In particolare, v. Trib. Brescia, 29 aprile 2004, in *Giur. annotata dir. ind.*, 2004, n. 4744, che afferma che *“l'art. 2598, n. 3. c.c. può trovare applicazione anche nei casi di modalità parassitarie di acquisizione di informazioni aziendali altrui facilmente accessibili o inadeguatamente protette”*. Questo sembrerebbe essere l'orientamento maggioritario, v. C. PASCHI, *La tutela concorrenziale per le informazioni “non qualificate”*, cit., p. 98. Tuttavia, il punto non è pacifico e non mancano pronunce che richiedono che l'informazione – pur priva dei requisiti di cui all'art. 98 c.p.i. – non sia comunque facilmente accessibile. Per esempio, v. Trib. Bologna, 27 luglio 2015, in banca dati *DeJure*, dove si legge che *“[l]a configurabilità della concorrenza sleale richiede [...] che le notizie rivelate a terzi o da questi acquisite o utilizzate fossero destinate a non essere divulgate al di fuori dell'azienda, dovendosi, per ciò, trattare di informazioni [...] di non facile accessibilità al loro contenuto”*. A ogni modo, siccome la tutela delle informazioni “non qualificate” mira a garantire all'imprenditore – come si vedrà a breve – la sfera di riservatezza necessaria perché questo possa mettere a punto idee innovative, purché l'informazione abbia natura riservata, mi sembra si possa condividere l'orientamento maggioritario.

un'impresa per competere con quest'ultima, salvo che si tratti di informazioni rientranti nel suo bagaglio professionale inscindibili dalla sua persona⁹⁸⁴.

Un caso particolarmente interessante è quello del c.d. *reverse engineering* – cioè “*a process starting with the known product and working backward to find out the technical principle behind it*”⁹⁸⁵. Siccome non vi è dubbio che tramite tale operazione un concorrente possa acquisire informazioni che un'altra impresa non intendeva divulgare, la questione è la seguente: si tratta di un'attività contraria ai principi della correttezza professionale?⁹⁸⁶ Una rapida panoramica comparatistica

⁹⁸⁴ Per una breve analisi del punto, v. C. PASCHI, *La tutela concorrenziale per le informazioni “non qualificate”*, cit., pp. 103-106. In giurisprudenza, tra le altre, v. Cass., 11 ottobre 2002, n. 14479, in banca dati *DeJure*, dove si legge che “*non può considerarsi illecita l'utilizzazione del valore aziendale esclusivamente costituito dalle capacità professionali dello stesso ex dipendente, non distinguibili dalla sua persona; [altrimenti si costringerebbe quest'ultimo] ad una situazione di dipendenza che andrebbe oltre i limiti contrattuali, e [si privilegierebbe] nell'impresa, precedente datrice di lavoro, una rendita parassitaria derivante, una volta per tutte, dalla scelta felicemente a suo tempo fatta con l'assunzione di quel dipendente*” e, più recentemente, Trib. Bologna, 7 giugno 2010, in banca dati *Leggi d'Italia*, che afferma che l'art. 2598, n. 3), c.c. si applica al “*caso in cui si faccia uso di notizie conosciute nel corso del precedente rapporto di lavoro, [qualora si tratti] di dati riservati al patrimonio conoscitivo della società datrice di lavoro e non anche al bagaglio professionale dell'ex dipendente*”.

⁹⁸⁵ A. OHLY, *Reverse Engineering: Unfair Competition or Catalyst for Innovation?*, in AA.VV., *Patents and Technological Progress in a Globalized World. Liber Amicorum Joseph Strauss*, Heidelberg, 2009, pp. 535 ss. disponibile a <http://ssrn.com/abstract=1523649>, p. 2 dell'estratto, il quale riprende tale definizione da *Sinclair v. Aquarius Electronics, Inc.*, 42 Cal.App.3d 216, 226, 116 Cal.Rptr. 654, 661 (1974).

⁹⁸⁶ Si ricordi che l'art. 39.2 TRIPs esclude l'esistenza di un DPI sulle informazioni riservate, prevedendo che “[n]atural and legal persons shall have the possibility of preventing information lawfully within their control from being disclosed to, acquired by, or used by others without their consent in a manner contrary to honest commercial practices” – intendendosi contrarie agli usi onesti del commercio “*at least practices such as breach of contract, breach of confidence and inducement to breach*” e certamente “*the acquisition of undisclosed information by third parties who knew, or were grossly negligent in failing to know, that such practices were involved in the acquisition*” (art. 39 TRIPs, nt. 10).

può aiutare⁹⁸⁷. Nel *common law* – ci si riferisce in particolare al diritto statunitense e inglese – il *reverse engineering* è generalmente considerato un catalizzatore dell'innovazione ed è dunque ammesso⁹⁸⁸, in quanto permette la diffusione delle innovazioni senza privare, in linea di principio – per via dei suoi costi e tempi – l'innovatore del *lead time* necessario per recuperare gli investimenti in *R&D*⁹⁸⁹. Al contrario, in Germania – nonostante il principio generale della libertà di imitazione – fino a non troppo tempo fa, il *reverse engineering* è stato considerato un atto di concorrenza sleale, in quanto permette all'imitatore di approfittare degli investimenti altrui, così ottenendo un indebito vantaggio competitivo⁹⁹⁰. Insomma, il paradigma di

⁹⁸⁷ Per una breve analisi comparatistica della disciplina giuridica del *reverse engineering* elaborata nel *common law* statunitense e inglese e in Germania, v. A. OHLY, *Reverse Engineering: Unfair Competition or Catalyst for Innovation?*, cit., pp. 4-12 dell'estratto.

⁹⁸⁸ Sul punto, v. *Ibidem*, pp. 5-7 dell'estratto e, più approfonditamente, v. P. SAMUELSON – S. SCOTCHMER, *The Law and Economics of Reverse Engineering*, cit. Negli Stati Uniti, una delle sentenze più importanti in materia è la già citata *Bonito Boats, Inc. v. Thunder Craft Boats, Inc.*, cit., dove la Corte Suprema federale ha annullato una legge statale che vietava il *reverse engineering* tramite mezzi di ripresa immediata – la disciplina del segreto commerciale negli Stati Uniti è statale, salva la normativa federale introdotta dal *Defend Trade Secrets Act (DTSA)* del 2016 – in quanto contraria al diritto federale della proprietà intellettuale (c.d. *preemption doctrine*). E nello stesso senso, v. *Restatement (Third) of Unfair Competition § 43 (Am. Law Inst. 1995)*, dove si legge che “[t]he owner of a trade secret does not have an exclusive right to possession or use of the secret information. Protection is available only against a wrongful acquisition, use, or disclosure of the trade secret”. Nel Regno Unito, particolarmente importante è la sentenza *Mars UK Ltd v. Teknowledge Ltd.*, [2000] FSR 138, punto 31, dove si legge che “[once a product] is on the market[,] [a]nyone can buy it. And anyone with the skills to de-encrypt has access to the information”. Il che del resto è un corollario dell'ampiezza della libertà di imitazione propria degli ordinamenti di *common law*. Sul punto, v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 4.1.

⁹⁸⁹ P. SAMUELSON – S. SCOTCHMER, *The Law and Economics of Reverse Engineering*, cit., 1585-1590, le quali ricordano anche che l'imitazione tramite *reverse engineering* si compone di quattro segmenti: i) la valutazione della profittabilità dell'imitazione; ii) l'acquisizione del *know-how* necessario a tal fine (cioè il *reverse engineering* propriamente inteso); iii) l'applicazione di tali informazioni nel processo produttivo e la realizzazione del prodotto; e iv) la commercializzazione e pubblicizzazione del prodotto.

⁹⁹⁰ Sul punto, v. A. OHLY, *Reverse Engineering: Unfair Competition or Catalyst for Innovation?*, cit., pp. 7-9 dell'estratto. Questa soluzione deriva da una sentenza del 1935 *Reichsgericht* (oggi

riferimento era ancora una volta quello del “*reaping without sowing*”⁹⁹¹. A ogni modo, la legge sul segreto commerciale del 2019 – che dà attuazione alla Dir. UE 2016/943 [“*on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure*”] – ha espressamente previsto la liceità del *reverse engineering*, salva diversa previsione contrattuale [§ 3.2 Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG)]⁹⁹². A metà strada tra questi due estremi, la giurisprudenza italiana ha affermato che, in linea di principio, il *reverse engineering*, è lecito, salvo il caso in cui esso richieda dei costi inesigibili per l’impresa e avvenga in tempi incompatibili con le normali dinamiche concorrenziali⁹⁹³. In tal caso, difatti, si ritiene che “*l’attività del concorrente assumerebbe delle connotazioni di sfruttamento parassitario di sforzi e*

Bundesgerichtshof, cioè la Corte di cassazione federale), la quale ha condannato come concorrenza sleale l’imitazione di un macchinario il cui brevetto era scaduto da 36 anni, v. RGZ 149, 329 = RG GRUR 1936, 183 – *Stiefeleisenpresse* cit. da A. OHLY, *Reverse Engineering: Unfair Competition or Catalyst for Innovation?*, cit., p. 7 dell’estratto. Secondo questo Autore, tale orientamento della giurisprudenza tedesca è stato altresì corroborato dalla natura penalistica – fino all’anno scorso – della disciplina tedesca del segreto commerciale (§ 17 UWG) e dal fatto che in Germania – a differenza degli Stati Uniti – la disciplina della proprietà intellettuale e del segreto commerciale sono entrambe federali e, dunque, i loro rapporti non sono stati analizzati per mezzo della *preemption doctrine*.

⁹⁹¹ A. OHLY, *Reverse Engineering: Unfair Competition or Catalyst for Innovation?*, cit., p. 8 dell’estratto, dove – relativamente alla sentenza del Reichsgericht appena citata – si legge che “[t]he court points out that the defendant, by taking apart a machine “which was not meant to be taken apart”, had strengthened its own competitive position at the plaintiff’s cost. In other words: the defendant had reaped where it had not sown”.

⁹⁹² Tale disposizione prevede che “[a] business secret can be obtained in particular through [...] observing, investigating, dismantling or testing a product or article which (i) has been made publicly available or (ii) is in the lawful possession of the observing, investigating, dismantling or testing and is not subject to any obligation to restrict the acquisition of the trade secret”. Pertanto, se il *reverse engineering* è lecito quanto l’informazione è protetta dal segreto commerciale, *a fortiori* lo è quando si tratta di informazioni non qualificate.

⁹⁹³ Sul punto, v. C. PASCHI, *La tutela concorrenziale per le informazioni “non qualificate”*, cit., pp. 102-103.

conoscenze altrui, con l'attribuzione di un vantaggio sproporzionato rispetto alle risorse impiegate"⁹⁹⁴.

Dal punto di vista della concorrenza dinamica, ferma restando, in linea di principio, la liceità di tale pratica – come corollario della libertà di imitazione – “*insofar as market-destructive effects can be demonstrated, it may be economically sound for the law to restrict a market-destructive means of reverse engineering and reimplementaion for a period of time sufficient to enable the innovator to recoup its R&D expenses*”⁹⁹⁵. E a tal fine, “[we] *should not distinguish between copying enabled by reverse engineering and imitation by means of other technical reproduction measures*”⁹⁹⁶. In quest’ottica allora, siccome il *reverse engineering* è da inquadrare nella trattazione dell’imitazione servile non confusoria svolta nel paragrafo precedente, l’orientamento della giurisprudenza italiana può essere condiviso solo nella misura in cui sia rispondente all’analisi gius-economica svolta in quella sede.

Tornando all’imitazione tramite sottrazione di informazioni riservate propriamente intesa, essa contrasta con i principi della concorrenza dinamica in modo diverso rispetto alle forme di imitazione servile non confusoria analizzate in precedenza – che ormai potremmo chiamare concorrenza parassitaria nell’accezione ampia sopra specificata (v. *supra*, paragrafo 4.). Più precisamente, la fattispecie in esame è illecita non tanto per via dell’imitazione in sé considerata, quanto per l’invasione della sfera di riservatezza necessaria a ogni impresa per mettere a punto idee innovative⁹⁹⁷. Infatti, come detto nel primo capitolo, senza tale sfera le imprese sarebbero restie a innovare, poiché non potrebbero godere del *lead time* necessario a recuperare gli

⁹⁹⁴ *Ibidem*, p. 102.

⁹⁹⁵ P. SAMUELSON – S. SCOTCHMER, *The Law and Economics of Reverse Engineering*, cit., 1594. Più in generale, v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 3.

⁹⁹⁶ A. OHLY, *Reverse Engineering: Unfair Competition or Catalyst for Innovation?*, cit., p. 18 dell’estratto.

⁹⁹⁷ Riacciacciandosi al discorso sul *reverse engineering*, difatti, è diverso “*breaking into a factory (improper) and breaking into the product (proper)*”, v. P. SAMUELSON – S. SCOTCHMER, *The Law and Economics of Reverse Engineering*, cit., 1663. In Italia, per tutti, v. M. LIBERTINI, *I principi della correttezza professionale*, cit., p. 541. Per ulteriori riferimenti, si rimanda alla nota successiva.

investimenti unitamente a un ragionevolmente adeguato ritorno economico⁹⁹⁸. In quest'ottica allora non si può non vedere come il divieto di imitazione debba ascriversi tra gli effetti – non tra gli elementi – della fattispecie in esame: l'inibitoria, difatti, avrà come scopo la conservazione del carattere di riservatezza delle informazioni e “*come oggetto non soltanto l'utilizzazione da parte del concorrente delle informazioni sottratte, ma anche l'eventuale commercializzazione dei prodotti realizzati tramite le informazioni illecitamente acquisite*”⁹⁹⁹. Inoltre, come per la concorrenza parassitaria, anche in questo caso è opportuno limitare temporalmente la durata della tutela concorrenziale. In particolare, la durata dell'inibitoria può essere definita “*on the court's estimation of how long it would take a reverse engineer to discover the secret lawfully*”¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁸ Per tutti, v. J.H. REICHMAN, *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, in 94 *Columbia Law Review* 2432 (1994). Per la trattazione del punto si rinvia, in particolare, *supra*, Capitolo I, paragrafo 3. A ogni modo, si ricordi che tale sfera di riservatezza è altresì “*the necessary corollary of the novelty requirement in patent law. [...] Abolishing trade secret protection would dramatically increase the risk of a premature novelty-destroying disclosure of inventions*”. Il che si rifletterebbe in “*a strong incentive to invest into measures of maintaining secrecy. [By contrary t]rade secrets law facilitates the disclosure of information to employees and licensees and discourages wasteful expenditure in the protection of business premises and in technical protection measures*”, v. A. OHLY, *Reverse Engineering: Unfair Competition or Catalyst for Innovation?*, cit., p. 13 dell'estratto, da cui sono riprese entrambe le citazioni.

⁹⁹⁹ C. PASCHI, *La tutela concorrenziale per le informazioni “non qualificate”*, cit., p. 108, il cui pensiero è stato ripreso da D. ARCIDIACONO, *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, cit., pp. 185-187, dove si legge che “*il divieto di utilizzo delle informazioni riservate potrebbe indirettamente tradursi – nella sostanza – [...] in un divieto di imitazione servile non confusoria. Ciò peraltro non può far velo alla circostanza che tale risultato è da ascrivere al piano degli effetti e non a quello della “fattispecie” vietata*” (p. 186).

¹⁰⁰⁰ P. SAMUELSON – S. SCOTCHMER, *The Law and Economics of Reverse Engineering*, cit., 1583. Il che peraltro, considerata la comunanza di *ratio* delle due disposizioni, è opportunamente in linea con quanto previsto per il segreto commerciale. Per quest'ultimo, la possibilità di limitare temporalmente l'inibitoria è imposta nell'Unione europea dal principio di proporzionalità (considerando 27 Dir. UE 2016/943) e negli Stati Uniti è espressamente prevista dal § 2 Uniform Trade Secrets Act (UTSA). Una versione commentata del UTSA è disponibile a <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/us/us034en.pdf>. Nonostante per il segreto commerciale possano darsi casi in cui l'inibitoria debba essere temporalmente illimitata – cioè per i segreti di

Infine, nonostante vi siano già stati tentativi di ricostruzione unitaria della fattispecie in esame e di quella analizzata nel paragrafo precedente¹⁰⁰¹, a ragione delle diverse modalità di tutela del dinamismo concorrenziale, mi sembra preferibile una loro analisi separata. I presupposti della tutela, difatti, differiscono sostanzialmente: come appena detto, la fattispecie in esame interviene, per così dire, “a monte”, cioè prima e indipendentemente da una condotta imitativa del convenuto, mentre la concorrenza parassitaria non può prescindere da quest’ultima – e opera dunque “a valle”. Di conseguenza, ai fini della tutela delle informazioni non qualificate, è sufficiente l’appropriazione di un qualsiasi vantaggio concorrenziale altrui, indipendentemente dal fatto che questo rappresenti una parte quantitativamente e/o qualitativamente qualificante della complessiva attività concorrenziale di un’altra impresa.

6. *Imitazione servile non confusoria e piattaforme digitali*

Ma come si applica tutto ciò alla realtà economica – e tecnologica – della *digital economy*? Mentre l’imitazione delle iniziative delle *startup* da parte delle piattaforme digitali è già stata esaminata nel capitolo precedente attraverso le lenti del diritto *antitrust*, adesso si deve cambiare prospettiva: non abbiamo più a che fare esclusivamente con le piattaforme digitali dominanti, ma con le piattaforme digitali *tout court*.

natura strettamente tecnica e sostanzialmente insuscettibili di *reverse engineering*, quale la formula della Coca-Cola – il problema non sembra porsi nella disciplina della concorrenza sleale, per via del ridotto grado di segretezza richiesto da quest’ultima. Per un esempio giurisprudenziale di inibitoria temporalmente limitata in caso di imitazione tramite sottrazione di informazioni riservate, v. Trib. Bologna, 15 luglio 2013 (ord.), cit.

¹⁰⁰¹ In particolare, v. G. CUONZO, *I limiti del principio di libera imitabilità dei prodotti altrui*, cit., pp. 199-200. Inoltre, spesso la giurisprudenza utilizza l’espressione “concorrenza parassitaria” in modo ampio riferendosi anche alla fattispecie ora in esame. Per esempio, v. Cass. 20 marzo 1991, n. 3011, cit., dove si legge che “l’utilizzazione a proprio vantaggio di notizie riservate relative ad altra impresa, può costituire una delle forme di concorrenza parassitaria in senso lato, contrarie ai principi della professionalità imprenditoriale, e come tali illecite”. In quest’ottica la concorrenza parassitaria, in senso ampio, sarebbe un’attività “volta a sviare a proprio vantaggio i valori delle iniziative originali ovvero dei valori aziendali delle imprese concorrenti”, v. *Ibidem*.

In primo luogo, possono darsi casi in cui la condotta imitativa delle piattaforme digitali possa sembrare perfettamente sussumibile sotto una delle fattispecie esaminate in questa sezione. Per esempio, recentemente la giurisprudenza milanese ha avuto modo di occuparsi del caso “*Faround*”¹⁰⁰², dove si faceva questione dell’imitazione da parte di Facebook di un’app sviluppata da un’impresa operante nel suo ecosistema. Più precisamente, lo sviluppatore dell’app “*Faround*” aveva concluso un contratto con Facebook per avere accesso ai dati di quest’ultimo al fine di sviluppare un’applicazione che indicasse agli utenti di tale *social network*, sulla base delle preferenze ivi manifestate e delle loro informazioni di geo-localizzazione, esercizi commerciali che potrebbero essere di loro interesse. In virtù di tale relazione contrattuale, il secondo ha avuto accesso al prototipo dell’applicazione *Faround* e, ritenendolo di particolare interesse, ne ha realizzato un clone – l’app “*Nearby*” – che è arrivato sul mercato prima dell’applicazione originale¹⁰⁰³. Di talché, lo sviluppatore

¹⁰⁰² Trib. Milano, 1 agosto 2016, cit. confermato in appello da A. Milano, 16 aprile 2018, cit. Per un commento della sentenza di primo grado, v. G. GIANNONE CODIGLIONE, *La violazione del diritto d'autore sulle c.d. App*, cit.

¹⁰⁰³ Per la precisione, nel contratto tra Facebook e lo sviluppatore di *Faround* vi era una clausola che autorizzava il primo a utilizzare le informazioni fornitegli dal secondo, tra gli altri, per sviluppare un prodotto concorrente. Tuttavia, nella misura in cui tale clausola permette a Facebook di imitare servilmente l’app della parte attrice, essa contrasta con l’art. 64-*quater*, c. 2, lett. c), l. aut. – ritenuta una specie del diritto di analisi di cui all’art. 64-*ter*, c. 3, l. aut. – e dunque nulla ai sensi di quest’ultima disposizione. Pertanto, i giudici meneghini – interpretando tale clausola secondo il principio di buona fede e di conservazione del contratto (artt. 1366 e 1367 c.c.) – hanno affermato che essa “*presuppone l'autonomo sviluppo del programma; ipotesi questa che, come si è visto, non ricorre nel caso di specie*”, v. Trib. Milano, 1 agosto 2016, cit. A ogni modo, in presenza di accentuate asimmetrie informative e di potere tra le parti, tale clausola potrebbe essere nulla per violazione del divieto di abuso di dipendenza economica (art. 9 l. n. 192/1998) o, in caso di piattaforma digitale dominante – qual è Facebook – potrebbe rappresentare addirittura un caso di abuso di sfruttamento. Per una brevissima analisi delle potenzialità della disciplina sull’abuso di dipendenza economica in caso di imitazione servile non confusoria da parte di una piattaforma digitale delle iniziative di un’impresa operante nel suo ecosistema, v. *infra*, paragrafo 6.2.1. Per un’analisi delle potenzialità degli abusi di sfruttamento nei rapporti *P2B*, in particolare, v. S. LEE – J. SHIBLER, *Platform Dependence and Exploitation*, 14th ASCOLA Conference, Aix-en-Provence, 2019 disponibile a <https://ssrn.com/abstract=3403002>

imitato ha convenuto Facebook in giudizio e sia il Tribunale che la Corte d'Appello di Milano hanno inibito ogni utilizzo dell'*app* Nearby e hanno condannato quest'ultimo al risarcimento del danno per violazione del diritto d'autore della parte attrice¹⁰⁰⁴ sull'*app* Faround e concorrenza parassitaria *ex art. 2598, n. 3), c.c.*¹⁰⁰⁵ Riprendendo le fattispecie analizzate in precedenza, trattandosi di un'imitazione effettuata per mezzo di informazioni riservate, il contegno imitativo di Facebook potrebbe essere considerato un caso di imitazione tramite sottrazione di informazioni riservate (v. *supra*, paragrafo 5.).

A ogni buon conto, siccome la realtà economica della *digital economy* differisce profondamente da quella dell'ambito analogico, spesso le condotte imitative delle piattaforme digitali non sono agevolmente riconducibili alle fattispecie finora analizzate, le quali richiedono dunque qualche ripensamento – soprattutto quando l'imitato sia un'impresa operante nell'ecosistema delle prime. In particolare, quale rilievo è da attribuire all'asimmetria informativa – dovuta alla disponibilità di *big data* – che intercorre tra imitato e piattaforma imitante, al grado di dipendenza degli utenti – su entrambi i versanti della piattaforma – derivante dai *network effects*, alla maggior visibilità – talvolta derivante da atti di *self-preferencing* – dei prodotti della piattaforma rispetto a quelli dell'imitato e alla capacità delle prime di praticare prezzi notevolmente inferiori rispetto a quelli del secondo?¹⁰⁰⁶ Inoltre, sul piano dell'elemento temporale della concorrenza sleale, non si può neanche trascurare che le piattaforme digitali spesso imitano prodotti che hanno già avuto successo sul

¹⁰⁰⁴ Più precisamente, la giurisprudenza milanese ha considerato tale *app* una “*banca dati implementata in forma di programma per elaboratore*” e ha fornito dunque una tutela a metà tra quella di banche dati e programmi per elaboratore. Sul punto, v. G. GIANNONE CODIGLIONE, *La violazione del diritto d'autore sulle c.d. App*, cit., pp. 2-6 dell'estratto, il quale analizza la questione anche alla luce della giurisprudenza comunitaria e statunitense (pp. 5-6 dell'estratto).

¹⁰⁰⁵ Come detto nel paragrafo precedente, la giurisprudenza spesso impiega la dizione “concorrenza parassitaria” per indicare anche l'imitazione tramite sottrazione di informazioni riservate, v. *supra*, nt. 1001.

¹⁰⁰⁶ Questi sono gli elementi su cui si è fondata la teoria del danno nel capitolo sull'*antitrust*, v. *supra*, Capitolo II, Sezione II, paragrafi 7.1. e 7.2.

mercato, per i quali dunque l'imitato ha già goduto – almeno in parte – del *lead time*¹⁰⁰⁷.

6.1. *L'imitazione da parte delle piattaforme digitali delle iniziative di imprese non operanti nell'ecosistema delle prime quale atto di concorrenza parassitaria*

Di norma, l'imitazione da parte di una piattaforma digitale delle iniziative di un'impresa non operante all'interno del suo ecosistema può essere affrontata sul piano della concorrenza parassitaria come definita in precedenza (v. *supra*, paragrafo 4.) – seppur con alcuni accorgimenti derivanti dalle peculiarità della *digital economy*. In primo luogo, la disponibilità di ampi *dataset* permette alle piattaforme digitali di rispondere rapidamente alle iniziative dei loro concorrenti. Al riguardo, è bene ribadire che – essendo in questi casi i dati raccolti autonomamente dalla piattaforma e non attribuendo essi sempre un vantaggio informativo idoneo a tradursi in un vantaggio competitivo al loro detentore¹⁰⁰⁸ – è necessario definire con precisione quali siano i dati utilizzabili dalla piattaforma per individuare i prodotti da imitare e in quale misura questi possano attribuire un vantaggio competitivo¹⁰⁰⁹. E come detto in precedenza, a tal fine si potrebbe impiegare un meccanismo presuntivo: una volta dimostrata da parte dell'attore la possibilità della piattaforma di raccogliere dati sul suo conto tramite canali diffusi nella *digital economy* – per esempio i dati delle ricerche sulla seconda – o se del caso tramite altri canali, sarà l'imitatore a dover dimostrare di non disporre di tali dati¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁷ Per tutti, v. F. ZHU – Q. LIU, *Competing with Complementors*, cit., in particolare pp. 7-9 dell'estratto. Per la trattazione del punto, v. *supra*, Capitolo II, Sezione II, paragrafi 7. ss.

¹⁰⁰⁸ Sul rapporto tra *big data*, vantaggio informativo e vantaggio competitivo, v. *supra*, Capitolo II, Sezione II, paragrafo 2., lett. A).

¹⁰⁰⁹ Riprendendo gli esempi fatti in precedenza, fino a non poco tempo fa, Facebook ha carpito i dati più disparati di milioni di consumatori per mezzo dell'applicazione Onavo per poi utilizzarli, tra gli altri, per imitare le applicazioni più popolari e Amazon ha utilizzato i dati delle ricerche sul suo Marketplace per imitare le scarpe della Allbirds. V. *supra*, Capitolo II, Sezione II, paragrafo 7.2., dove si trovano anche gli opportuni riferimenti.

¹⁰¹⁰ V. *supra*, Capitolo II, Sezione II, paragrafo 7.2.

Inoltre, sotto altro angolo visuale, i *network effects* e le modalità di presentazione dei prodotti sulla piattaforma possono amplificare l'effetto anti-concorrenziale della condotta. Più precisamente, per via dei *network effects*¹⁰¹¹, l'incremento dell'utenza su un versante della piattaforma attirerà nuovi utenti anche sull'altro lato, il che a sua volta produrrà lo stesso effetto sul primo versante e così via (c.d. *positive feedback loop*). Di conseguenza, l'eventuale incremento dell'utenza sul lato della domanda derivante dal lancio del nuovo prodotto, per via dei *network effects*, potrebbe aumentare significativamente la rapidità della sottrazione della clientela dell'imitato da parte dell'imitatore. Si badi, ciò non significa che tutti i nuovi utenti siano interessati e acquistino il *copycat* della piattaforma, ma che, aumentando il numero dei soggetti potenzialmente interessati, non è improbabile che aumenti anche il numero degli acquisti dell'imitazione e si riducano, di converso, quelli del prodotto originale. Ancora, la sottrazione di clientela è altresì accentuata dalla visibilità dei prodotti dell'imitatore e dalla loro differenza di prezzo – spesso elevata – rispetto all'originale¹⁰¹². In particolare, oltre alla normale visibilità conferita ai prodotti dall'essere venduti su una piattaforma digitale, rilevano anche eventuali atti di *self-preferencing*¹⁰¹³. A ogni modo, come detto in precedenza, quando l'imitato non opera all'interno dell'ecosistema della piattaforma, tali atti rilevano solo nella misura in cui attribuiscono oggettivamente ai prodotti di quest'ultima una particolare visibilità, la quale spingerà più utenti ad acquistare il *copycat*, anziché l'originale, che magari – a ragione dell'affermazione commerciale della piattaforma e della visibilità dei suoi prodotti – è anche meno conosciuto.

¹⁰¹¹ Più precisamente, ci si riferisce ai *positive bilateral indirect network effects*. Per semplicità, nel prosieguo il termine *network effects* sarà utilizzato per indicare questo tipo di esternalità di rete.

¹⁰¹² Per esempio, come già ricordato in precedenza, l'imitazione della scarpe della Allbirds effettuata da Amazon era venduta al prezzo di 35\$ – poi aumentato a 45\$ – mentre le originali costavano 95\$, v. A. HOLMES, *Allbirds cofounder calls out Amazon for its knockoff shoes that cost way less, calling them 'algorithmically inspired'*, *Business Insider*, 20 novembre 2019 disponibile a <https://www.businessinsider.com/allbirds-slams-amazon-knockoff-shoes-sustainability-approach-2019-11?IR=T>

¹⁰¹³ Al riguardo, v. *supra*, Capitolo II, Sezione II, paragrafi 6.1., 7.1. e 7.2.

In questo scenario, la fattispecie di concorrenza parassitaria elaborata in precedenza può essere precisata come segue quando una piattaforma digitale imiti le iniziative di un'impresa non operante all'interno del suo ecosistema. È da ritenersi illecita l'imitazione idonea a eliminare o ridurre un vantaggio competitivo dell'imitato rappresentante una parte quantitativamente o qualitativamente qualificante della sua complessiva attività concorrenziale – da valutare tenendo a mente la rapidità della sottrazione della clientela derivante dai *network effects*, dalla visibilità dei *copycat* sulla piattaforma e dalla differenza di prezzo tra imitazione e prodotto originale – qualora il contegno imitativo avvenga prima che sia decorso l'imitato abbia goduto del *lead time*, il quale è ulteriormente minacciato dalla velocità dell'imitazione derivante dalla disponibilità per la piattaforma imitante di ampi *dataset*. Inoltre, considerando per un attimo lo scenario opposto – cioè l'imitazione da parte di una *startup* di un'iniziativa di una piattaforma digitale – non si può trascurare come i *network effects* siano in grado di frenare la sottrazione del *lead time* dell'imitato. Esemplificando, le sconfinata possibilità di acquisto e la qualità del servizio offerto da Amazon rallentano significativamente la sottrazione di clientela da parte dell'imitatore.

6.2. *L'imitazione da parte delle piattaforme digitali delle iniziative dei loro utenti commerciali tra concorrenza sleale e abuso di dipendenza economica*

Le cose cambiano notevolmente quando l'imitato operi all'interno dell'ecosistema dell'imitatore. Come detto in precedenza, difatti, in questi casi le piattaforme ricoprono il ruolo duale di mercato e concorrente e possono dunque sfruttare la loro infrastruttura e i dati che raccolgono sui loro utenti commerciali/concorrenti al fine di avvantaggiarsi nella competizione con questi ultimi¹⁰¹⁴.

Al riguardo, parte della dottrina ha iniziato a interrogarsi sull'opportunità di tornare ancora una volta sulla regola generale dell'imitazione, dimodoché le idee degli utenti commerciali delle piattaforme digitali non protette da DPI – e in assenza di pericolo

¹⁰¹⁴ Sul punto, nell'ottica del diritto *antitrust* e della regolamentazione dei mercati digitali, v. *supra*, Capitolo II, Sezione II, paragrafi 7.1. e 7.1.1.

di confusione – non siano più “*free as the air to common use*”, ma diventino in linea di principio non imitabili dalle seconde¹⁰¹⁵. Essendo il cambiamento rispetto al passato profondo, è necessario innanzitutto chiarire perché l’attuale disciplina della concorrenza sleale non sia in grado di far fronte a queste situazioni e quali sarebbero le differenze tra ambito digitale e analogico idonee a giustificare questo cambio di paradigma¹⁰¹⁶.

Prendendo le mosse dalle fattispecie analizzate in questa sezione, entrambe mi sembrano inadeguate ad affrontare la condotta in esame. Per quanto riguarda l’imitazione tramite sottrazione di informazioni riservate, sebbene l’immenso quantitativo di dati fornito dall’imitato alla piattaforma in virtù della loro relazione contrattuale per certi versi avvicini la condotta in esame a tale fattispecie, in linea di principio, quest’ultima non mi sembra a essa applicabile – almeno non senza forzature. I dati che le piattaforme detengono sui loro utenti commerciali, difatti, di norma non solo non contengono informazioni relative al contenuto innovativo del prodotto imitato, ma spesso non sono neanche accessibili al soggetto cui si riferiscono¹⁰¹⁷. Di conseguenza, l’unica strada percorribile sembrerebbe quella della concorrenza parassitaria, la cui applicazione però non sembra meno problematica. Infatti, essendo indubbio che la raccolta e l’analisi dei dati degli utenti commerciali da parte delle piattaforme digitali restringa in qualche maniera la sfera di riservatezza necessaria ai primi per sviluppare idee innovative, la concorrenza parassitaria non sembra cogliere appieno i risvolti anti-concorrenziali del contegno imitativo in esame. Più precisamente, la minuziosa conoscenza del successo delle iniziative

¹⁰¹⁵ Lo spunto è di M. RICOLFI, *Il futuro della proprietà intellettuale*, cit., pp. 33-34, il quale si chiede se soluzioni del tenore di quelle proposte da M. ROTONDI, *L’imitazione servile come atto di concorrenza sleale*, cit. siano applicabili all’imitazione delle iniziative degli utenti commerciali di piattaforme digitali da parte di queste ultime.

¹⁰¹⁶ Per alcuni spunti, v. L.M. KHAN, *Amazon’s Antitrust Paradox*, in 126 *The Yale Law Journal* 780-783 (2017) e L.M. KHAN, *The Separation of Platforms and Commerce*, in 119 *Columbia Law Review* 983-1007 (2019). Il punto è stato analizzato *supra*, Capitolo II, Sezione II, paragrafi 7. ss. Inoltre, è bene precisare sin d’ora che il cambio di paradigma cui ci si riferisce, non ha nulla a che fare con quello del “*reaping without sowing*”.

¹⁰¹⁷ Si pensi per esempio ai dati relativi alle ricerche dei consumatori sulla piattaforma, ai “*click*” ricevuti dai prodotti e al loro inserimento nel carrello senza essere comprati o prima di esserlo.

dell'imitato derivante dall'analisi di ampi *dataset* – e la conseguente rapidità dell'imitazione – rappresenta un forte incentivo per le piattaforme digitali ad attendere che le imprese operanti nel loro ecosistema si facciano carico dei costi dell'innovazione per poi appropriarsi del vantaggio competitivo da questa derivante (c.d. *second mover advantage*)¹⁰¹⁸. Di talché, spesso queste ultime preferiscono al vantaggio della prima mossa¹⁰¹⁹ – che, come detto in precedenza, rappresenta l'incentivo all'innovazione in assenza di DPI nel paradigma classico del diritto della proprietà intellettuale – quello della seconda¹⁰²⁰.

Inoltre, il disincentivo all'innovazione per l'imitato è ulteriormente amplificato dall'operare di *positive bilateral indirect network effects*¹⁰²¹ tra i versanti della piattaforma e da eventuali atti di *self-preferencing* da parte di quest'ultima¹⁰²². Quanto alle esternalità di rete, esse acuiscono la dipendenza degli utenti commerciali dalla piattaforma, elevando gli *switching costs* e conseguentemente creando *lock-in effects*. In parole povere, tanto più i *network effects* sono accentuati, quanto più abbandonare la piattaforma implicherà per l'imitato la rinuncia a una fetta importante della sua clientela, la quale con ogni probabilità non lo seguirà per via dei minor prezzi delle imitazioni e dell'efficienza del servizio offerto dalla piattaforma. Infine,

¹⁰¹⁸ Sul punto, v. M.A. LEMLEY – L. LESSIG, *The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era*, in 48 *UCLA L. Rev.* 925 (2001) disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=247737, pp. 6-9 dell'estratto in particolare, il cui pensiero è stato recentemente ripreso – nell'ottica della concorrenza sleale – da M. RICOLFI, *Il futuro della proprietà intellettuale*, cit., p. 33, il quale si chiede “*chi investirebbe per un'iniziativa nuova e rischiosa, sapendo che, se questa ha successo, il vantaggio conseguito sul mercato è destinato a dileguarsi in tempi brevi perché prontamente eroso dall'impresa maggiore, che dispone di tutte le informazioni per allestire un'immediata ripresa?*”. Sul punto, v. altresì L.M. KHAN, *The Separation of Platforms and Commerce*, cit., 1007-1013 in particolare.

¹⁰¹⁹ Per l'analisi dell'importanza del *first mover advantage* nel paradigma classico del diritto della proprietà intellettuale, per tutti, v. J.H. REICHMAN, *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, cit., in particolare 2438-2441. V. anche *supra*, Capitolo I, paragrafo 3.

¹⁰²⁰ Per l'analisi dell'impatto del *second mover advantage* delle piattaforme digitali sul tasso di innovazione del mercato in questione, v. *supra*, Capitolo II, Sezione II, paragrafo 7.

¹⁰²¹ Anche nel prosieguo di questo paragrafo per semplicità si utilizzerà il termine *network effects* per indicare questo tipo di esternalità di rete.

¹⁰²² Il punto è stato trattato *supra*, Capitolo II, Sezione II, paragrafo 7.1.

dal canto loro, eventuali atti di *self-preferencing* possono rappresentare il “colpo di grazia” per l’imitato. Questi, difatti, aumentando la visibilità del *copycat* – peraltro già elevata per via dei minor prezzi – aumentano l’interesse dei consumatori per tale prodotto e dunque – paradossalmente – accentuano ulteriormente la difficoltà per l’imitato di abbandonare la piattaforma per via dei *network effects*¹⁰²³.

In questo scenario, non vi è dubbio che le regole sviluppatesi nell’ambito analogico non permettano di affrontare la condotta imitativa in esame in modo soddisfacente, ma occorra un approccio “asimmetrico” in grado di dare il giusto peso all’asimmetria informativa e di potere che caratterizza i rapporti *P2B*¹⁰²⁴.

6.2.1. *Le potenzialità della disciplina sull’abuso di dipendenza economica (cenni)*

Prima di prendere in considerazione il diritto della concorrenza sleale, non si può non notare che questo approccio asimmetrico non è diffuso solo nel diritto *antitrust*, ma anche nel settore attiguo dell’abuso di dipendenza economica¹⁰²⁵. Molto brevemente,

¹⁰²³ Si ricordi che l’incremento del numero di utenti sul lato della domanda derivante dall’imitazione aumenta l’utilità della piattaforma per l’imitato, v. F. ZHU – Q. LIU, *Competing with Complementors*, cit., p. 29 dell’estratto.

¹⁰²⁴ V. M. RICOLFI, *Il futuro della proprietà intellettuale*, cit., pp. 33-34, dove si legge che “[n]on può [...] escludersi che si stia assistendo all’alba dell’emersione anche nella materia generalciviltistica della concorrenza sleale di [...] valutazioni [...] “asimmetriche” dell’imitazione a partire dai profili soggettivi dell’imitato e, soprattutto, dell’imitante, come anche della relazione, contrattuale e di mercato, nella quale questi soggetti si trovano prima della realizzazione del contegno imitativo”. Questo Autore giustifica tale approccio sulla base del raffronto della disciplina della concorrenza sleale con quella *antitrust*.

¹⁰²⁵ Come noto, si tratta di una disciplina non armonizzata a livello comunitario. Per un’analisi comparatistica, v. Collège d’Europe, *The Impact of National Rules on Unilateral Conduct that Diverge from Art. 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Final Report*, 21 novembre 2012, pp. 42-68 disponibile a https://ec.europa.eu/competition/calls/tenders_closed.html. Per una lettura ampia delle potenzialità dell’istituto nell’ottica del diritto della concorrenza, v. M. BAKHOUM, *Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and Its Interface with Abuse of Dominance*, in F. DI PORTO – R. PODSZUN (a cura di), *Abusive Practices in Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, pp. 157-184 disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2703809. Sulla disciplina italiana, tra i molti, per

negli anni '70 l'ordinamento tedesco fu il primo – poi seguito da altri, tra cui quelli francese, belga, greco e italiano¹⁰²⁶ – a sanzionare nel diritto della concorrenza condotte abusive di imprese che detengono un “potere di mercato relativo”, cioè sono dominanti solo nei rapporti *vis-à-vis* con determinati clienti (§ 20 GWB)¹⁰²⁷. In genere, alla base della nozione di potere di mercato relativo – o dipendenza economica – vi è l'assenza di alternative soddisfacenti sul mercato rilevante per il soggetto in posizione di dipendenza economica, da intendersi non solo come effettiva assenza di alternative in grado di soddisfare i bisogni di tale soggetto, ma anche come irragionevolezza dei costi di quelle esistenti¹⁰²⁸. Inoltre, così come avviene per l'abuso di posizione dominante, non è sufficiente l'esistenza di una posizione di dipendenza economica per l'applicazione della disciplina in esame, ma occorre che essa sia sfruttata abusivamente in modo da restringere la libertà economica del soggetto economicamente dipendente¹⁰²⁹.

un approccio contrattuale – che è prevalente in Italia – v. R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, in V. ROPPO – A.M. BENEDETTI (diretto da), *Trattato dei contratti, Mercati regolati*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 377 ss. e, per un approccio “*filo-concorrenziale*”, v. P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006 e P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica*, in A. CATRICALÀ – E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti della concorrenza*, in P. RESCIGNO – E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 2011, pp. 271 ss.

¹⁰²⁶ A scanso di equivoci, non tutti questi Stati hanno disciplinato la materia seguendo il modello tedesco. In generale, queste discipline possono essere divise tra normative che seguono un approccio contrattuale alla materia o che la inquadrano nel diritto della concorrenza – come avviene nel diritto tedesco. Su tale distinzione, per tutti, v. M. BAKHOUM, *Abuse without Dominance in Competition Law*, cit., p. 10 dell'estratto.

¹⁰²⁷ Per un'analisi del diritto tedesco, v. Collège d'Europe, *The Impact of National Rules on Unilateral Conduct*, cit., pp. 53-57.

¹⁰²⁸ Per tutti, v. M. BAKHOUM, *Abuse without Dominance in Competition Law*, cit., pp. 11-14 dell'estratto.

¹⁰²⁹ *Ibidem*, pp. 23-24, il quale afferma che quando la condotta abusiva ha oggetto la riduzione dei profitti dell'impresa economicamente dipendente la condotta può essere presa in considerazione in un'ottica contrattuale, mentre quando essa incide sulla libertà economica del danneggiato, è necessario guardare alla condotta nell'ottica del diritto della concorrenza. Inoltre, di norma non è necessario che la condotta incida negativamente sulla concorrenzialità del mercato rilevante, v. *Ibidem*, p. 15 dell'estratto. A questa regola fa eccezione per esempio, il diritto francese (art. L. 420-2

In Italia la disciplina dell'abuso di dipendenza economica è stata inserita nell'art. 9 della legge sul contratto di subfornitura (l. n. 192/1998). Secondo tale disposizione, è vietato *“l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi o nei loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice”*. La norma poi precisa che si *“considera dipendenza economica la situazione in cui una impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi”*, da valutare *“tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti”*. Inoltre, qualora la condotta *“abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato”*, l'AGCM può intervenire per reprimerla (c. 3-bis). Nonostante questa disciplina sia ancora avvolta da un fitto alone di incertezza¹⁰³⁰, l'orientamento prevalente la considera uno strumento del diritto dei contratti volto a far fronte – in applicazione del principio generale di buona fede in senso oggettivo – alle asimmetrie di potere negoziale tra le parti¹⁰³¹. Il che non ha tuttavia impedito a parte della dottrina di inquadrare tale disciplina nel diritto della concorrenza¹⁰³² – in coerenza col considerando 8 Reg. CE 1/2003¹⁰³³, con l'intenzione del legislatore

Code de commerce). Per una panoramica del diritto francese, v. Collège d'Europe, *The Impact of National Rules on Unilateral Conduct*, cit., pp. 50-53.

¹⁰³⁰ Al convegno dell'Academic Society of Competition Law (ASCOLA) del 2015, Valeria Falce esordì affermando che *“[t]he Italian regulation against the abuse of economic dependence is far from being either homogeneous or harmonized”*, v. V. FALCE, *The Italian Regulation against the abuse of economic dependence, 10th ASCOLA Conference*, Tokyo, 2015, p. 1 disponibile a http://ascola-tokyo-conference-2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/General%20Session%203/ValeriaFalce_GOP-17212450_1%20-%20Valeria%20Falce%20ASCOLA%202015.pdf

¹⁰³¹ Per una lucida analisi dell'istituto secondo l'approccio contrattuale, v. R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, cit. L'approccio contrattuale ha avuto un importante riconoscimento in Cass., S.U., 25 novembre 2011 (ord.), n. 24906, in banca dati *DeJure*. Tale sentenza, inoltre, è di particolare interesse in quanto afferma chiaramente – in linea con la dottrina maggioritaria – che l'art. 9 l. subf. *“configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura”*.

¹⁰³² Per tutti, v. P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 272-275 in particolare.

¹⁰³³ *“Member States should not under this Regulation be precluded from adopting and applying on their territory stricter national competition laws which prohibit or impose sanctions on unilateral conduct engaged in by undertakings. These stricter national laws may include provisions which*

storico¹⁰³⁴ e con le soluzioni adottate in altri Stati membri. In quest'ottica, l'imitazione da parte delle piattaforme digitali delle idee innovative dei loro utenti commerciali potrebbe rientrare nel divieto di abuso di dipendenza economica, inteso come una clausola generale da interpretare alla luce dei principi di corretto funzionamento dei mercati¹⁰³⁵. Più precisamente, una volta appurata l'esistenza della dipendenza economica dell'imitato dalla piattaforma¹⁰³⁶, la condotta imitativa di quest'ultima potrebbe essere considerata un'ipotesi di *margin squeeze* come definita nel capitolo sull'*antitrust*¹⁰³⁷.

prohibit or impose sanctions on abusive behaviour toward economically dependent undertakings" [considerando 8 Reg. CE 1/2003 (*on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty*)].

¹⁰³⁴ I lavori preparatori mostrano l'intenzione iniziale del legislatore di seguire il modello tedesco e francese inserendo tale disposizione nella legge *antitrust* nazionale (l. n. 287/1990). Sul punto, v. P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 14-23 e P. FABBIO, *Abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 271-272.

¹⁰³⁵ A scanso di equivoci, non si sta sostenendo che tale condotta possa essere repressa *ex art.* 9 l. subf. solo adottando un approccio filo-concorrenziale, ma che questo sia quello più adatto a coglierne i risvolti anti-concorrenziali.

¹⁰³⁶ Come detto poco sopra, non di rado i *network effects* determinano una certa dipendenza degli utenti commerciali dalla piattaforma. Per l'analisi della dipendenza economica degli utenti commerciali dalle piattaforme, v. S. LEE – J. SHIBLER, *Platform Dependence and Exploitation*, cit., pp. 17-22 in particolare.

¹⁰³⁷ Per uno spunto in tal senso, nonostante l'approccio seguito sia quello contrattuale e il caso si collocasse nell'ambito analogico, v. Trib. Isernia, 12 aprile 2006, con nota di L. DELLI PRISCOLI, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising, fra principio di buona fede e tutela del mercato*, in *Giur. merito*, fasc. 10, pp. 2149 ss. Siccome questa sentenza condanna come abuso di dipendenza economica una condotta che – adottando un approccio filo-concorrenziale – potrebbe definirsi di *margin squeeze*, questo precedente potrebbe rappresentare un interessante spunto per utilizzare la disciplina dell'abuso di dipendenza economica per sanzionare l'imitazione da parte delle piattaforme delle iniziative delle imprese operanti nel loro ecosistema. Per l'analisi di questa condotta attraverso le lenti del *margin squeeze*, v. *supra*, Capitolo II, Sezione, paragrafo 7.1. Inoltre, a sostegno di questa conclusione, si deve altresì ricordare che la Commissione europea nel libro verde sulle *Unfair Trading Practices (UTPs)* – le quali sostanzialmente si fondano sugli stessi presupposti dell'abuso di dipendenza economica – ha affermato che “[u]nfair’ use of information by a party can characterise a number of UTPs. While it is legitimate for a party to request some information on the

6.2.2. *Il divieto di imitazione servile non confusoria: dal paradigma del “reaping without sowing” a strumento per garantire il dinamismo concorrenziale nei rapporti P2B*

Concludendo la breve digressione sull’abuso di dipendenza economica, a prescindere dal passaggio della normativa italiana dalla dimensione contrattuale a quella concorrenziale, a risultati non troppo dissimili si potrebbe giungere anche per mezzo della più flessibile disciplina della concorrenza sleale. Come anticipato, in presenza di forti asimmetrie informative e di potere come quelle descritte in apertura del paragrafo – la cui rilevanza ai fini del diritto della concorrenza è testimoniata dai divieti di abuso di posizione dominante e di dipendenza economica¹⁰³⁸ – sembrerebbe opportuno invertire la regola generale sull’imitazione quando l’imitante sia una piattaforma digitale e l’imitato un suo utente commerciale. Più precisamente, l’art. 2598, n. 3), c.c. potrebbe essere inteso nel senso dell’illiceità dell’imitazione di prodotti non standardizzati di soggetti operanti all’interno dell’ecosistema di una piattaforma da parte di quest’ultima prima che sia decorso il *lead time* necessario a un’impresa di media efficienza a recuperare gli investimenti effettuati unitamente a un ragionevolmente adeguato ritorno economico.

*products proposed, the details received should not be used, for example, to develop its own competing product, which would deprive the weaker party of the results of its innovation”, v. Commissione europea, Green Paper on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food Supply Chain in Europe, COM(2013) 37 final, p. 19 disponibile a <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2013/EN/1-2013-37-EN-F1-1.Pdf>. Infine, è opportuno precisare che tale condotta delle piattaforme non minaccia solo i *newcomers*, ma anche le imprese già affermate operanti sulle piattaforme. In tal senso, v. H. SCHWEITZER – J. HAUCAP – W. KERBER – R. WELKER, *Modernising the law on abuse of market power. Report for the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy (Germany)*, 2018, p. 7 in particolare disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3250742*

¹⁰³⁸ Secondo la lettura normativa, difatti, la clausola generale di correttezza professionale deve essere interpretata alla luce dei principi di buon funzionamento dei mercati – di cui fanno certamente parte le discipline sull’abuso di posizione dominante e di dipendenza economica. Sull’interpretazione della clausola generale di correttezza professionale, v. *supra*, Sezione I, paragrafo 2.

Inoltre, eventuali atti di *self-preferencing* potrebbero giustificare l'estensione della tutela concorrenziale ex art. 2598, n. 3), c.c. oltre il *lead time*. Infatti, nonostante tale limite temporale costituisca la pietra angolare di questa disciplina¹⁰³⁹, l'effetto combinato delle asimmetrie informative e di potere e degli atti di *self-preferencing* potrebbe disincentivare un'impresa a innovare anche sapendo che disporrà di tale periodo di guida. Più precisamente, come già notato, la condotta ora in esame potrebbe rendere la competizione economica per gli utenti commerciali delle piattaforme digitali una gara dalla quale questi possono al più trarre qualche profitto, ma che non possono vincere – così sostanzialmente vanificando il vantaggio competitivo del *lead time*¹⁰⁴⁰. In questi casi, mi sembra allora opportuno interpretare l'art. 2598, n. 3), c.c. in modo da attribuire agli innovatori operanti nell'ecosistema di una piattaforma digitale una tutela temporalmente illimitata contro i contegni imitativi della seconda accompagnati da atti di *self-preferencing*.

Tuttavia, a questa conclusione si potrebbero muovere due obiezioni: i) il limite temporale del *lead time* è condizione necessaria affinché il diritto della concorrenza sleale possa costituire un rimedio ai fallimenti di mercato nei rapporti *vis-à-vis* tra imitato e imitatore; e ii) come si evince chiaramente dall'art. 7 Reg. UE 1150/2019, gli atti di *self-preferencing* sono leciti purché siano posti in essere da una piattaforma non dominante¹⁰⁴¹ e sia rispettato il regime di trasparenza previsto da tale disposizione¹⁰⁴². Entrambe le osservazioni sembrano infondate. Andando con ordine,

¹⁰³⁹ V. *supra*, Capitolo I, paragrafo 3.

¹⁰⁴⁰ Come è evidente, difatti, il *lead time* è la spinta iniziale che gli innovatori ricevono per partecipare alla competizione economica, ma non il loro fine, cfr. J.H. REICHMAN, *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, cit., 2438-2441, dove si afferma che tale periodo di guida serve agli innovatori “to recover their investments while establishing their reputation as producers of quality goods” (2439).

¹⁰⁴¹ Per tutti, v. Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, 2019, pp. 66-68 disponibile a <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. V. anche *supra*, Capitolo II, Sezione II, paragrafo 7.1.

¹⁰⁴² Questa prevede che “[p]roviders of online intermediation services [and providers of online search engines] shall include in their terms and conditions a description of any differentiated treatment which they give, or might give, in relation to goods or services offered to consumers through those online intermediation services [or those online search engines] by, on the one hand, either that

siccome la tutela contro l'imitazione resta, come detto in precedenza, in linea di principio limitata al *lead time*, nel caso in esame, l'inibitoria non avrà a oggetto l'imitazione in sé, ma il trattamento preferenziale riservato dalla piattaforma ai suoi *copycat*. Di talché, quest'ultima resterà libera di imitare i prodotti dei suoi utenti commerciali una volta decorso il *lead time*, ma non potrà farlo riservando un trattamento preferenziale ai suoi prodotti a danno dell'imitato. Per quanto riguarda la seconda obiezione, invece, il regime di trasparenza previsto dall'art. 7 Reg. cit. evidentemente non può essere considerato un'apertura a qualsiasi atto di *self-preferencing*, ma va interpretato con un grano di sale in modo da sanzionare quegli atti che, cumulandosi con un contegno imitativo della piattaforma, chiaramente producono effetti anti-concorrenziali. Del resto, si è più volte detto che anche atti di per sé leciti possono diventare illeciti – per via del loro effetto complessivo – nel diritto della concorrenza sleale¹⁰⁴³.

A scanso di equivoci, le soluzioni suggerite in questo paragrafo non implicano affatto l'adozione del paradigma del *reaping without sowing*, in quanto esse rappresentano – o almeno questo è il loro intento – una rilettura degli studi della prima metà del secolo scorso sull'imitazione servile non confusoria¹⁰⁴⁴ in chiave pro-concorrenziale affinché le asimmetrie informative e di potere intercorrenti tra piattaforma digitale e loro utenti commerciali e il *second mover advantage* non pregiudichino la dinamicità del mercato.

Infine, non è da escludersi che soluzioni più forti possano provenire in futuro sul piano della regolazione dei mercati digitali. Come detto in precedenza, difatti, il *light touch* finora utilizzato dal legislatore comunitario – qualora il regime di trasparenza previsto dal Reg. UE 1150/2019 si dimostri inadeguato a far fronte all'asimmetria di potere intercorrente tra piattaforme e utenti commerciali – può perdere la sua

provider itself or any business users [or any corporate website users] which that provider controls and, on the other hand, other business users [or other corporate website users]”. Per una breve analisi del Reg. UE 1150/2019, v. *supra*, Capitolo II, Sezione II, paragrafo 7.1.1.

¹⁰⁴³ Per tutti, v. M. LIBERTINI – A. GENOVESE, *sub art. 2598 c.c.*, cit., p. 574-575.

¹⁰⁴⁴ Sul punto, v. *supra*, Capitolo I, paragrafo 3. e paragrafo 1. di questa Sezione.

“*lightness*”¹⁰⁴⁵ per introdurre obblighi di neutralità e di correttezza in capo alle piattaforme digitali¹⁰⁴⁶. A ogni modo, per limitare allo stretto necessario interventi così invasivi¹⁰⁴⁷, il diritto della concorrenza sleale può continuare a fare anche nell’ambito digitale – seppur secondo un nuovo approccio – quello che ha sempre fatto: risolvere fallimenti di mercato nei rapporti inter-imprenditoriali, anche se questi non sono ancora stati espressamente considerati dal legislatore.

¹⁰⁴⁵ Infatti, “[f]urther measures, including of a legislative nature, may be appropriate if and where the provisions established in this Regulation prove to be insufficient to adequately address imbalances and unfair commercial practices persisting in the sector”, v. considerando 49 Reg. cit.

¹⁰⁴⁶ Per una breve analisi della regolazione dei mercati digitali – con particolare attenzione ai regimi di separazione strutturale – v. *supra*, Capitolo II, Sezione II, paragrafo 7.1.1., dove si trovano ulteriori riferimenti.

¹⁰⁴⁷ Il punto è sottolineato anche da chi propone di re-interpretare la disciplina degli abusi di sfruttamento per far fronte allo sfruttamento della dipendenza economica degli utenti commerciali delle piattaforme digitali da parte di queste ultime. Per tutti, v. S. LEE – J. SHIBLER, *Platform Dependence and Exploitation*, cit., pp. 2-3 in particolare.

BIBLIOGRAFIA

- A29WP, *Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques*, WP 216, 10 aprile 2014 disponibile a https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp216_en.pdf
- A29WP, *Guidelines on the right to data portability*, 13 dicembre 2016, p. 4 disponibile a https://ec.europa.eu/information_society/newsroom/image/document/2016-51/wp242_en_40852.pdf
- A29WP, *Guidelines on the right to data portability*, 5 aprile 2017 disponibile a https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611233
- AGCM – AGCOM – Garante per la protezione dei dati personali, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, febbraio 2020, p. 107 disponibile a https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf
- AKMAN P., *The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law*, in (2) *Journal of Law, Technology and Policy* 301 (2017)
- ALKIN T., *Should there be a tort of 'unfair competition' in English law?*, in 3 *Journal of Competition Law & Practice* 48 (2008)
- ALMUNIA J., *Competition and personal data protection*, Privacy Platform event: Competition and Privacy in Markets of Data (Brussels), 26 novembre 2012 disponibile a https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_12_860
- AMATO G., *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Hart Publishing, Oxford, 1997, p. 3
- American Law Institute, *Restatement (Third) of Unfair Competition*, 1995.
- ANDERSON G., *Is Amazon Undercutting Third-Party Sellers Using Their Own Data?*, *Forbes*, 30 ottobre 2014 disponibile a <https://www.forbes.com/sites/retailwire/2014/10/30/is-amazon-undercutting-third-party-sellers-using-their-own-data/#3e8f7e3153d8>

- ANDRIYCHUK O., *The Normative Foundations of European Competition Law. Assessing the Goals of Antitrust through the Lens of Legal Philosophy*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2017, pp. 1-120
- ANGWIN J. – MATTU S., *Amazon Says It Puts Customers First. But Its Pricing Algorithm Doesn't*, *ProPublica*, 20 settembre 2016 disponibile a <https://www.propublica.org/article/amazon-says-it-puts-customers-first-but-its-pricing-algorithm-doesnt>
- ARCIDIACONO D., *Parassitismo e imitazione servile non confusoria*, Giappichelli, Torino, 2017
- ARON D.J. – BURNSTEIN D.E., *Regulatory Policy and the Reverse Cellophane Fallacy*, in 6 *Journal of Competition Law and Economics* 973 (2010) disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1171292
- ARROW K.J., *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in National Bureau of Economic Research, *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton University Press, Princeton, 1962, pp. 609-626 disponibile a <https://www.nber.org/chapters/c2144.pdf>
- ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Giuffrè, Milano, 1956, pp. 146-150
- AUTERI P., *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione ed impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, CEDAM, Padova, 2008, pp. 1 ss.
- AVERITT N. W. – LANDE R. H., *Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*, in 65 *Antitrust Law Journal* 713 (1997)
- BAIRD D.G., *Common law intellectual property and the legacy of International News Services v. Associated Press*, in 50 *The University of Chicago Law Review* 411 (1983)
- BAKER S. – WU L., *Applying the Market Definition Guidelines of the European Commission*, in 19 *ECLR* 279 (1998)

- BAKHOUM M., *Abuse without Dominance in Competition Law: Abuse of Economic Dependence and Its Interface with Abuse of Dominance*, in F. DI PORTO – R. PODSZUN (a cura di), *Abusive Practices in Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, pp. 157-184 disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2703809
- BALGANESH S., *The Uncertain Future of "Hot News" Misappropriation After Barclays Capital v. Theflyonthewall.com*, in 112 *Columbia Law Review Sidebar* 134 (2012)
- BALKIN J.M., *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in 78 *Ohio State Law Journal* 1217 (2017)
- BELL R., *European Commission scrutinizes on-line platforms with competition investigation into Amazon*, *EU & Competition Law*, 11 ottobre 2019, disponibile a <https://eu-competitionlaw.com/eu-commission-scrutinizes-on-line-platforms-with-competition-investigation-into-amazon/>
- BENACCHIO G., *Diritto privato della Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, CEDAM, Padova, 2016, pp. 14-19
- BENSINGER G., *Competing with Amazon on Amazon*, *Wall Street Journal*, 27 giugno 2012 disponibile a <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052702304441404577482902055882264>
- BENTHAM J., *Theory of Legislation*, Trübner, London, 1894, p. 114 disponibile a <https://archive.org/details/legislation00bentuoft/page/114/mode/2up>
- BERRUTI G.M., *La concorrenza sleale nel mercato*, Milano, 2002, p. 118
- BEZOS J., *1997 Letter To Shareholders* disponibile a https://venturebeat.com/wp-content/uploads/2010/09/amzn_shareholder-letter-20072.pdf
- BOCHICCHIO, *La concorrenza parassitaria e la tutela dell'iniziativa privata nei rapporti inter-imprenditoriali*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, II, pp. 148 ss.
- BORK R.H., *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, Basic Books, New York, 1978, pp. 3-160 e 405-439
- BORK R.H., *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, in 6 *Journal of Law and Economics* 7 (1966)

- BORK R.H., *The Goals of Antitrust Policy*, in 57 *Am. Econ. Rev.* 251 (1967)
- BOSTOEN F., *Neutrality, fairness or freedom? Principles for platform regulation*, in 7 *Internet Policy Review* 1 (2018)
- BOSTOEN F., *Online platforms and vertical integration: the return of margin squeeze?*, in 6 *Journal of Antitrust Enforcement* 355 (2018)
- BRODLEY J.F., *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress*, in 62 *N.Y.U.L. Rev.* 1020 (1987)
- Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt Paper on Platform Market Power - Results and Recommendations*, 2016, disponibile a https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/ThinkTank-Bericht-Kurzzusammenfassung_Englisch.pdf?__blob=publicationFile&v=2
- Bundeskartellamt, *Market power of platforms and networks*, giugno 2016, disponibile a https://www.bundeskartellamt.de/EN/AboutUs/Publications/Reports/reports_node.html
- Bundeskartellamt – Autorité de la concurrence, *Competition law and data*, 10 maggio 2016, disponibile a https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Paper.pdf?__blob=publicationFile&v=2
- BURK D.L. – LEMLEY M.A., *Policy Levers in Patent Law*, in 89 *Virginia Law Review* 1600-1604 e 1675-1687 (2003)
- BUSCH C., *Towards Fairness and Transparency in the Platform Economy? A First Look at the P2B Regulation*, in A. DE FRANCESCHI – R. SCHULZE (a cura di), *Digital Revolution – New Challenges for Law*, C.H. Beck – Nomos, München – Baden-Baden, 2019, pp. 71-72
- BUSSCHER R. – HERZ M. – VEDDER H., *A commentary on art. 101 TFEU*, in H.J. BLANKE – S. MANGIAMELI (a cura di), *The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) – A Commentary* (in corso di pubblicazione con Springer), disponibile a

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2977195&download=yes

BUTTS C., *The Microsoft Case 10 Years Later: Antitrust and New Leading "New Economy" Firms*, in 8 *Nw. J. Tech. & Intell. Prop.* 288 (2010) disponibile a

<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1105&context=njtip>

CALABRESI G. – MELAMED D., *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in 85 *Harvard Law Review* 1089 (1972)

CALVANI T. – AVERITT N.W., *Non-Price Predation: An Introduction*, in 16 *J. Reprints Antitrust L. & Econ.* XIII (1986)

CALLMAN R., *He Who Reaps Where He Has Not Sown: Unjust Enrichment in the Law of Unfair Competition*, in 55 *Harv. L.Rev.* 595 (1942)

CARNELUTTI F., *Concorrenza parassitaria?*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, pp. 491 ss.

CARTY H., *An Analysis of the Economic Torts*, Oxford University Press, Oxford, 2001

CHENG M., *Amazon's Allbirds clone shows his relentless steamrolling of brands*, *Quartz*, 22 settembre 2019, disponibile a <https://qz.com/1713763/amazons-latest-copycat-brand-allbirds/>

CHERIF A., *Être propriétaire de ses données personnelles, une dangereuse illusion*, *La Tribune*, 29 marzo 2018 disponibile a <https://www.latribune.fr/techno-medias/internet/etre-proprietaire-de-ses-donnees-personnelles-une-dangereuse-illusion-773398.html>

COLANGELO G., *Facebook and the Bundeskartellamt's Winter of Discontent*, *Competition Policy International*, 23 settembre 2019 disponibile a <https://www.competitionpolicyinternational.com/facebook-and-bundeskartellamts-winter-of-discontent/>

COLANGELO G. – MAGGIOLINO M., *Data protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition*, in 8 *Journal of European Competition Law & Practice* 363 (2017)

- COLANGELO G. – FALCE V., *Concorrenza e comportamenti escludenti nei mercati dell'innovazione*, Il Mulino, Bologna, 2017
- Collège d'Europe, *The Impact of National Rules on Unilateral Conduct that Diverge from Art. 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Final Report*, 21 novembre 2012 disponibile a https://ec.europa.eu/competition/calls/tenders_closed.html
- COLLYER K. – MULLAN H. – TIMAN N., *Measuring market power in multi-sided markets*, in OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, 2018, pp. 71 ss.
- Commissione europea, *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Bruxelles, 2005
- Commissione europea, *DG Internal Market and Services Working Paper. First Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases*, 12 dicembre 2005, disponibile a https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/evaluation_report_legal_protection_databases_december_2005_en.pdf
- Commissione europea, *Free movement of goods. Guide to the application of Treaty provisions governing the free movement of goods*, 2010, disponibile a <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9875cc75-4708-4cc0-a308-c6548ef721a5>
- Commissione europea, *Commission Staff Working Paper – Impact Assessment accompanying the General Data Protection Regulation and the Directive on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such data*, 20 gennaio 2012 disponibile a <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2012/EN/SEC-2012-72-2-EN-MAIN-PART-1.PDF>
- Commissione europea, *Green Paper on Unfair Trading Practices in the Business-to-Business Food and Non-Food Supply Chain in Europe*, COM(2013) 37 final

disponibile a <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2013/EN/1-2013-37-EN-F1-1.Pdf>

Commissione europea, *Commission Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy*, 10 gennaio 2017, disponibile a <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/staff-working-document-free-flow-data-and-emerging-issues-european-data-economy>

Commissione europea, *Commission staff working document accompanying the document Report from the Commission to the Council and the European Parliament Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, 10 maggio 2017, COM(2017) 229 final

Commissione europea, *Staff Working Document - Guidance on sharing private sector data in the European data economy*, 25 aprile 2018, SWD(2018) 125 final, pp. 12-18 disponibile a <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/staff-working-document-guidance-sharing-private-sector-data-european-data-economy>

Commissione europea, *Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive conduct of Amazon*, 17 luglio 2019 disponibile a https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_19_4291

Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, 2019, disponibile a <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

CONSTINE J., *Facebook will shut down its spyware VPN app Onavo*, *TechCrunch*, 22 febbraio 2019 disponibile a <https://techcrunch.com/2019/02/21/facebook-removes-onavo/>

CORNISH W. – LLEWELYN D. – APLIN T., *Intellectual property: patents, copyrights, trade marks and allied rights*, Sweet & Maxwell, London, 2019

COYLE D., *Why Economics must go digital*, *NewEurope*, 13 giugno 2019, disponibile a <https://www.neweurope.eu/article/why-economics-must-go-digital/>

- COYLE D., *Digital Platforms force a rethink in competition theory*, *FT*, 17 agosto 2017, disponibile a <https://www.ft.com/content/9dc80408-81e1-11e7-94-e2c5b903247afd>
- CRANE D.A., *Technocracy and Antitrust*, in *86 Texas Law Review* 1160 (2008)
- CUONZO G., *I limiti del principio di libera imitabilità dei prodotti altrui al di fuori delle privative industriali: verso la fine di un dogma?*, in *Riv. dir. ind.*, 1989, I, pp. 190 ss.
- CUONZO G., *Ripresa della prestazione altrui e imitazione servile dei prodotti di breve durata*, in *Contr. e impr.*, 1990, pp. 211 ss.
- DAVID P., *Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb: Patents, Copyrights, and Trade Secrets in Economic Theory and History*, in M.B. WALLERSTEIN – M.E. MOGEE – R.A. SCHOEN (a cura di), *Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology*, National Academy Press, Washington, D.C., 1993, pp. 19-57.
- DAVIS J., *Why the United Kingdom should have a law against misappropriation*, in *69 Cambridge Law Journal* 561 (2010)
- DELLI PRISCOLI L., *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising, fra principio di buona fede e tutela del mercato*, nota a Trib. Isernia, 12 aprile 2006, in *Giur. merito*, fasc. 10, pp. 2153 ss.
- DEL VICARIO M. – BESSI A. – ZOLLO F. – PETRONI F. – SCALA A. – CALDARELLI G. – STANLEY H.E. – QUATTROCIOCCHI W., *The Spreading of Misinformation Online*, *PNAS*, 19 gennaio 2016 disponibile a <https://www.pnas.org/content/113/3/554>
- DEMSETZ H., *Toward a Theory of Property Rights*, in *57 The American Economic Review* 347 (1967)
- DENOZZA F., *Chicago, l'efficienza e il diritto antitrust*, in *Giur. comm.*, 1988, I, 5 ss.
- DENOZZA F., *The Future of Antitrust: Concern for the Real Interests at Stake, or Etiquette for Oligoplists?*, in *Orizzonti di diritto Commerciale*, 2017, 1, pp. 1 ss.

- DESCHENE L., *What Is Behavioral Targeting?*, *CBS News*, 17 giugno 2008, disponibile a <https://www.cbsnews.com/news/what-is-behavioral-targeting/>
- DIEBOLD F.X., *A Personal Perspective on the Origin(s) and Development of “Big Data”*: *The Phenomenon, the Term, and the Discipline*, *PIER Working Paper 13-003*, 2012, disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2202843&download=yes
- DIRECTOR A. – E.H. LEVI E.H., *Law and the Future: Trade Regulation*, in 51 *Northwestern University Law Review* 281 (1956)
- DOBBS R. – KOLLER T. – RAMASWAMY S., *The Future and How to Survive It*, *Harvard Business Review*, ottobre 2015, disponibile a <https://hbr.org/2015/10/the-future-and-how-to-survive-it>
- DRAHOS P., *A philosophy of intellectual property*, Dartmouth, Aldershot (UK) – Brookfield (WI, USA), 1996
- DREXL J., *Competition Law in Media Markets and its Contribution to Democracy – A Global Perspective*, in 38 *World Competition* 367 (2015) disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2511146
- DREXL J., *Designing competitive markets for industrial data – between propertisation and access*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research paper No. 16-13, 31 Ottobre 2016, disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2862975
- DERXL J., *Competition Law as a Part of the European Constitution*, in A. VON BOGDANDY – J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, Verlag CH Beck, Monaco, 2010, p. 664
- DREXL J., *Legal Challenges of the Changing Role of Personal and Non-Personal Data in the Digital Economy*, in A. DE FRANCESCHI – R. SCHULZE (a cura di), *Digital Revolution – New Challenges for Law*, C.H. Beck – Nomos, München – Baden-Baden, 2019, pp. 19-41.
- DREXL J. – KERBER W. – PODSZUN R. (a cura di), *Competition Policy and the Economic Approach. Foundations and Limitations*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2011

- DREXL J. – HILTY R. – DESAUNETTE L. – GREINER F. – KIM H. – RICHTER D. – SURBLYTÉ G. – WIEDEMANN K., *Data Ownership and Access to Data – Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the Current European Debate*, disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2833165
- DREXL J. – HILTY R.M. – GLOBOCNIK J. – GREINER F. – KIM D. – RICHTER H. – SLOWINSKI P.R. – SURBLITÉ G. – WALZ A. – WIEDEMANN K., *Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 26 April 2017 on the European Commission’s “Public consultation on Building the European Data Economy”*, disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2959924
- DWOSKIN E., *Facebook’s willingness to copy rivals’ apps seen as hurting innovation*, *The Washington Post*, 11 agosto 2017 disponibile a https://www.washingtonpost.com/business/economy/facebooks-willingness-to-copy-rivals-apps-seen-as-hurting-innovation/2017/08/10/ea7188ea-7df6-11e7-a669-b400c5c7e1cc_story.html
- EASTERBROOK F.H., *The Supreme Court, 1983 Term – Foreword: The Court and the Economic System*, in 98 *Harvard Law Review* 59 (1984)
- EASTERBROOK F.H., *Workable Antitrust Policy*, in 84 *Michigan Law Review* 1696 (1986)
- EASTERBROOK F.H., *Intellectual Property is Still Property*, in 13 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 108 (1990)
- EKSTRAND V.S. – ROUSH C., *From “Hot News” to “Hot Data”: The Rise of “Fintech”, The Ownership of Big Data, and the Future of the Hot News Doctrine*, in 35 *Cardozo Arts & Ent. L.J.* 303 (2017)
- EVANS D.S., *Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms*, Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper No. 753, 2016, p. 27 disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2746095
- EVANS D.S. – SCHMALENSEE R., *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*, Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No.

- 623, 2012, disponibile a
https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1482&context=la_and_economics
- EZRACHI A. – STUCKE M.E., *Virtual competition. The promise and perils of the algorithm driven economy*, Harvard University Press, Cambridge (MA, USA), 2016, pp. 1-81 e 145-202
- FABBIO P., *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 35-54
- FABBIO P., *Abuso di dipendenza economica*, in A. CATRICALÀ – E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti della concorrenza*, in P. RESCIGNO – E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Utet, Torino, 2011, pp. 271 ss.
- FAIRFIELD J.A.T., *Owned. Property, Privacy and the New Digital Serfdom*, Cambridge University Press, Cambridge (UK), 2017, p. 3.
- FALCE V., *The Italian Regulation against the abuse of economic dependence*, 10th ASCOLA Conference, Tokyo, 2015, p. 1 disponibile a http://ascola-tokyo-conference-2015.meiji.jp/pdf/ConferencePapers/General%20Session%203/ValeriaFalce_GOP-17212450_1%20-%20Valeria%20Falce%20ASCOLA%202015.pdf
- FEASEY R. – KRÄMER J., *Implementing Effective Remedies for Anti-competitive Intermediation Bias on Vertically Integrated Platforms*, Cerre, ottobre 2019 disponibile a
https://www.cerre.eu/sites/cerre/files/cerre_intermediationbiasremedies_report.pdf
- FERRO M.S., “*Ceci n’est pas un marché*”: *Gratuity and competition law*, in *Concurrences*, I, 2015, pp. 1-13
- FEZER K.H., *Data Ownership of the People. An Intrinsic Intellectual Property Law Sui Generis Regarding People’s Behaviour-generated Informational Data*, in *9 Zeitschrift für Geistiges Eigentum* 356 (2017)
- FIKENTSCHER W. – IMMENGA U. (a cura di), *Draft International Antitrust Code*, Nomos, Baden-Baden, 1995, pp. 53 ss.
- FILISTRUCCHI L., *Market definition in multi-sided markets*, in OECD, *Rethinking*

- Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, 2018, pp. 37 ss. disponibile a <https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>
- FILISTRUCCHI L. – GERARDIN D. – VAN DAMME E. – AFFELDT P., *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*, TILEC Discussion Paper, 16 marzo 2013 disponibile a <http://ssrn.com/abstract=2240850>
- FINCK M. – PALLAS F., *They who must not be Identified – Distinguishing Personal from Non Personal Data under the GDPR*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 19-14, 2019, in particolare pp. 43-47 disponibile a <https://ssrn.com/abstract=3462948>
- FLORIDIA G., *L'illecito concorrenziale fra il diritto soggettivo e la tutela dei consumatori*, in AA. VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 341-358
- FLORIDIA G., *Le clausole generali*, in AA. VV., *Diritto industriale*, cit., pp. 359-365
- FLORIDIA G., *Le valutazioni giurisprudenziali in termini di correttezza professionale*, in AA. VV., *Diritto industriale*, cit., pp. 365-377
- FLORIDIA G., *La tipizzazione normativa dei nn. 1 e 2 dell'art. 2598 c.c.*, in AA. VV., *Diritto industriale*, cit., pp. 378-391
- FOX E.M., *Post-Chicago, post-Seattle and the dilemma of globalization*, in A. CUCINOTTA – R. PARDOLESI – R. VAN DER BERGH (a cura di), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2002, pp. 76-84
- FOX E.M., *Against Goals*, in 81 *Fordham Law Review* 2157 (2013)
- FOX E.M., *The "Alternative World-Antitrust Framework" in the Light of the Twenty-First Century*, in N. CHARBIT – E. RAMUNDO (a cura di), *Competition Law on the Global Stage. David Gerber's Global Competition Law in Perspective*, Institute of Competition Law, New York, 2014, pp. 23-32
- FOX E.M. – GERARD D., *EU Competition Law, Cases, Text and Context*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2017, pp. 1-32 e 159-

- FRANCESCHELLI R., *Concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, I, pp. 265 ss.
- FRANCESCHELLI R., *Sulla concorrenza sleale*, in *Studi riuniti di diritto industriale*, Milano, 1959, pp. 363 ss.
- FRANCESCHELLI R., *La concorrenza parassitaria com'è vista oggi in Italia*, in *Riv. dir. ind.*, 1981, I, pp. 5 ss.
- FRANCESCHELLI R., *L'elemento temporale nella concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1985, II, pp. 3 ss.
- FRANCK J.U. – PEITZ M., *Market Definition and Market Power in the Platform Economy*, Report del Centre on Regulation in Europe, Maggio 2019 disponibile a https://www.cerre.eu/sites/cerre/files/2019_cerre_market_definition_market_power_platform_economy.pdf
- FRANZOSI M., *L'imitazione servile e violazione di segreti (irrilevanza delle valutazioni sull'originalità del trovato; slealtà della ripresa della prestazione altrui)*, in *Foro pad.*, 1981, I, cc. 221 ss.
- FRISCHMANN B.M., *An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management*, in 89 *Minn. L.R.* 917 (2005), disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=588424&download=yes
- FTC, *Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns In the Markets for Devices Like Smart Phones, Games and Tablets, and in Online Search*, 3 gennaio 2013 disponibile a <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2013/01/google-agrees-change-its-business-practices-resolve-ftc>
- GAL M.S. – RUBINFELD D.L., *The Hidden Cost of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*, in 80 *Antitrust Law Journal* 521 (2016)
- GERBER D.J., *Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the "New" Europe*, in 42 *The American Journal of Comparative Law* 25 (1994)

- GERBER D.J., *Global Competition: Law, Markets, and Globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2010
- GHIDINI G., *La c.d. concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, pp. 616 ss.
- GHIDINI G., *La concorrenza sleale*, in W. BIGIAMI (fondato da), *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Torino, 2001, 3 ed., pp. 1-68, 229-280, 339-407
- GHIDINI G., *La correttezza professionale (art. 2598, n. 3, c.c.) tra due ordinamenti costituzionali*, in *Dir. ind.*, 2011, pp. 239 ss.
- GHIDINI G., *Profili evolutivi del diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 411 ss.
- GIANNONE CODIGLIONE G., *La violazione del diritto d'autore sulle c.d. App da parte del gestore di un social network*, in *D. informazione e informatica*, 2017, I, pp. 138 ss.
- GORDON W., *On Owning Information: Intellectual Property and the Restitutionary Impulse*, in 78 *Va. L. Rev.* 149 (1992)
- GRAEF I., *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, in 38 *World Competition* 473 (2015)
- GRAEF I., *Mandating Portability and Interoperability in Online Social Networks*, in 39 *Journal of Telecommunications Policy* 507 (2015)
- GRAEF I., *Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy*, *TILEC Discussion Paper*, aprile 2019 disponibile a <http://ssrn.com/abstract=5>
- GRAEF I., *Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence*, in 38 *Yearbook of European Law* 448 (2019)
- GRAEF I. – HUSOVEC M. – PURTOVA N., *Data Portability and Data Control: Lessons for an Emerging concept in EU Law*, in 19 *German Law Review* 1374-88 (2018)
- GRECO P., *Corso di diritto commerciale: impresa, azienda*, Milano, 1957, pp. 461 ss.

- GUGLIELMETTI GIANN., *Sulla nozione di concorrenza parassitaria*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, II, pp. 316 ss.
- HARBOUR P.J. – KOSLOV T.I., *Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Product Relevant Market*, in *76 Antitrust Law Journal* 769 (2010)
- HARDIN G., *The Tragedy of the Commons*, in *162 Science* 1243 (1968)
- HARTMAN R. – TEECE D.J. – MITCHELL W. – JORDE T., *Assessing Market Power in Regimes of Rapid Technological Change*, in *2 Industrial and Corporate Change* 317 (1993)
- HELLER M.A., *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transaction from Marx to the Market*, in *111 Harvard Law Review* 621 (1998)
- HELBERGER N. – ZUIDERVEEN BORGESIUUS F. – REYNA A., *The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship between EU Consumer Law and Data Protection Law*, in *54 Common Market Law Review* 1427 (2017)
- HENNING-BODEWIG F., *Unfair competition law. European union and Member States*, Kluwerlaw international, The Hague, 2006
- HERZ M. – VEDDER H., *A commentary on art. 102 TFEU*, in H.J. BLANKE – S. MANGIAMELI (a cura di), *The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) – A Commentary* (in corso di pubblicazione con Springer), disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2977195&download=yes
- HESS C. – OSTROM E., *Introduction: An Overview of the Knowledge Commons*, in C. HESS – E. OSTROM (a cura di), *Understanding Knowledge as a Commons. From Theory to Practice*, MIT Press, Cambridge (MA, USA) – London (UK), 2007, pp. 3-21
- HILTY R.M. – HENNING-BODEWIG F. (a cura di), *Law Against Unfair Competition. Towards a New Paradigm in Europe?*, Springer, Berlin Heidelberg, 2007, pp. 1-109
- HIRST N., *Vestager kicks off new chapter in Google Shopping probe*, *Politico*, 16 febbraio 2018 disponibile a <https://www.politico.eu/article/commission-probes-google-shoppings-antitrust-remedy-document/>

- HOLMES A., *Allbirds cofounder calls out Amazon for its knockoff shoes that cost way less, calling them 'algorithmically inspired'*, *Business Insider*, 20 novembre 2019 disponibile a <https://www.businessinsider.com/allbirds-slams-amazon-knockoff-shoes-sustainability-approach-2019-11?IR=T>
- HÖPPNER T. – WESTERHOFF P., *The EU's Competition Investigation into Amazon's Marketplace*, 2018 disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3495203
- HOVENKAMP H., *Antitrust Policy after Chicago*, in 84 *Michigan Law Review* 222 (1985)
- HOVENKAMP H., *The reckoning of post-Chicago antitrust*, in A. CUCINOTTA – R. PARDOLESI – R. VAN DER BERGH (a cura di), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2002, pp. 1-22
- HOVENKAMP H., *The Rationalization of Antitrust*, book review of R. POSNER, *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 2001, in 116 *Harv. Law Rev.* 917 (2003)
- HOVENKAMP H., *Antitrust and Innovation: Where We Are and Where We Should Be Going*, in 77 *Antitrust Law Journal* 749 (2011)
- HOVENKAMP H., *Robert Bork and Vertical Integration: Leverage, Foreclosure, and Efficiency*, in 79 *Antitrust Law Journal* 983 (2014)
- HUGENHOLTZ B., *Data Property: Unwelcome Guest in the House of IP*, in III *Kritika* 48 (2018) disponibile a https://www.ivir.nl/publicaties/download/Data_property_Muenster.pdf
- JAEGER P.G., *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1970, I, pp. 5 ss.
- JEFFERSON T., *Thomas Jefferson to Isaac McPherson, 13 August 1813* disponibile a <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/03-06-02-0322>
- KAPLAN B., *An unhurried view of copyright, republished (and with contributions from friends)*, LexisNexis, Newark, 2005, pp. 1-128
- KARJALA D.S., *Misappropriation as a Third Intellectual Property Paradigm*, in 94 *Col. L. Rev.* 2594 (1994)

- KATZ M. – SALLET J., *Multisided Platforms and Antitrust Enforcement*, in 127 *Yale Law Journal* 2142 (2018)
- KERBER W., *Digital markets, data, and privacy: competition law, consumer law and data protection*, in 11 *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 856 (2016)
- KHAN L.M., *Amazon's Antitrust Paradox*, in 126 *Yale Law Journal* 710 (2017)
disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2911742
- KHAN L.M., *The Separation of Platforms and Commerce*, in 119 *Columbia Law Review* 973 (2019)
- KHAN L.M., *Book Review: The End of Antitrust History Revisited*, in 133 *Harvard Law Review* 1655 (2020)
- KITCH E.W., *The Nature and Function of the Patent System*, in 20 *Journal of Law and Economics* 265 (1977)
- KITCHIN R., *The Data Revolution. Big Data, Open Data, Data Infrastructures & Their Consequences*, SAGE, Los Angeles – London – New Dehli – Singapore – Washington DC, 2014, p. 68
- KITCHIN R. – MCARDLE G., *What makes Big Data, Big Data? Exploring the ontological characteristics of 26 datasets*, *Big Data & Society*, 17 febbraio 2016
disponibile a <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2053951716631130>
- KOBEL P., *Le parasitisme en droit suisse: entre Nachahmungsfreiheit (liberté d'imiter), Verwechslungsgefahr (risque de confusion) et Rufausbeutung (exploitation de la réputation)*, in J. DE WERRA (a cura di), *Défis du droit de la concurrence déloyale – Challenges of Unfair Competition Law*, Schulthess, Genève – Zurich – Bâle, 2014, pp. 101 ss.
- KOCH L., *Looking for a New Product? You Probably Searched Amazon*, *eMarketer*, 31 marzo 2019
disponibile a <https://www.emarketer.com/content/looking-for-a-new-product-you-probably-searched-amazon>
- KRUGMAN P., *Bits, Bands and Books*, *The New York Times*, 6 giugno 2008
disponibile a [a](#)

https://www.nytimes.com/2008/06/06/opinion/06krugman.html?_r=2&oref=slogin&oref=slogin

- KUR A., *What to protect, and how? Unfair competition, intellectual property, or protection sui generis*, in N. LEE – G. WESTKAMP – A. KUR – A. OHLY (a cura di), *Intellectual property, unfair competition and publicity. Convergences and development*, Edward Elgar, Cheltenham – Northampton, 2014, pp. 11-32.
- KUR A. – DREIER T., *European Intellectual Property Law. Text, Cases and Materials*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2013, pp. 371-374 e 378-419
- LAITENBERGER J., *Competition enforcement in digital markets: using our tools well and a look at the future*, 14th Annual Conference of the GCLC “Remedies in EU Competition Law: Substance, Process & Policy”, 31 gennaio 2019, disponibile a https://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2019_03_en.pdf
- LANDES W.M. – POSNER R.A., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA, USA) – London, 2003, pp. 12-16.
- LANDES W.M. – POSNER R.A., *Indefinitely Renewable Copyright*, in 70 *University of Chicago Law Review* 486-488 (2003)
- LANDREAU I. – PELIKS G. – BINCTIN N. – PEZ-PÉRARD V., *Mes data sont à moi. Pour une patrimonialité des données personnelles*, *Génération Libre*, Gennaio 2018 disponibile a <https://www.generationlibre.eu/wp-content/uploads/2018/01/2018-01-generationlibre-patrimonialite-des-donnees.pdf>
- LANEY D., *3D Data Management: Controlling Data Volume, Velocity, and Variety*, *META Group*, 6 febbraio 2001 disponibile a <https://blogs.gartner.com/douglaney/files/2012/01/ad949-3D-Data-Management-Controlling-Data-Volume-Velocity-and-Variety.pdf>
- LANG J.T., *European Experience on Convergence of Antitrust Laws*, in J. KEYTE (a cura di), *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute*.

- International Antitrust Law and Policy* (2016), Juris, New York, 2017, pp. 201-217, in particolare p. 209
- LATORRE E., *La Direttiva N. 1/2019 e il suo impatto sulla disciplina antitrust dell'Unione europea*, in *Eurojus*, 2019, pp. 239-254 disponibile a <http://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/Latorre-direttiva-1-2019.pdf>
- LEE S. – SHIBLER J., *Platform Dependence and Exploitation*, 14th ASCOLA Conference, Aix-en-Provence, 2019 disponibile a <https://ssrn.com/abstract=3403002>
- LEMLEY M.A., *Ex ante versus ex post justifications for intellectual property*, in 71 *U. Chi. L. Rev.* 129 (2004)
- LEMLEY M.A., *Property, intellectual property and free riding*, in 83 *Tex. L. Rev.* 1031 (2005)
- LEMLEY M.A., *Industry-Specific Antitrust Policy for Innovation*, in 2011 *Columbia Business Review* 651-652 (2011)
- LEMLEY M.A., *IP in a World Without Scarcity*, in 90 *N.Y.U.L. Rev.* 460 (2015)
- LEMLEY M.A. – LESSIG L., *The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era*, in 48 *UCLA Law Review* 925 (2001)
- LE TOURNEAU P., *Agissements fautifs dans l'exercice des droits et parasitisme*, in P. LE TOURNEAU (a cura di), *Droit de la responsabilité et des contrats 2018/2019. Régimes d'indemnisation*, Dalloz, Paris, 2017, pp. 868-887.
- LÉVÊQUE F., *Innovation, leveraging and essential facilities: Interoperability licensing in the EU Microsoft case*, in 28 *World Competition* 71 (2005) disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=927900
- LIBERTINI M., *Azioni e sanzioni nella disciplina della concorrenza sleale*, in GALGANO F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, IV, CEDAM, Padova, 1981, pp. 237-270
- LIBERTINI M., *I principi della correttezza professionale nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, pp. 509 ss.
- LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 10-82 e 266-341

- LIBERTINI M. – GENOVESE A., *sub artt. 2598, 2599, 2600 e 2601 c.c.*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del Codice civile*, D.U. SANTOSUOSSO (a cura di), *Delle Società – Dell’Azienda – Della Concorrenza*, vol. V (Artt. 2575-2642 c.c.), Torino, 2014, pp. 485 ss.
- LOMAS N., *Don’t break up big tech — regulate data access, says EU antitrust chief*, *TechCrunch*, 11 marzo 2019 disponibile a <https://techcrunch.com/2019/03/11/dont-break-up-big-tech-regulate-data-access-says-eu-antitrust-chief/>
- LUPTON D., *The thirteen Ps of big data*, *This Sociological Life*, 11 maggio 2015 disponibile a <https://simplysociology.wordpress.com/2015/05/11/the-thirteen-ps-of-big-data/>
- LYNSKEY O., *Aligning data protection rights with competition law remedies? The GDPR right to data portability*, in *42 European Law Review* 807 (2017)
- F. MACHLUP, *An Economic Review of the Patent System*, *Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary*, 1958, disponibile a https://cdn.mises.org/An%20Economic%20Review%20of%20the%20Patent%20System_Vol_1_3_3.pdf
- MADRIGAL A.C. – MEYER R., *How Facebook’s Chaotic Push Into Video Cost Hundreds of Journalists Their Jobs*, 18 ottobre 2018 disponibile a <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2018/10/facebook-driven-video-push-may-have-cost-483-journalists-their-jobs/573403/>
- MAGGIOLINO M., *I Big Data e il diritto antitrust*, Egea, Milano, 2018
- MANGINI V., *Lineamenti generali*, in AA. VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 431-445.
- MARCHETTI P., *Il paradigma della correttezza nella giurisprudenza di un ventennio*, in *Riv. dir. ind.*, 1966, II, pp. 181 ss.
- MATTEI U., *Comparative Law and Economics*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1997, pp. 129-131

- MAYER-SCHÖNBERGER V. – CUKIER K., *Big Data. A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, Houghton Mifflin Harcourt, Boston – New York, 2014, p. 59.
- MCNULTY E., *Understanding Big Data: The Seven V's*, *DATA ECONOMY*, 22 maggio 2014 disponibile a <https://dataconomy.com/2014/05/seven-vs-big-data/>
- MEEKER H.J., *Technology Licensing: A Practitioner's Guide*, American Bar Association, 2010, pp. 63-70
- MERGES R.P., *Justifying Intellectual Property*, Harvard University Press, Cambridge (MA, USA) – London (UK), 2011, p. 291
- MILLON D., *The Sherman Act and the Balance of Power*, in 61 *Southern California Law Review* 1219 (1988)
- MINERVINI G., *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, pp. 618 ss.
- MONTI G., *EC Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge (UK), 2007, pp. 186 ss.
- MOTTA M., *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge (UK), 2004, p. 25
- MUNDT A., *Firm Ground in Rough Times – The Role of International Organizations for Competition Convergence. Increased Cooperation as an answer to Globalization and Digitalization*, in J. KEYTE (a cura di), *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute. International Antitrust Law and Policy* (2016), Juris, New York, 2017, pp. 219-224
- MUNDT A., *Competition Law and Policy in Germany, The European Union and Beyond*, in J. KEYTE (a cura di), *Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute. International Antitrust Law and Policy* (2017), Juris, New York, 2018, p. 104
- MYERS G., *The Restatement's rejection of the misappropriation tort: A victory for the public domain*, in 47 *South Carolina Law Review* 673 (1996)

- NATOLI R., *L'abuso di dipendenza economica*, in V. ROPPO – A.M. BENEDETTI (diretto da), *Trattato dei contratti, Mercati regolati*, vol. V, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 377 ss.
- NEWMAN J.M., *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*, in 164 *University of Pennsylvania Law Review* 181 (2015)
- NEWMAN J.M., *Antitrust in Zero-Price Markets: Applications*, in 94 *Washington University Law Review* 49 (2016)
- NOTO LA DIEGA G., *Against the Dehumanisation of Decision-Making. Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information*, in 9 *JIPITEC* 8-9 (2018)
- OECD, *Role and Measurement of Quality in Competition Analysis*, 2013, disponibile a <http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>
- OECD, *Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation*, 10 ottobre 2013, p. 325 disponibile a https://www.oecd-ilibrary.org/industry-and-services/supporting-investment-in-knowledge-capital-growth-and-innovation_9789264193307-en
- OECD, *Data Driven Innovation. Big Data for Growth and Well Being*, 6 ottobre 2015, p. 37 disponibile a https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/data-driven-innovation_9789264229358-en
- OECD, *Structural separation in regulated industries: Report on implementing the OECD Recommendation*, 2016 disponibile a [https://www.oecd.org/daf/competition/Structural separation-in-regulated-industries-2016report-en.pdf](https://www.oecd.org/daf/competition/Structural%20separation-in-regulated-industries-2016report-en.pdf)
- OHLY A., *Reverse Engineering: Unfair Competition or Catalyst for Innovation?*, in AA.VV., *Patents and Technological Progress in a Globalized World. Liber Amicorum Joseph Strauss*, Heidelberg, 2009, pp. 535 ss. disponibile a <http://ssrn.com/abstract=1523649>
- OHLY A., *The Freedom of Imitation and Its Limits - A European Perspective*, in 41 *IIC* 506 (2010)
- OLIVIERI G., *L'abuso di posizione dominante*, in AA. VV., *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 478 ss.,

504-505

- OLSON P., *Common Law Misappropriation in the Digital Era*, 64 MO. L. REV. 837 (1999)
- ORBACH B.Y., *The antitrust consumer welfare paradox*, in 7 *Journal of competition Law & Economics*, 2011, 133 ss.
- ORBACH B.Y., *How antitrust lost its goal*, in 81 *Fordham law review* 2253 (2013)
- O'REILLY T., *Antitrust regulators are using the wrong tools to break up Big Tech*, in *Quartz* 17 luglio 2019, disponibile a <https://qz.com/1666863/why-big-tech-keeps-outsmarting-antitrust-regulators/>
- PAGE W.H., *The Chicago School and the Evolution of Antitrust: Characterization, Antitrust Injury, and Evidentiary Sufficiency*, in 75 *Virginia Law Review* 1243 (1989)
- PHARTIYAL S., *Walmart, Amazon scrambling to comply with India's new e-commerce rules*, *Reuters*, 31 gennaio 2019 disponibile a <https://www.reuters.com/article/us-india-ecommerce/walmart-amazon-scrambling-to-comply-with-indias-new-e-commerce-rules-idUSKCN1PP1PN>
- PASCHI C., *La concorrenza parassitaria nell'art. 2598 n. 3 e la sua interpretazione nella giurisprudenza più recente*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, I, pp. 223 ss.
- PASCHI C., *La tutela concorrenziale per le informazioni "non qualificate"*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, II, pp. 95 ss.
- PASICK A., *The magic that makes Spotify's Discover Weekly playlists so damn good*, *Quartz*, 21 dicembre 2015, disponibile a <https://qz.com/571007/the-magic-that-makes-spotifys-discover-weekly-playlists-so-damn-good/>
- PASQUALE F., *Secret Algorithms Threaten the Rule of Law*, *MIT Technology Review*, 1 giugno 2017 disponibile a <https://www.technologyreview.com/s/608011/secret-algorithms-threaten-the-rule-of-law/>
- PERITZ R.J.R., *Dynamic efficiency and US antitrust policy*, in A. CUCINOTTA – R. PARDOLESI – R. VAN DER BERGH (a cura di), *Post-Chicago*

- Developments in Antitrust Law*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2002, pp. 108-125
- PETIT N., *Technology Giants, the Moligopoly Hypothesis and Holistic Competition: A Primer*, 2016 disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2856502
- PIOLA CASELLI E., *Le cosiddette imitazioni servili nel sistema di proprietà industriale*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 1933, VII, pp. 268 ss.
- PISARKIEWICZ A. – WEST J., *Background note*, in OECD, *Role and Measurement of Quality in Competition Analysis*, 2013, pp. 15
- PODSZUN R., *Facebook vs. Bundeskartellamt, D’KART*, 30 agosto 2019 disponibile a <https://www.dkart.de/en/blog/2019/08/30/en-facebook-vs-bundeskartellamt/>
- POPKEN B., *As algorithms take over, YouTube's recommendations highlight a human problem. A supercomputer playing chess against your mind to get you to keep watching*, *NBC news*, 20 aprile 2018 disponibile a <https://www.nbcnews.com/tech/social-media/algorithms-take-over-youtube-s-recommendations-highlight-human-problem-n867596>
- POSNER R.A., *The Chicago school of antitrust analysis*, in 127 *U. Pa. L. Rev.* 925 (1979)
- POSNER R.A., *Antitrust law*, The University of Chicago Press, Chicago – London, 2001, pp. 1-48 e 245-286
- POSNER R.A., *Misappropriation: A Dirge*, in 40 *Houston Law Review* 621 (2003)
- POUND R., *Law in Books and Law in Action*, in 44 *Am. L. Rev.* 12 (1910)
- RAHL J.A., *The Right to “Appropriate” Trade Values*, in 23 *Ohio State Law Journal* 56 (1962)
- REICHMAN J.H., *Legal hybrids between the patents and copyright paradigms*, in 94 *Colum. L. Rev.* 2432 (1994)
- REICHMAN J.H. – SAMUELSON P., *Intellectual Property Rights in Data?*, in 50 *Vand. L. R.* 51 (1997)
- RICOLFI M., *La tutela della proprietà intellettuale: fra incentivo all’innovazione e scambio ineguale*, in *Riv. dir. ind.*, 2002, I, pp. 511 ss.

- RICOLFI M., *The Internet of Things and the Ages of Antitrust*, Nexa Center for Internet & Society Working paper nr 4/2017, disponibile a <https://nexa.polito.it/nexacenterfiles/4.%20ricolfi.pdf>
- RICOLFI M. , *Il futuro della proprietà intellettuale nella società algoritmica*, in *Giur. It.*, Supplemento, 2019, pp. 10-36
- RIFKIN J., *The Zero Marginal Cost Society. The Internet of Things, the Collaborative Commons, and the Eclipse of Capitalism*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2014, pp. 1-25
- RODOTÀ S., *Le clausole generali*, in G. ALPA – M. BESSONE (a cura di), *I contratti in generale*, Vol. I, UTET, Torino, 1991, pp. 387 ss.
- ROTONDI M., *L'imitazione servile come atto di concorrenza sleale indipendentemente da confondibilità di prodotto*, in *Studi diritto industriale*, CEDAM, Padova, 1957, pp. 367 ss.
- ROTONDI M., *Diritto industriale*, CEDAM, Padova, 1965, pp. 498 ss.
- ROUSSEAU J.J., *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, in *Collection complète des œuvres de J.J. Rousseau, citoyen de Genève*, Genève, 1780-1789, p. 105 disponibile a <https://www.rousseauonline.ch/pdf/rousseauonline-0002.pdf>
- ROUSSEVA E., *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Hart Publishing, Oxford – Portland, 2010, p. 125
- RUBINFEL D.L. – GAL M.S., *Access barriers to Big Data*, in *59 Arizona Law Review* 339 (2017), disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2830586
- SALVETTI S., *La concorrenza parassitaria per imitazione servile* (Nota a App. Trento, 19 febbraio 2005, Soc. distillati Paolazzi c. Soc. distilleria Marzadro), in *Dir. ind.*, 2005, II, pp. 511 ss.
- SAMUELSON P. – SCOTCHMER S., *The Law and Economics of Reverse Engineering*, in *111 Yale Law Review* 1575 (2002)
- SANTAGATA C., *Concorrenza sleale e interessi protetti*, Jovene, Napoli, 1975
- SCHECHTER A., *Google and Facebook's "Kill Zone": "We've Taken the Focus Off of Rewarding Genius and Innovation to Rewarding Capital and Scale"*,

ProMarket, 25 maggio 2018 disponibile a <https://promarket.org/google-facebooks-kill-zone-weve-taken-focus-off-rewarding-genius-innovation-rewarding-capital-scale/>

SCHNEIDER G., *Testing Art. 102 TFEU in the Digital Marketplace: Insights from the Bundeskartellamt's investigation against Facebook*, in 9 *Journal of European Competition Law & Practice* 213 (2018), disponibile a <https://academic.oup.com/jeclap/article/9/4/213/4903311>

SCHREPEL T., *Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition*, in 21 *SMU Science and Technology Law Review* 19 (2018)

SCHUMPETER J.A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Routledge, London – New York, 2010

SCHWEITZER H. – HAUCAP J. – KERBER W. – WELKER R., *Modernising the law on abuse of market power. Report for the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy (Germany)*, 2018, disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3250742

SCIRÉ F., *La concorrenza sleale nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1989, I, pp.229 ss.

SCIRÉ F., *Concorrenza sleale e sfruttamento del lavoro altrui*, Milano, 1994

SHELANSKI H.A., *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*, in 161 *University of Pennsylvania Law Review* 1663 (2013)

SHELANSKI H.A. – KNOX S. – DHILLA A., *Network effects and efficiencies in multi-sided markets*, in OECD, *Rethinking Antitrust Tools*, cit., pp. 192-195

SHINAL J., *Mark Zuckerberg couldn't buy Snapchat years ago, and now he's close to destroying the company*, *CNBC*, 12 luglio 2017 disponibile a <https://www.cnn.com/2017/07/12/how-mark-zuckerberg-has-used-instagram-to-crush-evan-spiegels-snap.html>

SIMONITE T., *Moore's Law Is Dead. Now What?*, *MIT Technology Review*, 13 maggio 2016 disponibile a <https://www.technologyreview.com/s/601441/moores-law-is-dead-now-what/>

- SOLON O., *As tech companies get richer, is it 'game over' for startups?*, *The Guardian*, 20 ottobre 2017, disponibile a <https://www.theguardian.com/technology/2017/oct/20/tech-startups-facebook-amazon-google-apple>
- SOPER S., *Got an hot-seller on Amazon? Prepare for e-tailer to make one too*, *The Star online*, 30 aprile 2016, disponibile a <https://www.thestar.com.my/business/business-news/2016/04/30/got-a-hot-seller-on-amazon-prepare-for-etailer-to-make-one-too>
- SOPER S. – BRODY B., *Amazon Probed by U.S. Antitrust Officials Over Marketplace*, *Bloomberg*, 11 settembre 2019, disponibile a <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-09-11/amazon-antitrust-probe-ftc-investigators-interview-merchants?srnd=markets-vp>
- SPENCE M., *Passing off and the misappropriation of valuable intangibles*, in 112 *Law Quarterly Review* 472 (1996)
- SPENCER A.B., *Antitrust and the Information Age: Sec. 2 Monopolization Analyses in the New Economy*, in 114 *Harv. L. Rev.* 1623 (2001)
- SPOLIDORO M.S., *Concorrenza sleale, appropriazione del lavoro altrui e parassitismo*, in *Riv. dir. ind.*, 2018, I, pp. 5 ss.
- STEFANI F., *Concorrenza sleale per imitazione di prodotti altrui dotati di originalità*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, II, pp. 217 ss.
- STUCKE M. – EZRACHI A., *When Competition Fails to Optimise Quality: A Look at Search Engines*, in 18 *Yale Journal of Law and Technology* 70 (2016)
- SURBLITÈ G., *The Refusal to Disclose Trade Secrets as an Abuse of Market Dominance – Microsoft and Beyond*, Stämpfli Publishers, Berne, 2011, pp. 128-133
- TIKU N., *Yelp Claims Google Broke Promise to Antitrust Regulators*, *Wired*, 9 dicembre 2017, disponibile a <https://www.wired.com/story/yelp-claims-google-broke-promise-to-antitrust-regulators/>
- The Economist, *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*, 6 maggio 2017, disponibile a

- <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>
- The Economist, *A brief history – and future – of credit scores*, 6 luglio 2019, disponibile a <https://www.economist.com/international/2019/07/06/a-brief-history-and-future-of-credit-scores>
- TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 370
- TUCKER D.S. – WELLFORD H.D., *Big Mistakes Regarding Big Data, The Antitrust Source*, 2014, pp. 6-9 disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2549044
- UBERTAZZI L.C., *I principi della correttezza professionale: un tentativo di rilevazione empirica*, in *Riv. dir. ind.*, 1977, I, pp. 105 ss.
- ULLRICH H., *Anti Unfair Competition Law and Anti-trust Law: A Continental Conundrum?*, European University Institute Law Working Paper 1/2005, disponibile a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=837086
- ULLRICH H., *Technology Protection and Competition Policy for the Information Economy. From Property Rights for Competition to Competition Without Proper Rights?*, *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 19-12*, 2019 disponibile a https://www.ip.mpg.de/en/publications/details/technology-protection-and-competition-policy-for-the-information-economy-from-property-rights-for-competition-to-competition-without-proper-rights.html?pk_source=web&pk_campaign=nl&pk_kwd=01-20
- VAN BELL I. – BELLIS J.F., *Competition Law of the European Community*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2010, pp. 99-133 e 797-878
- VAN HORN R., *Reinventing Monopoly and the Role of Corporations. The Root of Chicago Law and Economics*, in P. MIROWSKI e D. PLEHEVE (a cura di), *The Road from Mont Pelèrin. The Making of the Neoliberal Thought Collective*, Harvard University Press, Cambridge (MA, USA) – London (UK), 2009, pp. 204-237
- VANZETTI A. – DI CATALDO V., *Manuale di diritto industriale*, Giuffrè, Milano, 2012

- VERLOREN VAN THEMAAT W. – REUDER B. (a cura di), *European Competition Law. A Case Commentary*, Edward Elgar, Cheltenham (UK) – Northampton (MA, USA), 2018, pp. 141-203
- VESTAGER M., *Strength in diversity*, *Chillin' Competition Conference*, 20 novembre 2018 disponibile a https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/strength-diversity_en
- WADLOW C., *Rudolf Callmann and the Misappropriation Doctrine in the Common Law of Unfair Competition*, in 15 *Intellectual Property Quarterly* 111 (2011)
- WADLOW C., *Passing-off at the crossroads again: A review article for Hazel Carty, An Analysis of the Economic Torts*, in 33 *European Intellectual Property Review* 453 (2011)
- WANG W., *Structural Remedies in EU Antitrust and Merger Control*, in 34 *World Competition* 585-587 (2011)
- WHITE A., *Google to Create Shopping Service Unit to Satisfy EU*, *Bloomberg*, 26 settembre 2017 disponibile a <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-09-26/google-said-to-split-off-shopping-service-to-meet-eu-demands>
- WILSON M., *A Wild Vision Of The Future Run By Amazon And Whole Foods. Drones. Shared refrigerators. Hydroponic garages. And never setting foot in a grocery store again*, *Fast Company*, 21 agosto 2017 disponibile a <https://www.fastcompany.com/90137320/a-wild-vision-of-a-future-run-by-amazon-and-whole-foods>
- WISMER S. – BONGARD C. – RASEK A., *Multi-Sided Markets Economics in Competition Law Enforcement*, in 8 *Journal of European Competition Law & Practice* 261 (2017)
- WISMER S. – RASEK A., *Market definition in multi-sided markets*, in OECD, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, 2018, pp. 55 ss.
- WU T., *Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement if Innovation Mattered Most*, in 78 *Antitrust Law Journal* 318 (2012)

- WU T., *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, Columbia Global Reports, New York, 2018
- YAROW J., *Google Admits It Scraped The Database Of A Kenyan Startup, Says It Was Huge Mistake*, *Business Insider*, 14 gennaio 2012 disponibile a <https://www.businessinsider.com/google-mocality-small-team-2012-1?IR=T>
- ZECH H. , *Data as a tradeable commodity*, in A. DE FRANCESCHI (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge (UK), 2016, pp. 51-79
- ZHU F., *Friends or foes? Examining platform owners' entry into complementors' space*, in 28 *Journal of Economics & Management Strategy* 23 (2019) disponibile a <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/jems.12303>
- ZHU F. – LIU Q., *Competing with Complementors: An Empirical Look at Amazon.com*, in 39 *Strategic Management Journal* 2618 (2018) disponibile a <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/smj.2932>
- ZUBOFF S., *The Age of Surveillance Capitalism: the Fight for the Future at the New Frontier of Power*, Profile Books, London, 2019

COMUNICAZIONI DELLA COMMISSIONE

- Comunicazione della Commissione del 9 dicembre 1997, *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, C-372/03
- Comunicazione della Commissione del 27 aprile 2004, *Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty*, C 101/07
- Comunicazione della Commissione del 24 febbraio 2009, *Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, C-45/02
- Comunicazione della Commissione europea del 19 maggio 2010, *Guidelines on Vertical Restraints*, 2010/C 130/01

Comunicazione della Commissione del 14 gennaio 2011, *Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements*, C-11/1

Comunicazione della Commissione del 6 maggio 2015, *A Digital Single Market Strategy for Europe*, COM(2015) 192 final

Comunicazione della Commissione del 24 aprile 2018, *L'intelligenza artificiale per l'Europa*, COM/2018/237 final

Comunicazione della Commissione del 19 febbraio 2020, *A European strategy for data*, COM(2020) 66 final