

RIVISTA DELLA

Regolazione dei mercati

Il mercato senza regolazione genera mostri



INDICE

Rivista della
Regolazione dei mercati
Fascicolo 1 | 2022

Rivista registrata presso
il Tribunale di Torino
aut. n. 31 del 25 ottobre 2013

Direttori

Laura Ammannati
Eugenio Bruti Liberati,
Filippo Donati
direttore responsabile
Margherita Ramajoli

Comitato direttivo

C. Buzzacchi, E. Chiti, M. Clarich,
U. Filotto, D. Gallo, F. Ghezzi,
B. Marchetti, M. Passalacqua,
C. Scarpa, C. Schepisi, B. Tonoletti

Comitato scientifico

A. Albanese, A. Alemanno, C. Barbati,
Luigi A. Bianchi, P. Biandrino, A. Boitani,
M. Cammelli, F. Cassella, S. Cassese,
R. Cavallo Perin, G. Della Cananea,
G. De Nova, D. de Pretis, E. Ferrari,
G.F. Ferrari, M. Libertini, M. Maresca,
G. Morbidelli, G. Napolitano, G. Olivieri,
M. Orlandi, A. Pericu, G. Pericu,
A. Police, G.M. Racca, M. Renna,
M.A. Sandulli, F. Scarpelli, F. Sclafani,
M. Sica, M. Thatcher, L. Torchia, A. Travi

Comitato di redazione

L. Belviso, A. Candido, V. Gioffré,
S. Lucattini, A. Marra (coordinatore)

Progetto grafico e impaginazione
mv comunicazione architetti associati

Editoriale

La strategia europea di decarbonizzazione e il nuovo modello di disciplina dei mercati alla prova dell'emergenza ucraina

di *Eugenio Bruti Liberati*

3

SAGGI

Il Green Deal e la governance europea dell'energia e del clima

di *Filippo Donati*

13

Attività regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni

di *Margherita Ramajoli*

25

L'investimento pubblico nel Dispositivo di ripresa e resilienza e lo Stato come agente macroeconomico dell'economia di mercato

di *Bruno Tonoletti*

37

Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo

di *Dario Simeoli*

47

Sanzioni amministrative di Consob e Banca d'Italia e loro sindacato giurisdizionale: alcune riflessioni alla luce del diritto sovranazionale e dell'indagine comparata

di *Andrea Magliari*

88

Co-investimento, Wholesale-only e "Rete unica": un'analisi dei nuovi modelli regolatori e di mercato nelle Telecomunicazioni

di *Antonio Manganeli*

127

I consumi degli utenti finali del servizio idrico tra regolazione tariffaria e scienze comportamentali

di *Gianluca Cavalieri*

178

Note sulle regolazioni delle transizioni "economiche"

di *Sandro Amorosino*

198

COMMENTI

La regolazione pubblica del Terzo settore tra Stato, mercato e formazioni sociali

di *Marcello Clarich*

210

Illegittima conformazione del potere regolatorio in materia tariffaria ed effetti dell'annullamento giurisdizionale

di *Simone Rodolfo Maserà*

218

La disciplina degli e-money tokens tra proposta di Regolamento MiCA e normativa sui servizi di pagamento. Problematiche regolatorie e possibili soluzioni

239

di Francesco Ciraolo

Sull'efficacia retroattiva delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia alla luce del caso Lexitor 266
di Diletta Aliotta

Le sentenze gemelle dell'Adunanza plenaria in tema di concessioni demaniali marittime: a proposito di un fatto di "brutta normazione giurisprudenziale" 292
di Alessandro Squazzoni

Facebook è un monopolio? Spunti di riflessione a partire dal caso FTC v. Facebook 338
di Anna Licastro

La responsabilizzazione degli operatori digitali a contrasto del value gap: la direttiva copyright e le scelte dell'Italia 366
di Maria Giusti

RECENSIONI

L. Floridi, Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide, Raffaello Cortina Editore, 2022, p. 384 400
di Laura Ammannati

PAPER

Il «Fit for 55» unpacked: un'analisi multi-disciplinare degli strumenti e degli obiettivi delle proposte settoriali per la decarbonizzazione dell'economia europea 409
di Gianluca Cavalieri, Benedetta Celati, Simone Franca, Marta Gandiglio, Anna Rita Germani, Andrea Giorgi, Gianluca Scarano



COMMENTI

Facebook è un monopolio? Spunti di riflessione a partire dal caso FTC v. Facebook

Is Facebook a monopoly? Some reflections on the antitrust case FTC v. Facebook

di Anna Licastro *

ABSTRACT

Il presente lavoro ricostruisce la complessa trama giudiziaria del contenzioso antitrust che vede coinvolte l'ecosistema digitale Facebook e la *Federal Trade Commission* (FTC), l'esito del quale, per ora, non è affatto scontato. I profili di maggior rilievo nella vicenda in esame dimostrano come il rapporto fra diritto antitrust ed economia digitale non possa basarsi su dimensioni concorrenziali tradizionali. Tale assunto si evince dalla difficoltà con cui si è tentato di definire il mercato rilevante dei *social networks*, di valutare l'illiceità delle acquisizioni di Instagram e WhatsApp nonché di accertare le condizioni contrattuali che hanno impedito agli sviluppatori terzi di servirsi delle APIs di Facebook. Alla luce di tali considerazioni, il contributo sostiene l'idea che l'integrazione fra diritto antitrust e *privacy* non sia più rinviabile e che quest'ultima possa essere concepita come dimensione concorrenziale sostitutiva del prezzo.

This paper reconstructs the complicated legal case based on the antitrust dispute between Facebook and the Federal Trade Commission (FTC) the outcome of which, at present, is by no means a foregone conclusion. The highly controversial issues of this legal case reveals how the relationship between the antitrust law and digital economy can no longer be based on the traditional competitive dimensions. On the one hand, this assumption is inferred from the effort of the Court to reflect upon the definition of the relevant market for personal social networking services, on the other hand in the assessment of the acquisitions of Instagram and WhatsApp as well as the contractual clauses which have prevented third-party apps from accessing Facebook APIs. In the light of these considerations, this contribution supports the view that the integration between antitrust law and privacy is no longer deferrable and that the latter can be conceived as a proxy-based competitive dimension, thus replacing the price.

ESTRATTO: UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA FEDERAL TRADE COMMISSION V. FACEBOOK, INC., CIVIL ACTION NO. 20-3590 (JEB), 06/28/2021.

«[...] In this unusual context, the FTC's inability to offer any indication of the metric(s) or method(s) it used to calculate Facebook's market share renders its vague "60%-plus" assertion too speculative and conclusory to go forward. Because this defect could conceivably be overcome by re-pleading, however, the Court will dismiss only the Complaint, not the case, and will do so without prejudice to allow Plaintiff to file an amended Complaint.

* Dottoranda in Business, Institutions, Markets, Università degli Studi «Gabriele d'Annunzio» di Chieti-Pescara.

To guide the parties in the event amendment occurs, this Opinion also explains two further conclusions of law. First, even if the FTC had sufficiently pleaded market power, its challenge to Facebook's policy of refusing interoperability permissions with competing apps fails to state a claim for injunctive relief. As explained herein (and in the Court's separate Opinion in the States' case), there is nothing unlawful about having such a policy in general. While it is possible that Facebook's implementation of that policy as to certain specific competitor apps may have violated Section 2, such finding would not change the outcome here: all such revocations of access occurred in 2013, seven years before this suit was filed, and the FTC lacks statutory authority to seek an injunction "based on [such] long-past conduct." *FTC v. Shire ViroPharma, Inc.*, 917 F.3d 147, 156 (3d Cir. 2019). Regardless of whether the FTC can amend its Complaint to plausibly allege market power and advance this litigation, then, the conduct it has alleged regarding Facebook's interoperability policies cannot form the basis for Section 2 liability.»

MASSIMA:

«The FTC has failed to plead enough facts to plausibly establish a necessary element of all of its Section 2 claims – namely, that Facebook has monopoly power in the market for Personal Social Networking (PSN) Services. The Complaint contains nothing on that score save the naked allegation that the company has had and still has a "dominant share of th[at] market (in excess of 60%)". Such an unsupported assertion might (barely) suffice in a Section 2 case involving a more traditional goods market, in which the Court could reasonably infer that market share was measured by revenue, units sold, or some other typical metric. But this case involves no ordinary or intuitive market.»

***ESTRATTO: UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT
OF COLUMBIA FEDERAL TRADE COMMISSION V. FACEBOOK, INC.,
CIVIL ACTION NO. 20-3590 (JEB), 01/11/2022***

"Although the agency may well face a tall task down the road in proving its allegations, the Court believes that it has now cleared the pleading bar and may proceed to discovery. That holding flows from several conclusions. First, the FTC has now alleged enough facts to plausibly establish that Facebook exercises monopoly power in the market for PSN services. Second, it has adequately alleged that the company's dominant market share is protected by barriers to entry into that market. Third, the agency has also explained that Facebook not only possesses monopoly power, but that it has willfully maintained that power through anticompetitive conduct – specifically, the acquisitions of Instagram and WhatsApp. The Court will not, however, allow the allegations surrounding Facebook's interoperability policies (also known as the Platform policies) to move forward; they founder for the same fundamental reasons as explained before: Facebook abandoned the policies in 2018, and its last alleged enforcement was even further in the past."

Last, the company lets fly a new arrow this time around, urging dismissal on the independent basis that the FTC's vote authorizing the Amended Complaint was invalid because Chair Lina Khan's alleged prejudgment of Facebook's antitrust liability required her recusal. The Court believes that such contention misses its target, as Khan was acting in a prosecutorial capacity, as opposed to in a judicial role, in connection with the vote.

Ultimately, whether the FTC will be able to prove its case and prevail at summary judgment and trial is anyone's guess. The Court declines to engage in such speculation and simply concludes that at this motion-to-dismiss stage, where the FTC's allegations are treated as true, the agency has stated a plausible claim for relief under Section 2 of the Sherman Act. The Court, consequently, will deny Facebook's Motion.»

MASSIMA:

«Considering these new allegations and granting Plaintiff "the benefit of all inferences that can be derived from the facts alleged," *Sparrow*, 216 F.3d at 1113 (internal citation omitted), means that the Amended Complaint "contain[s] sufficient factual matter, accepted as true, to 'state a claim to relief that is plausible on its face.'" *Iqbal*, 556 U.S. at 678 (quoting *Twombly*, 550 U.S. at 570). In stark contrast with its predecessor, this Complaint provides reinforcing, specific allegations that all point toward the same conclusion: Facebook has maintained a dominant market share during the relevant time period. Accepting the market definition (which Defendant does) and the truth of Plaintiff's market-share allegations (which the Court must at this stage), Facebook's market share comfortably exceeds the levels that courts ordinarily find sufficient to establish monopoly power. See, e.g., *AbbVie Inc.*, 976 F.3d at 373 (above 60% market share sufficient); *Eastman Kodak Co.*, 125 F.3d at 1206 ("Courts generally require a 65% market share to establish a prima facie case of market power.")»

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La ricostruzione di una vicenda giudiziaria dalla trama complessa. – 3. La posizione di monopolio e l’annosa questione della definizione del mercato rivelante dei *Personal Social Networking Services (PSN services)*. – 4. Le condotte anticompetitive di Facebook. – 4.1 Le *killer acquisitions*: «*it is better to buy than compete*». – 4.2. Il diniego di accesso alle APIs come pregiudizio della pressione competitiva. – 5. Note conclusive e possibili scenari futuri.

«*No one is above the law,
no matter how rich or powerful*»

David Cicilline,
Chairman of the House Judiciary Subcommittee
on Antitrust, Commercial and
Administrative Law.

1. Introduzione

Il caso giudiziario che vede coinvolte l’*authority* antitrust americana della *Federal Trade Commission* (in seguito, FTC) e l’ecosistema digitale Facebook costituisce oggi l’esempio paradigmatico di una lotta combattuta senza esclusione di colpi fra le grandi piattaforme digitali e le autorità della concorrenza. Intente, queste ultime, insieme ai Legislatori dei Parlamenti nazionali, a trovare gli strumenti normativi più efficaci ed idonei ad «imbrigliare» l’*intermediation power*: la nuova tipologia di potere economico con cui i cinque Leviatani del web stanno attuando la monopolizzazione del mercato digitale.

La strategia commerciale delle *big tech* è talmente fluida da sapersi adattare alla perfezione all’incessante progresso delle nuove tecnologie per poterle sfruttare a proprio vantaggio ed eludere i vincoli regolatori¹. Sono le medesime peculiarità che animano l’economia di piattaforma, primo fra tutti il controllo sull’accesso ai dati e la capacità di *leveraging*, che ne rendono assai complessa la regolazione su scala mondiale.

Nel contesto americano, sono due le date da tenere a mente nell’ articolata vicenda giudiziaria che vede confrontarsi da un lato Mark Zuckerberg, CEO di Facebook e dall’altro Lina Khan, Presidente della FTC. In primo luogo, il 28 giugno 2021, giorno in cui il giudice Boasberg, respingeva con queste laconiche parole l’eccezione sollevata dalla Commissione ricorrente in tema di monopolio: «*The FTC has failed to plead enough facts to plausibly establish a necessary element of all of its Section 2 claims – namely, that Facebook has monopoly power in the market for Personal Social Networking (PSN) Services*». In secondo luogo, il 1 novembre 2021, quando chiamato a pronunciarsi sulla richiesta di rigetto del ricorso emendato dalla ricorrente esordiva con sorpresa «*Second time lucky?*», lasciando così presumere che questa volta le prove offerte dalla FTC a sostegno della sua tesi fossero in grado di avvalorare l’esistenza di un monopolio in mano all’ecosistema digitale riaprendo, di fatto, una partita che la piattaforma online riteneva già vinta.

¹ Sul punto cfr. L. AMMANNATI, *I predatori del mercato e i tentativi di cattura*, L. AMMANNATI-A. CANEPA (a cura di), in *Tech Law. Il diritto di fronte alle nuove tecnologie*, Editoriale Scientifica, Roma, 2021, p.14.

2. La ricostruzione di una vicenda giudiziaria dalla trama complessa

Questo primo accenno agli snodi di maggior rilievo del contenzioso in esame, dimostra come questa vicenda, ricca di colpi di scena, sia destinata nel suo esito finale ad assumere valore emblematico per la disciplina della concorrenza. Se dovesse riconoscersi una posizione di monopolio ciò costituirebbe il «*nec plus ultra*» delle condotte anticompetitive messe in atto dal *social network* nei mercati *data-driven*. Tuttavia, se ciò non avvenisse le autorità della concorrenza e le istituzioni parlamentari statunitensi sarebbero costrette ad ammettere definitivamente l'inadeguatezza dell'attuale impianto regolatorio dinanzi ad un modello di business che appare ingovernabile².

Fatta tale precisazione, occorre porre mano al contenzioso oltremodo ramificato, ricostruendone la storia processuale.

La vicenda ha origine fra la fine del 2020 ed i primi mesi del 2021 allorché venivano promosse presso la Corte distrettuale degli Stati Uniti per il Distretto di Columbia due distinte azioni giudiziarie. Una incardinata sul ricorso presentato dalla coalizione di 48 Stati federali guidati dall'*Attorney General* Letitia James e l'altra sul ricorso presentato dalla FTC con le quali si accusava Facebook di aver acquisito una posizione di monopolio nel mercato dei *social network* in violazione della Sezione 2 dello *Sherman Act*³. Le denunce sostenevano che il presunto intento monopolistico fosse stato attuato mediante l'acquisizione di Instagram e WhatsApp e l'imposizione di una serie di restrizioni contrattuali con le quali si revocava agli sviluppatori delle *apps* l'accesso alle interfacce di programmazione di proprietà della società di Menlo Park al solo scopo di limitare l'interoperabilità fra la piattaforma *social* e le applicazioni che se ne avvalevano.

Avendo avuto tali condotte l'effetto di eliminare i potenziali acquirenti ed alterare sensibilmente la concorrenza, gli Stati federali e la FTC ritenevano che l'unico rimedio efficace per ristabilire un corretto equilibrio concorrenziale fosse la cessione di Instagram e WhatsApp oltre che, impedire, per ordine dell'Autorità giudiziaria, al *social network* pratiche illecite come accaduto in precedenza con l'imposizione di condizioni contrattuali anticompetitive⁴. Dal canto suo, la piattaforma *social* respingeva ogni addebito circa l'accusa di monopolio che le veniva mossa dai ricorrenti.

James Boasberg, giudice della Corte distrettuale di Washington D.C., pur avendo rilevato di non condividere in pieno le affermazioni dell'azienda ameri-

² Per un approfondimento circa il possibile uso dell'abuso di dipendenza economica come strumento normativo in grado di arginare il potere delle grandi piattaforme, alternativo all'abuso di posizione dominante si veda: A. LICASTRO, *La riscoperta dell'abuso di dipendenza economica nell'era dei mercati digitali*, in *Federalismi*, n.13, 4 maggio 2022, disponibile in <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=47136>, p.118 ss.

³ A tal riguardo si precisa che il ricorso proposto dalla FTC riteneva fossero state violate la Sezione 2 dello *Sherman Act* nonché la Sezione 5(a) dello *FTC Act*. Il ricorso proposto dagli Stati Federali, invece, sosteneva che il raggiungimento della posizione di monopolio avesse violato la Sezione 2 dello *Sherman Act* ed al contempo la Sezione 7 del *Clayton Act* che proibiva le concentrazioni in grado di favorire il raggiungimento di una posizione di monopolio.

⁴ In tal caso, la FTC invocava lo scorporo di Instagram e WhatsApp da Facebook e l'emissione del provvedimento ingiuntivo impeditivo di condotte anticoncorrenziali in virtù della Sezione 13(b) *FTC Act*, mentre gli Stati Generali invocavano la medesima soluzione ai sensi della Sezione 16 del *Clayton Act*.

cana, respingeva nel primo pronunciamento del 28 giugno 2021 tanto le accuse di monopolio promosse dai procuratori generali dello Stato di Washington quanto quelle dell'agenzia governativa.

Si precisa che l'azione legale promossa dagli Stati Federali veniva respinta in via pregiudiziale per prescrizione. La Corte distrettuale rilevava che la Sezione 7 del *Clayton Act* in tema di illiceità delle acquisizioni e la conseguente richiesta di provvedimento ingiuntivo al fine di ottenere la cessione delle due attività, invocata in applicazione della Sezione 13(b) *FTC Act*, non potessero essere invocate nella vicenda in esame proprio ai sensi di quanto previsto dalla Sezione 16 del *Clayton Act*. Difatti, per costante interpretazione della giurisprudenza americana, entrambe richiedono di agire entro quattro anni dall'intervenuta concentrazione. Orbene, è chiaro che, nel caso di specie, il termine si sia prescritto. Difatti, le acquisizioni di Instagram e WhatsApp si sono concluse rispettivamente nel 2012 e nel 2014, mentre il ricorso degli Stati Federali è stato presentato solo nel 2020 ossia ben oltre il limite dei quattro anni. A nulla è valsa l'eccezione sollevata dai procuratori federali secondo cui trattandosi di azione pubblica, esperita dagli Stati in qualità di *parens patriae* a tutela dell'interesse pubblico, non sarebbe soggetta ad alcun termine di prescrizione. Difatti, il giudice Boasberg l'ha ritenuta infondata perché sarebbe dirimente il principio di diritto affermato dalla Corte federale nel celeberrimo caso *State of New York v. Microsoft* secondo cui nell'applicazione del diritto antitrust, non è possibile fare un distinguo fra legittimazione ad agire privata e legittimazione ad agire pubblica. Nell'eventualità in cui i procuratori di Stato presentino una richiesta di provvedimento ingiuntivo, la giurisprudenza americana ritiene che essi agiscono come soggetti privati ed in quanto tali sono obbligati a rispettare le condizioni dell'azione fissate dal Congresso USA. Se così non fosse, conclude il Giudice, con laconica affermazione, si renderebbe lo Stato immune alla Legge.

Scendendo poi nel merito della vicenda, risulta di fondamentale importanza per i riflessi che il caso potrebbe avere sul rapporto fra diritto antitrust ed economia digitale, la motivazione alla base del rigetto del ricorso. Secondo la Corte distrettuale, l'*authority* antitrust non avrebbe fornito prove adeguate circa l'esistenza della posizione di monopolio. Si sarebbe esclusivamente limitata ad asserire che Facebook detiene una quota dominante superiore al 60% nel mercato dei *Personal Social Networking* (in seguito, PSN) senza però dimostrare né quali metriche o metodi sarebbero stati usati per misurare tale percentuale né come quest'ultima potrebbe costituire un indice ragionevole di conclamata esistenza del monopolio⁵.

Il nocciolo della decisione riguarderebbe il mancato assolvimento dell'onere probatorio da parte della FTC che non avrebbe, dunque, dimostrato le proprie affermazioni; rimaste, così, su un piano meramente congetturale. Malgrado ciò, la Corte statunitense le ha concesso ugualmente di emendare il ricorso iniziale. Il giudice Boasberg pare, quindi, ben consapevole delle difficoltà che i regolatori affrontano quando si trovano a dover interpretare con le lenti del diritto della concorrenza attuale le strategie di business degli ecosistemi digitali.

Difatti, nel respingere l'accusa, Boasberg ha ammesso che – diversamente da quanto avviene per i beni di consumo, come il tabacco o gli articoli di can-

⁵ Nel diritto antitrust americano per monopolio si intende, in termini economici, l'intenzione dell'*incumbent* di controllare i prezzi ed aumentarli proficuamente; precludendo, inoltre, ai concorrenti l'accesso al mercato di riferimento.

celleria ad esempio – la dottrina e la giurisprudenza fanno fatica a trovare una definizione concorde ed unanime di servizio *PSN*; da qui la volontà di concedere un termine ulteriore per tentare di dimostrare l'intento monopolistico.

Così, il 19 agosto 2021, la Commissione Federale per il Commercio statunitense ha presentato presso la medesima Corte Distrettuale una nuova denuncia contro Facebook in cui, ripercorrendo lo stesso impianto accusatorio, adduceva, a sostegno della propria tesi, nuove informazioni ed ulteriori prove. Innanzitutto, l'autorità ha chiarito che l'ecosistema digitale ha adottato pratiche predatorie nel momento in cui ha percepito che la diffusione dell'*Internet mobile* avrebbe messo in pericolo il *core business* della società. Di conseguenza, ha cercato di dimostrare come le acquisizioni rappresentassero per Facebook, un espediente utile a mantenere e rafforzare la sua posizione dominante e stroncare sul nascere la potenziale minaccia di altri concorrenti. Per tale ragione, sono stati presentati numerosi esempi di concentrazioni concluse dalla società. Lo scopo delle operazioni era per tutte il medesimo: acquisire qualunque *start-up* emergente che fosse in grado di insidiare la posizione di monopolio dell'ecosistema.

Tuttavia, le acquisizioni non rappresentavano l'unico modo che la piattaforma *social* avesse per eliminare alla radice ogni minaccia concorrenziale. L'agenzia governativa ha sostenuto che anche il cambiamento delle *policies* in tema di accesso alle interfacce di programmazione servisse al medesimo scopo. Inizialmente, infatti, l'accesso venne concesso a tutti e poi limitato solo a quegli sviluppatori delle *apps* che si sarebbero conformati alle specifiche restrizioni contrattuali predisposte in modo unilaterale dalla società.

La FTC, inoltre, per avvalorare la fondatezza delle proprie tesi circa l'esistenza del monopolio ha specificato quali fossero le metriche in base alle quali stabilire la posizione di dominanza, citando a supporto della propria tesi accusatoria, quanto già sostenuto da altre autorità antitrust come la *Competition and Markets Authority* (CMA), il *Bundeskartellamt* (BKartA) e l'*Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC).

Meritevole, poi, di attenzione nel nuovo ricorso è il tentativo dell'agenzia governativa di dimostrare che il monopolio nei mercati digitali sarebbe stato raggiunto abusando, in modo efferato, dei dati degli utenti. Si introduce, così, un tema quasi «rivoluzionario» per il diritto antitrust statunitense, almeno in tema di valutazione dei *mergers*: il rispetto della *privacy* come parametro qualitativo della concorrenza.

Alla luce delle nuove contestazioni Zuckerberg ha sostenuto, ancora una volta, l'inesistenza delle prove dedotte in giudizio dalla Commissione spingendosi ad affermare che le acquisizioni di Instagram e WhatsApp avrebbero addirittura un effetto procompetitivo, come confermerebbe la loro approvazione da parte della FCT al momento della loro conclusione avvenuta pochi anni prima.

Del pari, respingeva *in toto* che potesse esistere qualche legame fra la tutela della *privacy* ed il *monopoly power* ed anzi rincarava la dose, chiedendo la riconsiderazione di Lina Khan perché le sue posizioni contro l'economia di piattaforma avevano intaccato l'imparzialità e la neutralità richieste dal ruolo di Presidente dell'*authority* antitrust americana.

Nel secondo pronunciamento, il giudice James Boasberg ha cambiato completamente orientamento sulla questione. Difatti, al contrario della prima pronuncia, riteneva fondate le accuse di monopolio. Secondo la Corte federale sarebbero state fornite prove più rigorose ed i fatti allegati avrebbero dimostrato il rafforzamento della posizione dominante dell'ecosistema mediante l'ac-

quisizione di Instagram e WhatsApp. Seppur le considerazioni sul diniego di accesso alle interfacce di programmazione (c.d. APIs di cui si parlerà in seguito), potrebbe dimostrare un tentativo di monopolizzazione del mercato, la Corte è stata costretta a rilevare come ciò non può dar luogo alla soluzione drastica chiesta dall'autorità antitrust americana, e cioè la cessione delle due applicazioni. Ai sensi della Sezione 13 (b) *FTC Act*, lo scorporo delle attività può essere ordinato solo se il comportamento è in atto, mentre sarebbe pacifico che i fatti in contestazione si sarebbero verificati a ben sette anni di distanza da quando la causa è stata intentata. Non a caso la norma usa due espressioni «*is violating*» e «*is about to violate*» dimostrando che può trovare applicazione solo se la condotta è in corso all'atto dell'ingiunzione.

Infine, con riguardo alla richiesta di riconsiderazione di Lina Khan, la Corte Federale la respingeva perché evidenziava giustamente che le precedenti posizioni della Presidente della FTC espresse nei suoi lavori di studiosa in tema di monopoli digitali non le impedivano di certo di cambiare idea sulla questione, se le indagini avessero provato il contrario. Dunque, sostenere l'esistenza di un qualche conflitto di interesse sarebbe stato immotivato e, a maggior ragione, pretestuoso.

Questo breve contributo si occuperà di risolvere alcune questioni alquanto spinose perché da esse emerge in maniera esemplificativa come le categorie giuridiche del diritto antitrust che portarono nel 2001 alla condanna per monopolio di Microsoft nel settore dei sistemi operativi per *personal computer*, si rilevarebbero ormai superate ed inadatte a comprendere effettivamente le strategie commerciali dei signori del digitale nonché del tutto incapaci di fronteggiarle. In particolare, si tenterà di esaminare se esista o meno un mercato rilevante delle piattaforme di *social media*, se sia possibile accertarne il potere monopolistico ed infine se le c.d. *killer acquisitions* e le condotte anticompetitive come quelle limitative dell'interoperabilità delle interfacce di programmazione, possano provare l'esistenza di una posizione di monopolio digitale.

3. La posizione di monopolio e l'annosa questione della definizione del mercato rivelante dei *Personal Social Networking Services (PSN services)*

Una questione cardine di entrambe le pronunce concerne l'accertamento della posizione di monopolio di Facebook nel mercato dei *social networks*.

Per compiere questo tipo di valutazione, la Corte Federale ha dovuto innanzitutto far appello alla Sezione 2 dello *Sherman Act* che, a detta della Commissione ricorrente, sarebbe stata violata dall'ecosistema digitale. La norma, come ben evidenziato da Herbert Hovenkamp, uno dei più noti studiosi di questi temi, è ampia abbastanza da ricomprendere non solo la condanna circa l'effettivo conseguimento di una posizione di monopolio, ma anche il mero tentativo di acquisire un potere economico tale da consentire all'impresa di controllare ed influenzare pesantemente un determinato settore del mercato nonché da escludere da quest'ultimo i concorrenti⁶.

⁶ A tal riguardo, la *Section 2* dello *Sherman Act* distingue fra «*monopolize*» e «*attempt to monopolize*». Le caratteristiche della prima categoria giuridica vengono enucleate nel corso del presente lavoro, mentre per quanto riguarda la seconda si tenga conto sin d'ora di come il suo

Nel caso in esame, non è stato contestato il mero *attempt to monopolize*, ma l'esistenza della *monopolization offence*. L'accertamento di quest'ultima, infatti, richiede di esaminare due elementi imprescindibili. Da un lato, la detenzione da parte dell'impresa di un potere monopolistico nel mercato rilevante e dall'altro l'acquisto intenzionale o la strenua difesa di tale potere. In effetti, ad assumere rilievo è la prova che il monopolio sia stato raggiunto non grazie alla crescita economica imputabile alla produzione di beni superiori per qualità rispetto a quelli offerti dai concorrenti, all'intuito imprenditoriale o anche al puro caso, bensì grazie all'adozione di condotte anticoncorrenziali di tipo escludente⁷. Un elemento quest'ultimo da non sottovalutare. Il diritto antitrust americano non ha mai considerato il raggiungimento del monopolio una condizione illecita di per sé, ma ha subordinato la sua condanna alla dimostrazione dell'adozione da parte dell'*incumbent* di comportamenti che abbiano la finalità precipua di eliminare o ridurre la capacità competitiva dei concorrenti ed escluderli in modo abusivo dal mercato⁸. Contrariamente a quanto si suole ritenere, la ragione di tale scelta non affonda le proprie radici negli insegnamenti della *Chicago School*, ma nella tradizione antimonopolistica avviata fra il XIX e XX secolo quando gli Stati Uniti reagirono all'ascesa dei monopoli con la promulgazione dello *Sherman Act*. Difatti, la prima legge della storia del diritto antitrust non considerava in ogni caso illecita la posizione di monopolio, bensì la reputava tale ogniqualvolta la concentrazione di potere economico fosse stata raggiunta non in base ai meriti ossia con maggiore efficienza, qualità o basso profitto rispetto ai rivali, ma usando il potere guadagnato per falsare la concorrenza e conseguire un vantaggio competitivo illegale sui concorrenti. Se ne ha una chiara esemplificazione non solo nelle idee che animavano i senatori che parteciparono alla redazione dello *Sherman Act* secondo i quali competenze e capacità superiori dell'imprenditore non lo trasformavano automaticamente in un monopolista, ma anche nella giurisprudenza americana successiva, come si può riscontrare nel celebre caso *Unites States v. Aluminium Co. of America*⁹. Il giudice Hand che condannò per monopolio la società Alcoa, *leader* su

accertamento richiede di dimostrare: a) la condotta anticompetitiva; b) uno specifico intento monopolistico inteso come volontà da parte dell'impresa di annullare la concorrenza raggiungendo il monopolio in dato settore del mercato di riferimento; nonché c) la probabilità pregiudizievole di raggiungere il monopolio. Sul punto cfr. U.S. DEP'T OF JUSTICE, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm, 2008, p. 1, (ultimo accesso: 22 febbraio 2022); H. HOVENKAMP, *Monopolizing and the Sherman Act*, in *U. of Penn. Inst for Law & Econ Research Paper No. 22-02*, available at <https://ssrn.com/abstract=3963245>, January 2022, pp. 2-3; inoltre, J. KEYTE, *Why the Atlantic divide on monopoly/ dominance law and enforcement is so difficult to bridge*, in *Antitrust* 33, no. 1, 2018, available at <https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2018/12/fall18-keyte.pdf>, pp. 113-115.

⁷ Cfr. *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F. 3d 34, 58 (D.C. Cir. 2001) in cui la Corte Federale enuncia il seguente principio di diritto: «*As discussed above, having a monopoly does not by itself violate § 2. A firm violates § 2 only when it acquires or maintains, or attempts to acquire or maintain, a monopoly by engaging in exclusionary conduct "as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident"*»; in senso conforme *Unites States v. Grinnel Corp.*, 384 U.S. 563, 570-71 (1966).

⁸ H. HOVENKAMP, *Antitrust And Platform Monopoly*, in *Yale L.J.*, Vol. 130, available at <https://Ssrn.Com/Abstract=3639142>, 2021, p.1958; In tal senso si veda, G. D'IPPOLITO, *L'abuso di posizione dominante*, in A. CATRICALÀ-G. CASSANO-CLARIZIA R. (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Utet, Torino, 2018, pp.-558-560; inoltre J. BARNETT, *Going Back to Antitrust Basics*, in *Truth on the Market*, available at <https://truthonthemarket.com/2021/07/01/going-back-to-antitrust-basics/>, July 1, 2021, p. 1.

⁹ S. VAHEESAN, *The morality of monopolization law*, in *Wm. & Mary L. Rev.*, (forthcoming),

scala mondiale nella produzione di alluminio, riconobbe che l'intento monopolistico non deve essere sempre sanzionato in quanto era necessario tener conto che l'impresa poteva dimostrare di aver raggiunto tale posizione grazie ad una condotta «onestamente industriale», ascrivibile alla sua lungimiranza e alla sua maggiore abilità negli affari rispetto ai *competitors*¹⁰.

Una maggiore tolleranza nei confronti della concentrazione del potere economico, anche se in grado di mettere in pericolo la libertà economica, la tutela del libero scambio e la democrazia dello Stato, va attribuita in gran parte alle nuove teorie economiche della Scuola di Chicago diffuse a partire dagli anni '70 grazie all'opera dei due massimi rappresentanti del movimento Aaron Director e Robert Bork. Rispetto alle considerazioni che ispirarono la cosiddetta età dell'oro in cui venne approvato lo *Sherman Act*, il cambio di prospettiva è radicale. L'idea di «spezzare» i monopoli per la salvaguardia della concorrenza effettiva viene completamente sostituita dall'esigenza di favorire, mediante acquisizioni e fusioni, la loro costituzione. In tal modo, infatti, si spingerebbero fuori dal mercato tutti quei concorrenti che praticano prezzi più elevati, massimizzando così il *consumer welfare*¹¹. Consentire la crescita dimensionale delle società sarebbe auspicabile perché porterebbe benefici ai consumatori in termini di riduzione dei prezzi¹². Ne deriva che per tale corrente di pensiero assume rilevanza unicamente il livello dei prezzi e la legge si dovrebbe occupare esclusivamente di valutare «(...) *whether prices for consumers might go up or down. Any other consideration was completely illegitimate. Only prices mattered*¹³».

Ed è questo il punto debole sul quale hanno fatto leva le *big tech companies* per penetrare le difese dell'*enforcement* antitrust statunitense. In un sistema in cui il prezzo è l'unico fattore da tenere in considerazione per verificare l'efficienza del mercato e tutelare il *consumer welfare standard*, gli ecosistemi digitali, propugnatori dell'offerta dei prodotti e servizi a costo zero, sono riusciti a superare facilmente il vaglio delle *authorities* della concorrenza che non hanno inizialmente percepito come una minaccia la proposta di prodotti e

available at <https://ssrn.com/abstract=39291592022>, p. 11; L. KHAN, *The ideological roots of America's market power problem*, in *Yale L.J. Forum*, No. 4, 2018, p. 966; su tale aspetto si veda T. Wu, *The curse of bigness*, Atlantic Books, London, 2020, pp. 63-65, il quale riporta le considerazioni del giudice Louis Brandeis secondo il quale i danni prodotti da un monopolio sul mercato sono di gran lunga maggiori dei danni che provocherebbe solo la mera grandezza di talune imprese. Tuttavia, anche una grande impresa può garantire efficienza nel mercato al pari di una situazione di monopolio purché quest'ultima rimanga «(...) *within the limits of efficiency*». La crescita economica, dunque, richiede il rispetto delle giuste condizioni, come il diritto alla vita – sostiene Brandeis – viene garantito dalla Costituzione non come mero diritto ad esistere, ma come diritto che, in date condizioni, consente all'uomo di svolgere la propria esistenza ed esprimere le facoltà che sono correlate ad essa.

¹⁰ *Unites States v. Aluminium Co. of America*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945), si riporta, citando testualmente, il ragionamento della Corte Federale: "A single producer may be the survivor out of a group of active competitors, merely by virtue of his superior skill, foresight and industry. In such cases a strong argument can be made that, although, the result may expose the public to the evils of monopoly, the Act does not mean to condemn the resultant of those very forces which it is its prime object to foster *finis opus coronat*. The successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins».

¹¹ Si consideri che per tali studiosi la tutela del *consumer welfare* costituisce l'unico scopo del diritto antitrust, sul punto cfr. L.P. SAWYER, *US Antitrust Law and Policy in Historical Perspective*, in *Oxford Research Encyclopedia of American History*, Working Paper n. 110, 2019, pp. 2-7.

¹² F. LEONE, *Per un ruolo politico dell'Antitrust. The Curse of Bigness. Antitrust in the New Gilded Age di Tim Wu*, in <https://www.eticaeconomia.it/per-un-ruolo-politico-dellantitrust-the-curse-of-bigness-antitrust-in-the-new-gilded-age-di-tim-wu/>, n.109, 2019, p. 2.

¹³ T. Wu, *The curse of bigness*, cit., p. 113.

servizi, in apparenza, gratuiti¹⁴. Non vi era alcun motivo per le Corti Federali ed i regolatori americani di verificare l'esistenza di una monopolizzazione del mercato digitale che, anzi era bene favorire, perché offrendo servizi e prodotti «*free of charge*» si avvantaggiavano i consumatori ed, inoltre, si consentiva la salvaguardia del processo competitivo¹⁵.

In considerazione dei prerequisiti che la Sezione 2 dello *Sherman Act* richiede ai fini dell'accertamento della *monopolization offence*, la Corte Distrettuale ha ritenuto che la FTC non avrebbe dimostrato l'esistenza del potere monopolistico nel mercato dei *Personal Social Networking (PSN) Services*. Come insegna il caso *Microsoft*, il *monopoly power* inteso come il potere di controllare i prezzi o escludere la concorrenza può essere provato in via diretta, fornendo cioè la dimostrazione in giudizio che l'impresa è in grado di aumentare i prezzi al di sopra del livello competitivo ed in contemporanea ridurre la produzione nonché la qualità di beni e servizi. In via indiretta, invece, andando ad inferirne l'esistenza dalle quote di mercato in percentuale pari almeno al 60%¹⁶.

La FTC, nel ricorso emendato, afferma di aver provato direttamente il potere monopolistico dell'ecosistema, avvalendosi di parametri diversi da quelli fondamentali del diritto della concorrenza, quali il volume o il prezzo¹⁷. Nel caso in esame, ha tenuto conto della qualità dell'esperienza degli utenti sul *social network* per dedurre da una diminuzione della stessa, l'esercizio del *monopoly power*¹⁸. Sono state, dunque, descritte nel secondo ricorso, una serie di vicende in cui la degradazione della *privacy*, fattore qualitativo per definizione, non ha comportato la diminuzione del potere di mercato della società di Menlo Park, bensì l'aumento di quest'ultimo¹⁹.

A detta dell'agenzia, il caso *Cambridge Analytica* ne costituisce un'esemplificazione. Nel 2018, quando l'informatore Chris Wylie rivelò che, grazie alla collaborazione fra l'omonima società, l'applicazione «*thisisyourdigitallife*» e la piattaforma di Zuckerberg, erano state raccolte informazioni condivise sul so-

¹⁴ M.E. STUCKE-A. EZRACHI, *Competition Overdose*, HarperCollins, New York, 2021, pp. 216-218; in tal senso si veda anche T. WU, *The curse of bigness*, cit., p. 135.

¹⁵ L. KHAN, *The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate*, in *J. Eur. Compet. Law Pract.*, Vol. 9, No. 3, 2018, p.132; B.C. LYNN, *America's Monopolies are Holding Back the Economy*, in *The Atlantic*, in <https://www.theatlantic.com/business/archive/2017/02/anti-monopoly-big-business/514358/>, February 22, 2017, p. 4, (ultimo accesso: 20 febbraio 2022).

¹⁶ Sul concetto di *monopoly power* si tenga presente che la giurisprudenza americana ha affermato più volte che tale potere viene esercitato in modo illecito nel momento in cui si impongono ai consumatori prezzi alti, si riduce la produzione, nonché la qualità dei beni o dei servizi. Cfr. U.S. DEP'T OF JUSTICE, *op. cit.*, p.4; *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377 (1956), par. 391; cfr. H. HOVENKAMP, *The Sherman Act and the Abuse of Dominance in the Age of Networks*, in *Promarket*, in <https://promarket.org/2021/12/20/sherman-act-abuse-dominance-europe-monopolization/>, December 20, 2021, p. 2, (ultimo accesso: 20 febbraio 2022); inoltre D. SRINIVASAN, *The Antitrust Case Against Facebook: A Monopolist's Journey Towards Pervasive Surveillance in Spite of Consumers' Preference for Privacy*, in *Berkeley Bus. Law J.*, Vol. 16, no. 1, 2019, pp. 81-82.

¹⁷ Cfr. FTC, *First amended complaint for injunctive and other equitable relief*, Civil Action No. 20-3590 (JEB), September 8, 2021, pp. 68-70; inoltre FTC v. Facebook, Civil Action No. 20-3590 (JEB), pp. 9-10.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ In tema di rivisitazione dei criteri per l'accertamento del pregiudizio del processo competitivo nei mercati dell'economia digitale cfr. M. MIDIRI, *Privacy e antitrust: una risposta ordinamentale ai Tech Giant*, in *Federalismi*, n. 14, 13 maggio 2020, disponibile in <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=43411>, p. 221; sul tema si veda anche D. SRINIVASAN, *op. cit.*, p. 70.

cial network per profilare gli utenti ed influenzare le scelte di voto degli elettori, si sarebbe dovuto registrare un abbandono esponenziale del *social media*. Tuttavia, non si è verificato nulla di tutto ciò, anzi il numero degli utenti è cresciuto di pari passo con il profitto²⁰. La spiegazione va rintracciata nell'esproprio digitale delle informazioni e la conseguente renderizzazione dell'esperienza online che permette la conseguente micro-targhetizzazione comportamentale degli utenti col fine di controllarne (o meglio «sorvegliarne») le azioni nonché trarre profitto dall'offerta di pubblicità comportamentale basata sulle loro preferenze²¹. L'illusione dell'autonomia, del controllo sui dati personali e le promesse infrante dalle ingannevoli rassicurazioni di Zuckerberg circa il non impiego dei *cookies* per tenere traccia dei comportamenti degli iscritti hanno celato bene, invece, la reale intenzione dell'amministratore delegato: accrescere il potere di mercato guadagnato con l'estrazione ed il processamento delle informazioni al fine di ottenere un vantaggio competitivo illegale nel mercato dei *social network*, seppur a discapito della *privacy*²².

Nel dover valutare la sussistenza del potere di monopolio, la Corte distrettuale non ha tenuto conto di tale aspetto ed ha, invece, dato maggiore attenzione alla sua prova indiretta rappresentata dalle quote di mercato. L'*authority* è stata così gravata di due ulteriori incombeni probatori: la definizione di mercato rilevante e la dimostrazione dell'esistenza di barriere all'ingresso a salvaguardia della posizione di dominanza.

La prima questione non è affatto di facile soluzione. Nonostante la definizione del mercato rilevante sia da decenni ampiamente utilizzata dalle autorità garanti della concorrenza e dai giudici perché funzionale alla verifica del potere di mercato e all'avvenuta violazione delle norme antitrust, nel caso dell'economia digitale pone diversi interrogativi e, non è azzardato dire, che ad oggi costituisce un vero e proprio rompicapo per molti studiosi di diritto della concorrenza²³.

Innanzitutto, è bene ricordare che il mercato rilevante si compone di due profili di indagine essenziali: l'analisi del mercato del prodotto rilevante e del mercato geografico rilevante. Mentre il primo rappresenta uno spazio economico che è in grado di ricomprendere beni o servizi che il consumatore ritiene sostituibili in base alle loro caratteristiche, ai prezzi e all'uso cui sono destinati, il secondo attiene all'area geografica nella quale le imprese forniscono o ac-

²⁰ Sulla vicenda *Cambridge Analytica*: cfr. D. MESSINA, *Il Regolamento (EU) 2016/679 in materia di protezione dei dati personali alla luce della vicenda "Cambridge Analytica"*, in *Federalismi*, n. 20, 24 ottobre 2018, disponibile in <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=37234>, pp. 19-21.

²¹ A tal riguardo si veda: S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism*, Profile Books Ltd, London, trad. it., *Il capitalismo della sorveglianza*, Luiss University Press, Roma, 2019, pp. 247-249.

²² M. E. STUCKE-A. EZRACHI, *Competition Overdose*, cit., pp. 206-208; inoltre D. SRINIVASAN, *op. cit.*, p. 49. Sulla definizione tecnica di *cookies*, cfr. A.R. POPOLI, *I cookies e il commercio elettronico: indagine sulla effettiva conoscenza delle problematiche connesse alla privacy*, in *Bocconi Legal Papers*, disponibile in <http://bocconilegalpapers.org>, dicembre 2021, pp. 13-14. L'Autrice spiega che il marcatore è un messaggio di testo memorizzato nel disco rigido dell'utente che viene ritrasmissione dall'*hard disk* al *server* del proprietario della pagina web senza che l'utente abbia dato il suo consenso. Si tratta di un aspetto critico per quel che riguarda le implicazioni in tema di rispetto della *privacy*. Queste stringhe di testo contengono indicazioni che consentono di stabilire cosa l'utente stai cercando o leggendo sul sito, nonostante non ne abbia consapevolezza. In sostanza, i *cookies* sono strumenti di monitoraggio delle azioni degli utenti.

²³ R. ALIMONTI-F. ARDUINI, *Il mercato rilevante nell'era digitale*, A. CATRICALÀ- C.E. CAZZATO-F. FIMMANÒ, (a cura di) in *Diritto Antitrust*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 101.

quistano i prodotti ed i servizi e nella quale le condizioni di concorrenza risultano sufficientemente omogenee²⁴.

Il giudice della Corte distrettuale ha evidenziato come definire il mercato rilevante non sia affatto ovvio nella vicenda in esame. In primo luogo, sarebbe necessario chiarire che cosa sia esattamente un *personal networking service* e tener presente che, con riguardo all'individuazione del mercato del prodotto nel contesto dell'economia digitale, è estremamente difficile individuare una sufficiente evidenza di sostituibilità fra i diversi servizi di *social networking*, al contrario, invece, di quello che accade per i beni dei mercati tradizionali²⁵.

Orbene, va premesso che, fin dal primo ricorso, la Commissione ricorrente ha sostenuto l'esistenza di un mercato rilevante dei *personal social networking services* (d'ora in avanti *PSN services*) di cui questi ultimi costituiscono il prodotto rilevante. La definizione dei *PSN services* proposta dall'agenzia governativa statunitense pone l'accento su un tratto caratteristico ed esclusivo della piattaforma online: il mantenimento delle relazioni personali e la condivisione di esperienze nel tempo con amici, familiari o altre persone conoscenti o meno, all'interno di uno spazio virtuale comune.

Tale funzionalità trova la sua esemplificazione in tre elementi caratteristici. Innanzitutto, la «*social graph*» che rappresenta una sorta di mappa virtuale che tiene traccia di tutte le connessioni fra gli utenti consentendo all'ecosistema digitale di suggerire ad ogni profilo nuovi amici da aggiungere, mostrare i contenuti online pubblicati sulla *home* dai propri contatti. La società di Menlo Park riesce così a raccogliere informazioni non solo sul singolo iscritto alla piattaforma, ma anche sui suoi amici²⁶. Altro elemento da tenere in considerazione è la presenza nella *home* di Facebook di particolari funzioni come il «*news feed*» ossia il flusso degli aggiornamenti e delle notizie che il *social network* mostra a ciascun utente, ogniqualvolta effettua il *login* di accesso alla piattaforma con lo scopo di favorire l'interazione con i contenuti più rivelanti per l'utente. Infine, le funzioni che rendono immediato e semplice espandere la propria rete dando notizia all'iscritto delle nuove connessioni disponibili con le quali poter interagire²⁷.

Sulla base di tali aspetti chiave la FTC è arrivata a sostenere che il prodotto dei *PSN services* non è sostituibile con altre tipologie di *social media*. Difatti, molte sono le differenze riscontrabili con altre piattaforme *social* che non competono con l'ecosistema indagato per l'attenzione dei suoi utenti²⁸.

²⁴Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in *Gazzetta Ufficiale CE*, 1997, C 372, par. 7-8.

²⁵ Cfr. H. HOVENKAMP, *Monopolizing and the Sherman Act*, cit., p. 13.

²⁶ Cfr. F.M. SCOTT MORTON-D.C. DINIELLI, *Roadmap for an Antitrust Case Against Facebook*, in *Omidyar Network*, available at <https://www.omidyar.com/wp-content/uploads/2020/06/Roadmap-for-an-Antitrust-Case-Against-Facebook.pdf>, May 2020, p.7.

²⁷ A ben vedere, non si tratta di una definizione isolata, anzi sembra allinearsi allo stesso Report «*Online platforms and digital advertising market study*» della *Competition and Markets Authority* (in seguito *CMA*), autorità garante della concorrenza inglese, che alla pari delle indagini e degli studi condotti dalle altre *authorities* antitrust nazionali, mette in evidenza come l'elemento qualificante di tale *social network* sia la facilitazione della comunicazione fra gruppi di amici o persone con cui si sceglie di condividere contenuti. Cfr. COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, *Online platforms and digital advertising market study*, available at https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf, 1 July 2020, pp. 51-54.

²⁸ K. WAGNER, *Just How Dominant Is Facebook?, Proving the company is a monopoly will be*

Facebook è un *social network* completamente diverso da LinkedIn, impiegato principalmente per la creazione di una rete di contatti professionali e nella diffusione di contenuti legati principalmente al mercato del lavoro. È diverso da Twitter che, invece, consente agli utenti di tenersi aggiornati su argomenti di loro interesse, da Youtube, Spotify, Netflix, Hulu usati specialmente per la distribuzione e la fruizione passiva di contenuti digitali piuttosto che per la condivisione di essi con la propria rete di amici e familiari²⁹. Ed infine, con TikTok usato con lo scopo primario di visualizzare, creare e condividere video con una platea di utenti sostanzialmente sconosciuti a colui che ha postato i contenuti.

La mancanza di sostituibilità dal lato della domanda dovuta alla constatazione evidente che gli utenti non possono orientarsi facilmente verso altri *social media* perché non troverebbero le medesime funzionalità della piattaforma di Zuckerberg, ha indotto l'agenzia ricorrente a ritenere che i *PNS services* potessero costituire un mercato rilevante a sé stante da quello delle altre piattaforme *social*. L'insostituibilità di Facebook ha consentito all'ecosistema di monopolizzare con facilità il mercato dei *social networks* statunitensi, garantendole il possesso di una quota di posizione dominante superiore al 60%. Si tratterebbe di mere congetture tanto da aver spinto la Corte distrettuale, almeno nella prima pronuncia, a considerarle «*bare allegations*» per insufficienza di prove³⁰.

Al contrario, nella seconda decisione, la Corte distrettuale ha ribaltato completamente le sue considerazioni al riguardo, ritenendo che i nuovi elementi fattuali dedotti a supporto della tesi dell'agenzia, fossero fondati ed avessero dimostrato il mantenimento duraturo di una quota dominante nel mercato dei *personal social networks*.

Sarebbero risultati dirimenti i criteri dai quali la Commissione ricorrente ha desunto le quote di mercato della società. Più nel dettaglio, il tempo trascorso sulla piattaforma *social*, la media di utenti attivi giornalmente e mensilmente su di essa nonché il fatturato derivante dalla pubblicità online considerati insufficienti in un primo momento, sono stati poi rivalutati dalla Corte nella seconda pronuncia, tranne l'ultimo, in ragione degli ulteriori dati fattuali presentati a supporto nel ricorso emendato³¹.

Partendo proprio dall'ultimo fattore, il giudice del Distretto di Columbia non ha considerato la pubblicità online, come un indice fondato di dominanza perché si tratterebbe di un mercato diverso da quello dei *PSN services*.

Questa considerazione non sembra condivisibile in quanto il potere di mercato nell'economia digitale è facilmente traslabile in mercati collegati³². Nel

extremely difficult, in *Bloomberg*, available at <https://www.bloomberg.com/news/newsletters/2021-07-01/just-how-dominant-is-facebook>, July 1, 2021 (ultimo accesso: 22 febbraio 2022).

²⁹Cfr. *Is Facebook a monopolist?*, in *The Economist*, available at <https://www.economist.com/business/2021/07/03/is-facebook-a-monopolist>, July 3, 2021.

³⁰ FTC v. Facebook, Civil Action No. 20-3590 (JEB), p.14.

³¹ È evidente ormai che il diritto della concorrenza trovandosi innanzi a prodotti e servizi offerti «gratuitamente» non può avvalersi della consueta dimensione concorrenziale del prezzo che contraddistingue i test econometrici usati per valutare il grado di sostituibilità dal lato della domanda (ad esempio, il *SSNIP* test in base al quale è possibile ricondurre due prodotti nel medesimo mercato, dimostrando che un dato numero di consumatori acquisterebbe un altro prodotto in caso di un piccolo, ma significativo e non transitorio aumento di prezzo), ma di altri fattori di misurazione, come dati di carattere qualitativo, ad esempio la tutela della *privacy* o dati quantitativo come il tempo trascorso sulla piattaforma. Cfr. R. ALIMONTI-F. ARDUINI, *Il mercato rilevante nell'era digitale*, cit., pp. 107-134. A proposito dello *SSNIP* test, cfr. F. GHEZZI-G. OLIVIERI, *Diritto antitrust*, II ed., Giappichelli, Torino, 2019, pp. 68-69.

³² Cfr. A. LICASTRO, *Il self-preferencing come illecito antitrust?*, in *Dir. econ.*, n. 2, 2021, p. 407.

caso in esame, è noto che Facebook, come piattaforma a due versanti, connettendo fra loro non solo gruppi di amici, ma altri agenti economici come consumatori ed inserzionisti pubblicitari, è in grado di sfruttare a proprio vantaggio la raccolta di immense quantità di dati per creare inserzioni targhettizzate da vendere alle aziende con cui realizza la maggior parte dei suoi ricavi. Essendo, quindi, il *core business* della piattaforma *social* legato «a doppio filo» con la pubblicità *online*, è evidente che Facebook se ne sia servita per accrescere il potere economico nel mercato dei *social networks*³³. In tal caso, forse si sarebbe dovuto pensare al mercato dei *PSN services* e dell'*advertising* come ad un unico mercato rilevante in grado di ricomprendere entrambi i versanti della piattaforma visto che l'aumento degli utenti incrementa in modo speculare quello delle aziende interessate a pubblicizzare la propria attività sul *social media*.

Gli altri fattori quantitativi sono stati considerati appropriati dalla Corte. Innanzitutto, il tempo speso dagli utenti sul *social network*. Grazie all'analisi del flusso di dati raccolti sulla presenza online degli utenti americani condotta dalla società Comscore, la FTC ha dimostrato che gli utenti trascorrono su Facebook ed Instagram in media al mese circa l'80% del loro tempo di navigazione *online*³⁴. Il giudice Boasberg, pur riconoscendo che i dati considerati non tengono conto dell'uso effettivo dei soli servizi *PSN* perché tracciano il tempo totale trascorso su tutti i servizi offerti online sia che si tratti di servizi *PSN* o non *PSN*, ha comunque ritenuto tale dimensione concorrenziale meritevole di considerazione, soprattutto se letta in combinato disposto con le altre due metriche ossia il numero di utenti attivi giornalmente e mensilmente³⁵. Le percentuali sono talmente elevate da raggiungere soglie superiori al 90% per quanto riguarda l'uso dei servizi al *computer* piuttosto che sui dispositivi mobili³⁶.

L'ultima, ma non meno importante questione, attiene alla dimostrazione dell'esistenza di barriere all'ingresso in grado di salvaguardare le quote di mercato guadagnate dal *social network* che ne rendono duratura la posizione dominante nel mercato di riferimento³⁷.

³³ Cfr. A. BIONDI, *A Google, Facebook e Amazon metà di tutta la pubblicità mondiale*, in *Il Sole 24 Ore*, disponibile in <https://24plus.ilsole24ore.com/art/a-google-facebook-e-amazon-meta-tutta-pubblicita-mondiale-AE33191>, 11 dicembre 2021, (ultimo accesso: 22 febbraio 2022); inoltre cfr. J. NEWMAN, *In FTC vs Facebook, the Government lost the first round. It could still win the fight*, in *Promarket*, available at <https://promarket.org/2021/07/19/ftc-facebook-lawsuit-dismissed-metrics-market-share/>, July 19, 2021.

³⁴ Nel suo Report, la CMA ha riportato che la combinazione del tempo trascorso su Facebook, Instagram e WhatsApp raggiunge la quota del 75%. Sul punto cfr. COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, *op. cit.*, p. 337.

³⁵ In tal caso, nella decisione si riporta come esempio del lasso di tempo trascorso online su un servizio non *PSN* sia quello di un utente che è impegnato a guardare un *trailer* di un prossimo film in uscita sulla pagina del sito ufficiale piuttosto che su Facebook o Instagram ossia su servizi *PSN*. Cfr. *FTC v. Facebook*, Civil Action No. 20-3590 (JEB), pp. 18-20.

³⁶ Anche in tal caso, la Corte federale ha superato le riserve che l'avevano in un primo momento portata ad escludere l'utilità dei fattori riguardanti la media degli utenti giornaliera e mensile in quanto non davano alcuna informazione circa l'intensità con cui i servizi *PSN* venivano usati dagli utenti. Difatti, secondo il giudice, nel ricorso emendato la Commissione avrebbe chiarito meglio che le quote del mercato rilevante aumentano se si guarda ai dati sul tempo trascorso online che, in realtà, danno conto dell'intensità di uso dei servizi giornalmente o mensilmente.

³⁷ Cfr. AUSTRALIAN COMPETITION CONSUMER AUTHORITY (ACCC), *Digital Platform Services Inquiry*, available at <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platform%20services%20inquiry.pdf>, February 2022, p.28.

Ebbene, la Corte ha ritenuto che tanto gli effetti di rete quanto gli elevati costi di commutazione (cd. *switching costs*) sono stati sufficientemente provati dall'agenzia governativa.

I primi, infatti, sono strettamente legati alla crescita del numero degli utenti che rende la piattaforma enormemente attrattiva per gli inserzionisti, ma anche impossibile da rimpiazzare dal lato della domanda³⁸. Se volesse abbandonare il *social media*, l'iscritto dovrebbe rinunciare alla propria rete di contatti in quanto non sarebbe certamente in grado di interagire con tutti loro su un'altra piattaforma³⁹. Di conseguenza, gli effetti di rete rafforzano la posizione dell'*incumbent* rispetto ai rivali che non riescono ad offrire le medesime funzionalità e, dunque, non sono in grado di rendere dipendenti da essi gli utenti al pari della piattaforma di Zuckerberg.

I secondi sono una diretta conseguenza degli effetti di rete, in quanto sono oneri aggiuntivi (da intendersi quali limitazioni od ostacoli tecnici ed economici) da dover superare, laddove si intendesse passare ad un altro operatore *social*⁴⁰. Nel caso di Facebook, si tratterebbe di rinunciare ai contenuti postati, alle foto, ai commenti ossia a tutto quello che l'utente ha costruito con il continuo uso della piattaforma online. Dunque, l'impossibilità di abbandonare tali vantaggi e la conseguente situazione di dipendenza dal *social network*, imprigionano, di fatto, l'utente all'interno dei servizi offerti da una sola piattaforma (c.d. effetto *lock-in*), ostacolandone anche il *multi-homing*⁴¹.

4. Le condotte anticompetitive di Facebook

Al fine di condannare Facebook per violazione della Sezione 2 dello *Sherman Act*, il giudice Boasberg, una volta accertata, nella seconda pronuncia, l'esistenza di un consolidato potere monopolistico nel mercato rilevante dei *social media* ha dovuto poi verificare l'esistenza di un altro elemento centrale nella valutazione della *monopolization offence*: l'adozione da parte dell'ecosistema digitale di condotte anticompetitive con finalità escludente.

Tali condotte escludenti sarebbero consistite nelle acquisizioni predatorie di Instagram e WhatsApp nonché nell'imposizione ad *apps* terze indipendenti di condizioni anticoncorrenziali tese ad impedire l'accesso alle interfacce di programmazione della piattaforma. Entrambe queste pratiche commerciali nascono con l'unico scopo di eliminare ogni tipo di minaccia competitiva in grado di minare la posizione dominante del *social network*.

³⁸ Cfr. F.M. SCOTT MORTON-D.C. DINIELLI, *Roadmap for an Antitrust Case Against Facebook*, cit., pp.15-16.

³⁹ Cfr. C. SLAIMAN, *How Big Data Fuels Big Tech's Anticompetitive Conduct and Gatekeeping Power*, in *Promarket*, available at <https://promarket.org/2021/10/14/data-fuels-big-tech-anti-competitive-conduct-gatekeeping-power/>, October 14, 2021, p.2.

⁴⁰ Cfr. C. OSTI, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 1, 1999, p. 21 ss; P.D. KLEMPERER, *Competition when consumers have switching costs: an overview with application to industrial organization, macroeconomics, and international trade*, in *Rev. Econ. Stud.*, 62, 1995, pp. 518-519.

⁴¹ Quest'ultimo da intendersi come concreta possibilità di utilizzare attivamente una pluralità di piattaforme per ottenere lo stesso servizio, riducendo così i costi di commutazione. Cfr. D. EVANS-R. SCHMALENSEE, *Markets with Two-Sided Platforms*, in *Issues in Competition Law and Policy*, 667, 2008, p. 680.

4.1. Le killer acquisitions: «it is better to buy than compete»

Con riguardo alla prima pratica predatoria, occorre tenere presente il contesto economico in cui il timore di Zuckerberg è maturato perché ciò consente di comprendere quali sarebbero state le ragioni che l'avrebbero spinto ad adottare tali strategie.

Giova ricordare come ormai da anni la piattaforma *social* stia assistendo ad un lento e progressivo abbandono da parte degli utenti. Gli artefici di tale cambiamento sono i più giovani, in quanto tendono a migrare sempre più spesso verso nuove applicazioni, fruibili direttamente da dispositivi mobili, come Shapchat o il più recente TikTok⁴². La diffusione dell'internet *mobile* ha determinato una vera e propria rivoluzione nel modo di comunicare perché ha posto fine all'idea secondo cui si potesse accedere ai contenuti online solo per il tramite dei *computers*, segnando la nascita del consumo «a portata di *click*»⁴³. Dunque, ben conscio delle conseguenze che avrebbe avuto, Zuckerberg pensò bene di non sottovalutare questa opportunità.

Il *social network*, pur potendo funzionare su dispositivi mobili, era progettato primariamente per operare da *desktop*, a differenza di altre applicazioni, come Instagram e WhatsApp, sviluppate fin da principio per funzionare su *smathphone*, *tablets* e altri *smart devices*. Questa tipologia di *apps*, una volta scaricate, si rendevano subito disponibili agli utenti, monopolizzandone l'interesse.

Per Facebook l'attenzione degli iscritti era ed è essenziale. Ciò che è gratuito, viene pagato con le informazioni e l'attenzione degli utenti che, di conseguenza, attirano un gran numero di inserzionisti cui la società vende spazi pubblicitari⁴⁴. Tuttavia, le applicazioni di *PSN services* come WhatsApp e Instagram, abilissime nell'usare a proprio vantaggio i benefici dell'internet *mobile*, rischiavano di minare il potere economico dell'ecosistema digitale. Da qui, la constatazione della società che bisognava fermare con apposite strategie commerciali i nuovi operatori economici in grado di sfruttare a proprio vantaggio questa tecnologia dirompente⁴⁵.

Nelle parole di Zuckerberg «*it is better to buy than compete*» contenute in un email interna del 2008 viene riassunto in modo esemplificativo quanto la società avrebbe dovuto fare per evitare di veder messa in pericolo la propria posizione di monopolio: neutralizzare l'eventuale concorrenza dei due potenziali futuri concorrenti mediante la loro acquisizione⁴⁶.

Nel contesto dell'economia digitale questo tipo di operazioni economiche, mediante le quali le imprese dominanti vanno ad acquisire piccole *startups*

⁴² In base ad un'inchiesta de The Economist, TikTok avrebbe superato Facebook in termini di numero di utenti attivi mensilmente, mentre avrebbe superato WhatsApp e Instagram in termini di tempo trascorso sull'applicazione. A tal proposito si veda: *TikTok isn't silly. It's serious*, available at <https://www.economist.com/business/2022/01/15/tiktok-isnt-silly-its-serious>, Jan 15, 2022, p. 1.

⁴³ M. CHRISTENSEN-M.E. RAYNOR-R. MCDONALD, *What is Disruptive Innovation?*, gin *Harvard Business Review*, December, 2015, p. 1 ss.

⁴⁴ Per un approfondimento in tema di patrimonializzazione dei dati personali si veda: S. FRANCA, *L'intreccio fra disciplina delle pratiche commerciali scorrette e normativa in tema di protezione dei dati personali: il caso Facebook approda al Consiglio di Stato*, in questa *Rivista*, 2, 2021, p. 366 ss.

⁴⁵ T.WU-C. SCOTT HEMPHILL, *Nascent Competitors*, in *U. Pa L. Rev.*, Vol. 168, 2020, pp. 1883-1885.

⁴⁶ *FTC v. Facebook*, Civil Action No. 20-3590 (JEB), p.27.

ideatrici di progetti innovativi allo scopo di bloccarne la crescita e stroncarne sul nascere la potenziale concorrenza, vengono definite «*killer acquisitions*»⁴⁷.

Inizialmente, i timori della società di Menlo Park si rivolsero a Instagram, applicazione dedicata alla condivisione di foto *peer-to-peer* sui dispositivi mobili che rischiava col tempo non solo di trasformarsi in un *social network* simile a Facebook, ma anche di venire acquistata da altre *big tech companies* di rilievo come Google e Apple. Di conseguenza, nel 2012 l'amministratore delegato della piattaforma siglò l'accordo con cui acquistava per un miliardo di dollari la *start-up*. La medesima vicenda si è ripetuta due anni dopo per WhatsApp, applicazione di messaggistica istantanea, non diretta *competitor* del *social media*, ma che con l'aggiunta di ulteriori funzionalità, quali una pagina profilo, una sezione dedicata al *gaming* online ed un proprio *news feed* avrebbe ben potuto competere con la società californiana. Per tale ragione, venne acquistata ed integrata immediatamente nel ecosistema digitale.

L'aspetto che ha consentito alla Corte Federale di considerare anticompetitive le due operazioni riguarda ciò che è accaduto al termine delle acquisizioni. Una volta neutralizzata la minaccia proveniente dalle due *apps*, Zuckerberg ridusse ed annullò tutti gli investimenti destinati allo sviluppo di proprie applicazioni che facessero da contraltare ad Instagram e WhatsApp e, inoltre, limitò la promozione e la visibilità di queste ultime negli Stati Uniti⁴⁸. Vi è di più. Oltre ad una minore innovazione nella creazione di servizi con nuove funzionalità, ad una diminuzione della qualità di quelli esistenti ed a una pubblicità online eccessiva per gli iscritti, il giudice Boasberg rilevava che le acquisizioni *killer* avrebbero anche comportato una diminuzione della *privacy* e della sua conseguente tutela. La *privacy* intesa come parametro qualitativo della concorrenza nel settore digitale fa, dunque, la sua comparsa nella seconda pronuncia, seppur solo in tema di analisi delle concentrazioni⁴⁹.

Se oltreoceano, quando si tratta di giudicare le condotte anticoncorrenziali delle *big tech companies*, tale indicatore costituisce una novità per il diritto antitrust americano la questione non è, invece, affatto sconosciuta al diritto della concorrenza comunitario⁵⁰.

In Europa, l'analisi delle concentrazioni ha avuto già modo di confrontarsi con dimensioni concorrenziali ulteriori rispetto al prezzo. In mercati *zero-price*

⁴⁷ Cfr. C. CUNNINGHAM- F. EDERER-S. MA, *Killer Acquisitions*, in *Journal of Political Economy*, Vol. 129, No. 3, available at <file:///C:/Users/HP/Dropbox/PC/Downloads/SSRN-id3241707.pdf>, March 2021, pp. 1 ss; inoltre cfr. OECD, *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control – Background Note*, available at <https://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf>, June 10-12, 2020, pp. 10-11.

⁴⁸ FTC v. Facebook, Civil Action No. 20-3590 (JEB), p.30.

⁴⁹ Come si è già avuto modo di dire la degradazione della *privacy* da parte di Facebook è stata proposta nel ricorso emendato dalla FTC come indice da cui desumere l'esistenza del potere monopolistico, ma il giudice Boasberg non ha tenuto conto di tale aspetto nell'accertamento del monopolio, avendo deciso di attenersi solo ai criteri proposti dalla Commissione federale per la deduzione della posizione di dominanza della *big tech* nel mercato dei *social media*. Sul valore della *privacy* come componente qualitativa della concorrenza si veda anche: M. WASASTJERNA, *Competition, Data and Privacy in the digital economy. Toward a privacy dimension in Competition Law*, Wolker Kluwer International B.V., Alphen aan den Rijn, 2020, p. 161 ss.

⁵⁰ Mentre diversi studiosi americani hanno già sollevato la questione, nel caso delle Corti Federali costituisce una novità, seppur tale aspetto è stato già trattato nel Report «*Investigation of Competition in digital Markets del Subcommittee on Antitrust, Commercial and administrative law of the Committee on the Judiciary*», sul punto cfr. SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMMERCIAL AND ADMINISTRATIVE LAW OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY, *Investigation of Competition in digital Markets*, Report, 6 ottobre 2020, pp. 51-52.

come quelli digitali, la qualità può essere accertata tenendo conto della protezione dei dati degli utenti da parte delle piattaforme a due versanti. Dopo le cautele iniziali mostrate nella concentrazione *Facebook/WhatsApp* nel 2014 circa la degradazione della *privacy* come elemento da cui desumere una distorsione della concorrenza effettiva ed il conseguente danno per il benessere dei consumatori, a distanza di due anni, la Commissione ha cambiato completamente orientamento. Nel caso *Microsoft/LinkedIn* si è sostenuto che la *privacy* fosse un importante parametro della concorrenza e che un'eventuale concentrazione con imprese concorrenti – in grado di offrire un livello di *privacy* maggiore rispetto a quella della società acquirente – poteva avere, senz'altro, un effetto escludente con conseguente pregiudizio per la pressione competitiva ed i consumatori⁵¹.

Lo stesso può dirsi nel caso di Facebook. La Corte del Distretto di Columbia tende ad avvalorare il ragionamento controfattuale della FTC secondo cui, a seguito delle due acquisizioni, i consumatori sarebbero stati privati, nel caso di Instagram della possibilità di scegliere un *provider* di *personal social networking* alternativo a Facebook, mentre nel caso di WhatsApp, della possibilità di avvalersi di un'applicazione che, fin dalla sua prima comparsa nel mercato online, aveva considerato fondamentale sia la protezione della *privacy* dei propri utenti sia la totale esclusione della pubblicità dalla propria piattaforma di messaggistica istantanea⁵². Come è noto, Facebook non pone al centro della sua attività di business, il rispetto della *privacy* dei suoi utenti e ben che meno esclude l'*advertising* dalla *social graph*, in quanto sua quasi esclusiva fonte di profitto.

Del primo aspetto, se ne è avuta riprova con il caso *Cambridge Analytica* che, da un lato ha messo in luce come la protezione dei dati personali non sia una priorità per il *social media*, dall'altro, ha fatto emergere una maggiore consapevolezza negli utenti circa l'uso delle proprie informazioni personali da parte della piattaforma.

Il secondo aspetto trova conferma nel legame fra la piattaforma e la pubblicità comportamentale che mostra al consumatore, in base alle sue preferenze, esattamente quanto avrebbe necessità di acquistare, benché ciò sia frutto di una sapiente manipolazione attuata mediante strumenti di profilazione automatizzata⁵³. L'utilizzo a fini pubblicitari delle informazioni dell'utente, se estrapolate senza il suo consenso, comporta una violazione della *privacy* e, dunque, il pregiudizio di un dato prettamente qualitativo⁵⁴.

È interessante comprendere perché, nonostante la degradazione della pro-

⁵¹AGCM, AGCOM, Garante Privacy, *Indagine conoscitiva sui Big data*, disponibile a www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IC_Big%20data_imp.pdf, 10 febbraio 2020, pp.81-82.

⁵²Cfr. FTC, *Complaint for injunctive and other equitable relief*, Civil Action No. 20-3590, pp. 31-38; inoltre sempre in tal senso cfr. FTC, *First amended complaint for injunctive and other equitable relief*, cit., pp. 34-41; Sul *business model* di WhatsApp prima dell'acquisizione cfr. S. BHATTACHARYA-M.C. BUITEN, *Privacy as a competition law concern? Lessons from Facebook/Whatsapp*, in M. FAURE-L. VISSCHER-W. SCHREUDERS (eds.), *Essays in Law and Economics in Honor of Roger Van den Bergh*, Intersentia, Cambridge, UK, 2018, p. 116.

⁵³M. GROCHOWSKI-A. JABLONOWSKA-F. LAGIOLA-G. SARTOR, *Algorithmic Transparency and Explainability for EU Consumer Protection: Unwrapping the Regulatory Premises*, in *CLS*, Vol. 8, n. 1, 2021, pp. 46-47.

⁵⁴Cfr. *Subcommittee on Antitrust, Commercial and administrative law of the Committee on the Judiciary*, cit., pp. 54-55; inoltre sulla medesima questione cfr. M.E. STUCKE, *Why isn't the FTC tackling Facebook's Data-opoly?*, in *Promarket*, available at <https://promarket.org/2021/01/05/ftc-lawsuit-facebook-data-opoly-privacy/>, January 5, 2021, p.2 ss.

tezione dei dati personali, il potere monopolistico di Facebook sia cresciuto nel tempo. Si potrebbe pensare che sia dovuto ad una scarsa consapevolezza dell'utente circa l'importanza della protezione della *privacy*, ma non è questa la spiegazione. Difatti, anche quelli che sono piuttosto preoccupati per la sorte dei propri dati, scelgono comunque di acconsentire al monitoraggio degli stessi, pur di non perdere i vantaggi che i servizi digitali sono in grado di offrire. Tale fenomeno noto come *privacy paradox* si fonda sull'evidente discrepanza fra quello che il consumatore considera razionalmente giusto e le scelte di consumo che poi compie in concreto⁵⁵. Emerge come impellente il bisogno di tutelare la propria *privacy*, ma poi all'atto pratico si decide di fruire di un determinato servizio, nonostante si sia ben consapevoli del livello minimo di protezione cui i propri dati verrebbero esposti. Tale scollamento fra ragionamento e atto pratico, sfruttato con abilità da Facebook per raggiungere il monopolio, costituisce la dimostrazione eloquente della necessità da parte dei regolatori di tener conto della qualità dell'esperienza online, quando si tratta di accertare il *market power* delle società del digitale. La denegata tutela della *privacy* può ben costituire una prova dell'aumento del potere di mercato che priva gli utenti dei benefici di cui godrebbero in termini di protezione dei dati personali, se una determinata concentrazione non avesse avuto luogo⁵⁶.

Di certo, nel momento in cui la Corte del Distretto di Columbia ha riconosciuto che le acquisizioni *killer* avrebbero minato il processo competitivo e danneggiato i consumatori ha, senz'altro, dato alla *privacy* la *chance* di essere considerata un parametro della concorrenza sostitutivo, in mercati *zero-free*, del criterio del prezzo. Quando è quest'ultimo il termine di riferimento, le autorità della concorrenza tendono a considerare come unica equazione valida, nell'accertamento dell'efficienza del mercato e del benessere dei consumatori, quella che associa a prezzi bassi una elevata qualità del prodotto.

Nei mercati *data-driven*, sono i dati ad assumere valore patrimoniale. Pertanto, l'equazione precedente non può tradursi come: minor numero di dati, migliore qualità del servizio. È lo stesso modello di business delle piattaforme online che ribalta la formula perché per i *big tech* è il maggior numero di dati che consente di prestare servizi ed offrire prodotti digitali maggiormente performanti ed efficienti. Solo in questo modo, quindi, si è in grado di accrescere il livello qualitativo del prodotto.

In realtà, l'argomento secondo cui maggior numero di dati comporterebbe una maggiore qualità del prodotto digitale viene usato dai *tech giants* per discolarsi da un uso quanto mai efferato dei dati, ma ci sarebbe da capire se questa è davvero la realtà dei fatti. Difatti, molte indagini delle autorità della concorrenza hanno evidenziato che le piattaforme online sono in grado di raccogliere, mediante *cookies* e *apps* di terze parti, anche dati di cui non avrebbero bisogno per l'offerta di un dato servizio⁵⁷. In tal senso, si rileva fondamentale,

⁵⁵ Cfr. P.A. NORBERG-D.R. HORNE-D.A. HORNE, *The privacy paradox: personal information disclosure intentions versus behaviours*, in *J. Consum. Aff.*, Vol. 41, no. 1, 2007, p. 1 ss.; inoltre, A. EZRACHI-V.H.S.E. ROBERTSON, *Competition, market power and third-party tracking*, in *World Compet.*, Vol. 42, no. 1, March 2019, pp. 8-9. Per verificare l'influenza della tutela della *privacy* sulle scelte dei consumatori cfr. I. ADJERID-E. PEER-A. ACQUISTI, *Beyond the privacy paradox: objective versus relative risk in privacy decision making*, in *MIS Quarterly*, Vol. 42, n.2, June 2018, p. 8.

⁵⁶ J. C. COOPER-J. M. YUN, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁷ Sul rapporto fra dati e qualità del prodotto cfr. J.C. COOPER-J.M. YUN, *op. cit.*, p. 18 ss.; in tema di indagini che hanno portato alla luce come la raccolta dei dati degli iscritti in Facebook

almeno nel contesto europeo, il principio di limitazione della finalità nel trattamento dei dati enunciato all'articolo 5, par. 4, lett. b) del Regolamento UE 679/2016 (in seguito, GDPR) per cui possono essere raccolti dati solo «per finalità determinate, esplicite e legittime» ed il principio di minimizzazione di cui alla lett. c) della medesima disposizione, a mente del quale non è legittimo raccogliere una quantità eccessiva di dati che, invece, devono essere «adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati». Nell'ambito statunitense per ora non è stata ancora deliberata una legge federale in materia di *privacy* in grado di enunciare principi simili, esistono piuttosto leggi nazionali di carattere settoriale come il *California Consumer Privacy Act* (CCPA) entrato in vigore nel 2020⁵⁸. Tuttavia, l'approccio dell'autorità americane sta lentamente cambiando, come dimostrano anche le dichiarazioni di uno dei cinque commissari della FTC Rebecca Slaughter, la quale, in accordo con quanto dichiarato da Lina Khan, ha evidenziato come nei mercati digitali la relazione virtuosa fra antitrust e *privacy* sia oramai auspicabile tenendo conto del fatto che la degradazione della protezione dei dati personali costituisce la condizione in base alla quale le grandi piattaforme online sono in grado di raccogliere enormi quantità di informazioni ed accrescere così il proprio potere di mercato⁵⁹. Secondo gli studiosi Cooper e Yun, se i dati sono il prezzo che paghiamo per ricevere un servizio efficiente, il potere di mercato cresce proprio nel momento in cui si abbassano, in modo significativo, i livelli di tutela della *privacy*⁶⁰.

Ritornando al caso in esame, dunque, il giudice della Corte Federale ha ravvisato nell'analisi delle due concentrazioni il tentativo della società di Menlo Park di perseguire la dominanza sul mercato dei *social network* acquisendo due possibili futuri concorrenti piuttosto che investire nell'ulteriore miglioramento dei suoi servizi. In questa maniera, non solo si è ridotto il grado di innovazione, ma si è anche abbassato il livello della qualità del servizio, su *privacy* e protezione dei dati, a discapito del processo competitivo e dei consumatori, obbligati, in mancanza di scelta, ad usufruire di prodotti e servizi mediocri.

passi non solo per WhatsApp e Instagram, ma anche per siti terzi attraverso l'uso di *pixel* e *plug-in* si tenga conto della decisione con cui nel 2019 il *Bkart* ha sanzionato Facebook per violazione di posizione dominante. L'abuso sarebbe consistito nel aver imposto condizioni contrattuali unilaterali relative all'uso dei dati personali in aperto contrasto con il GDPR. Sul punto, cfr. F. LAVIOLA, *Diritti fondamentali ed efficienza economica nel mercato digitale: tra protezione dei dati personali e tutela della concorrenza*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 3, 2021, pp. 201-203.

⁵⁸ Si consideri che al momento è disponibile solo una bozza di legge in materia di *privacy* ossia l'*American Data Privacy and Protection Act* (ADPPA), la quale se venisse approvata costituirebbe la prima legge *privacy* federale di cui si doterebbero gli Stati Uniti.

⁵⁹ Cfr. K. KAYE, *Don't lie: FTC Commissioner Rebecca Slaughter on why today's data privacy approaches don't work*, in *Digiday*, available at <https://digiday.com/media/dont-lie-a-qa-with-ftc-commissioner-rebecca-slaughter-on-why-todays-data-privacy-approaches-dont-work>, July 7, 2021, p. 1 ss. Si tenga presente che le parole della Commissaria, sono state confermate dalla Presidente della FTC Lina Khan, la quale ha recentemente annunciato che la FTC starebbe lavorando, in virtù di quanto previsto alla Sezione 18 FTC Act, ad un'apposita regolamentazione in tema di *privacy*, in tal senso cfr. J. DUBALL, *FTC Chair Lina Khan opens up on tech enforcement*, in *IAPP*, available at <https://iapp.org/news/a/ftcs-khan-opens-up-on-tech-enforcement/>, January 19, 2022.

⁶⁰ Cfr. J.C. Cooper-J.M. Yun, *Antitrust & Privacy: it's complicated*, in *George Mason University Law & Economics Research Paper Series*, no .21-14, June 2021, p. 3; in senso conforme cfr. M.E. Stucke, *Should we be concerned about data-opolies?*, in *Georgetown Law J*, Vol. 2, 2018, p. 286.

4.2. Il diniego di accesso alle APIs come pregiudizio della pressione competitiva

La seconda condotta escludente che avrebbe consentito a Facebook di rafforzare il monopolio nel mercato dei *social network* sarebbe consistita nell'imposizione ad *apps* terze indipendenti di restrizioni contrattuali mediante cui sarebbe stato revocato l'accesso alle APIs della società a quegli sviluppatori che divenissero suoi diretti rivali o promuovessero i suoi diretti *competitors*.

In considerazione di tali comportamenti, la FTC aveva ritenuto di dover chiedere, ai sensi della Sezione 13 (b) *FTC Act*, la cessione di Instagram e WhatsApp, ma la richiesta è stata nuovamente respinta nella seconda pronuncia. Si badi bene, non perché gli elementi probatori prodotti a supporto non avrebbero provato a sufficienza la violazione della Sezione 2 dello *Sherman Act*, bensì perché la Sezione 13 (b) *FTC Act* richiede per l'emissione dell'ordine ingiuntivo che la condotta illecita sia contestuale alla sua contestazione. Nel caso di specie, il giudice distrettuale ha dovuto, invece, constatare come le condizioni anticoncorrenziali sarebbero riferibili al 2013 e, dunque, non più previste all'atto di presentazione della richiesta di cessione delle attività avanzata dalla FTC.

Al di là delle questioni processuali, è interessante comprendere le motivazioni per cui tale comportamento sarebbe da ritenersi anticompetitivo.

È bene, innanzitutto, chiarire cosa siano le APIs, come la loro interoperabilità possa giocare un ruolo centrale nel contrasto alla concentrazione del potere di mercato del *social network* e, infine, come la società californiana le abbia usate per conseguire un vantaggio competitivo illegale sui rivali.

Le APIs acronimo di *Application Programming Interfaces* sono, come ben esplicitato dal nome, interfacce di programmazione che consentono l'accesso ad un determinato *software* o *hardware*, mediante le quali vengono stabilite le loro condizioni di utilizzo⁶¹. Si sta, dunque, parlando di protocolli e procedure standardizzate che definiscono le modalità con cui le applicazioni sono in grado di «dialogare» fra loro⁶². Difatti, l'interazione si traduce, poi in concreto, in un flusso costante di dati messi a disposizione degli sviluppatori dall'impresa terza che li detiene. Tale sistema di condivisione dei dati rende le interfacce di programmazioni interoperabili fra loro.

L'interoperabilità non è un concetto nuovo per il mercato. In passato, è stato considerato uno strumento per arginare il potere monopolistico che la società statunitense AT&T deteneva nel settore della comunicazione. I vantaggi dell'interoperabilità si sono palesati con la diffusione della posta elettronica, quando si è reso possibile lo scambio di email fra *provider* diversi, ad esempio da Gmail di proprietà di Google a Outlook di proprietà di Microsoft e viceversa⁶³.

Secondo la definizione offerta dalla Commissione Europea nel 2016, l'inte-

⁶¹ Cfr. I. BROWN, *The technical components of interoperability as a tool for competition regulation*, in *OpenForum Academy*, available at <https://openforumeurope.org/publications/ofa-research-paper-the-technical-components-of-interoperability-as-a-tool-for-competition-regulation/>, November 2020, p.5. In tal senso, cfr. ARTICLE 29 WP, *Guidelines on the right to data portability*, 16/EN, WP 2042, rev.01, available at C:/Users/HP/Dropbox/PC/Downloads/wp242_rev_01_en_D8A6FCF6-9039-846A-0C8040819826D818_44099.pdf, p.15.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ F. SCOTT MORTON-M. KADES, *Interoperability As a Competition Remedy for Digital Networks*, available at <file:///C:/Users/HP/Dropbox/PC/Downloads/092320-WP-Interoperability-as-a-competition-remedy-for-digital-networks-Kades-and-Scott-Morton.pdf>, September 2020, pp. 11-14.

roperabilità va intesa come «la capacità di sistemi di informazione di scambiare dati e di consentire la condivisione delle informazioni», purché sia riconosciuto il diritto alla portabilità dei dati, così come introdotto nel contesto comunitario dall'articolo 20 del GDPR⁶⁴. Difatti, la suddetta disposizione al comma 2 riconosce ai titolari dei dati personali il diritto a richiedere il trasferimento diretto di questi ultimi dall'attuale responsabile del trattamento ad un altro, a patto che ciò sia «tecnicamente possibile». Il Considerando 28 del GDPR chiarisce che questo inciso «tecnicamente possibile» si rivolge ai responsabili del trattamento invitandoli, in sostanza, a trasmettere i dati mediante formati interoperabili. Da ciò si evince che, seppur nella loro diversità, interoperabilità e portabilità risultano collegate fra loro⁶⁵. L'interoperabilità dei formati realizza concretamente a livello tecnico il diritto alla portabilità che, di conseguenza, incoraggia l'attuazione della prima⁶⁶. Tale aspetto assume un valore importante nel contesto dell'economia di piattaforma. Difatti, consentire l'accesso e la condivisione dei dati raccolti nei server delle società digitali agli sviluppatori delle *apps* terze potrebbe valere come deterrente delle condotte anticoncorrenziali.

Come si è già avuto modo di dire, se la capacità di raccogliere e processare immense quantità di dati consente ai giganti della rete di guadagnare un vantaggio competitivo illegale sui concorrenti, è chiaro che essi non abbiano interesse a condividere questo *asset* strategico perché vitale per la sopravvivenza del proprio modello di *business*. La disponibilità dei *Big Data*, dunque, contribuisce, insieme alle esternalità di rete, a rafforzare le barriere all'ingresso dei mercati *data-driven*⁶⁷. Pertanto, facilitare l'accesso a specifici *dataset* mediante APIs aperte e standardizzate potrebbe risolvere alla radice il problema dell'elevato grado di concentrazione del potere di mercato in mano ai conglomerati digitali.

Per la concorrenza e la tutela dei consumatori, l'accesso costante al flusso di informazioni garantito dalle interfacce interoperabili sarebbe provvidenziale, mentre per le *big tech companies* lo sarebbe certamente di meno e finirebbe per minacciare la crescita del modello di *business data-driven*.

L'utilizzo dell'interoperabilità delle interfacce di programmazione come strumento per salvaguardare il processo competitivo pare emergere chiaramente nella vicenda che vede confrontarsi la FTC e la piattaforma *social*. La Corte distrettuale ha rilevato che nel 2007 durante la prima fase di espansione del mercato del *social network*, Mark Zuckerberg si avvantaggiò di tali sistemi di condivisione dei dati e ne incoraggiò l'interoperabilità⁶⁸. Le APIs di Facebook consentivano agli sviluppatori di *apps* terze di accedere ad informazioni fondamentali per aumentare il numero degli utenti interessati alle loro applicazioni. Nel ricorso della Commissione federale e nella prima pronuncia viene evidenziato come l'API «*Find Friends*» di Facebook, consentiva di perseguire tale risultato. Grazie

⁶⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione su sistemi d'informazione più solidi e intelligenti per le frontiere e la sicurezza*, COM(2016) 205 final, 2 aprile 2016, p. 15.

⁶⁵ O. BORGOGNO, *Regimi di condivisione dei dati ed interoperabilità: il ruolo e la disciplina delle A.P.I.*, in *Il Diritto Dell'informazione e Dell'informatica*, n.3, 2019, p.694.

⁶⁶ P. DE HERT-V. PAPAKONSTANTINO-U. MALGIERI-L. BESLAY-I. Sanchez, *The Right to Data Portability in the GDPR: towards User-Centric Interoperability of Digital Services*, in *CLSR*, Vol. 34, no. 2, April 2018, pp. 194-197.

⁶⁷ AGCM, AGCOM, GARANTE PRIVACY, *op. cit.*, pp. 70-71.

⁶⁸ FTC v. Facebook, Civil Action No. 20-3590 (JEB) June 28, 2021, p.11.

all'utilizzo di questa interfaccia, gli utenti delle *apps* terze erano in grado di sapere chi fra i propri amici non aveva scaricato l'applicazione *social* e, di conseguenza, potevano invitarli a farlo. L'API «*Open Graph*», invece, permetteva l'integrazione dei *social plug-ins* all'interno delle *apps* terze. I segnali sociali sono tecnicamente stringhe di codice come il noto pulsante «*Like*» che, una volta cliccato, consente all'utente di consigliare contenuti al di fuori del *social network* che vengono visualizzati direttamente nella *home* dei propri amici o conoscenti. Si tratta di uno strumento di tracciamento come i *cookies* che ha permesso alla società di Menlo Park di condividere con gli sviluppatori milioni di dati sugli iscritti e di monitorare le azioni degli utenti, anche al di fuori della piattaforma⁶⁹. In questo modo, si favorisce il *web adversting* perché i *banners* pubblicitari vengono costruiti sulle preferenze degli utenti, per ricavarne profitti in prima battuta dagli inserzionisti e poi in seconda anche dagli editori delle pagine web che hanno così interesse ad integrare al loro interno il *plug-in*⁷⁰.

In un primo momento, il rapporto è sembrato vantaggioso per entrambe le parti. Da un lato le *apps* terze indipendenti erano in grado di aumentare la qualità dell'esperienza online offerta agli utenti attraverso le funzioni che la piattaforma digitale era in grado di offrire e il numero elevato di iscritti, dall'altro Facebook mostrava di accogliere favorevolmente tale interscambio visto che avrebbe reso il *social network* attrattivo per gli sviluppatori delle applicazioni indipendenti e coinvolgente per gli utenti⁷¹.

Il problema è subentrato quando l'ecosistema digitale si è reso conto che l'opportunità concessa alle *apps* terze gli si sarebbe ritorta contro nel momento in cui queste ultime avrebbero potuto fargli concorrenza o supportare altre piattaforme *social*, sue rivali. Zuckerberg corse così ai ripari, trasformando le APIs in «armi» anticompetitive⁷². Nel 2011 venne cambiata la *policy* aziendale e si consentì l'accesso alle interfacce di programmazione esclusivamente a quegli sviluppatori che si obbligavano a non competere con la piattaforma ed a non promuovere eventuali *competitors*⁷³. La finalità era chiara: impedire condotte in grado di costituire un'insidia per il monopolio del conglomerato.

Come correttamente rilevato dal giudice della Corte Federale, la prima delle due restrizioni contrattuali ha interessato direttamente Path, un'applicazione nata da un'idea piuttosto innovativa: raccogliere in un *network* ristretto solo contatti con i quali si condivideva qualcosa nella vita reale. Facebook, dopo averne favorito l'uso, escluse l'applicazione dalle proprie APIs, in quanto comprese che avrebbe potuto, nel giro di poco tempo, diventare un'alternativa per tutti quegli utenti, sensibili al tema della *privacy*, che ben avrebbero potuto interessarsi alla creazione di un *social network*, per così dire, privato.

⁶⁹ Cfr. M.E. STUCKE-A. EZRACHI, *Competition Overdose*, cit. pp. 206-207.

⁷⁰ D. SRINIVASAN, *op. cit.*, p.63. Nella prima pronuncia, il giudice distrettuale riporta come esempio il caso del *WashingtonPost.com* che aveva integrato all'interno del suo sito web il *plug-in* «*Like*». Sul punto cfr. *FTC v. Facebook*, Civil Action No. 20-3590 (JEB) June 28, 2021, p.12.

⁷¹ Cfr. F.M. SCOTT MORTON-D.C. DINIELLI, *Roadmap for an Antitrust Case Against Facebook*, cit., p. 24. Si tenga presente che la necessità di raggiungere una massa critica di utenti è essenziale per la sopravvivenza delle piattaforme digitali ed il fenomeno che consente il raggiungimento di tale massa è strettamente legato agli effetti di rete indiretti che contraddistinguono il modello di *business* dei conglomerati digitali. A tal proposito, si parla di c.d. effetto *ping-pong* proprio perché l'aumento degli utenti in un versante comporta automaticamente la crescita degli utenti dell'altro versante della piattaforma, cfr. BUNDESKARTELLAMT, *Market power of platforms and*, Working paper, Ref. B6-113/15, June 2016, p.9.

⁷² Cfr. *FTC, First amended complaint for injunctive and other equitable relief*, cit., p.4.

⁷³ *FTC v. Facebook*, Civil Action No. 20-3590 (JEB) June 28, 2021, p.13.

La seconda, invece, ha riguardato Vine, *app* con la quale gli utenti potevano lanciare video brevi, al massimo di sei secondi da condividere con altri utenti che avevano scaricato l'applicazione anche su Facebook mediante la sua interfaccia di programmazione «*Find Friends*». Una possibilità che venne a mancare quando Vine venne acquistata da Twitter, diretto rivale del *social network*. Zuckerberg ordinò che si rendesse impossibile scaricare sulla propria piattaforma i video creati per mezzo dell'*app*. Si comportò allo stesso modo anche con applicazioni di messaggistica istantanea che, di fatto, replicavano un prodotto digitale centrale per il modello di *business* della piattaforma⁷⁴.

Come è evidente, le suddette condotte escludenti non solo hanno contribuito ad accrescere il potere monopolistico della società, ma hanno anche costituito la premessa per rendere Facebook, un enorme *walled garden* ovvero un ecosistema digitale chiuso, non raggiungibile esternamente da servizi terzi ed in cui è la piattaforma ad avere il pieno controllo sia degli utenti sia della loro esperienza online⁷⁵. In effetti, grazie alle informazioni raccolte, il *social network* conosce perfettamente i contenuti che coinvolgono ciascuno degli iscritti, tanto da riuscire ad indirizzarne la condotta perché gli algoritmi mostrano esattamente ciò che li coinvolge e può soddisfare le loro aspettative. Come è stato attentamente riscontrato, Facebook crea nell'utente solo l'impressione che stia agendo liberamente ed in base ai propri interessi, mentre in realtà lo spinge nella direzione che la piattaforma ha scelto per lui, senza che ne abbia la consapevolezza e solo per effetto dei dati in suo possesso⁷⁶.

Liberare dall'effetto *lock-in* i consumatori, mitigare gli effetti di rete indiretti che ostacolano il *multi-homing* ed impediscono l'accesso dei nuovi entranti, oggi è possibile. Difatti, alcuni studiosi hanno rilevato che non occorre arrivare alla drastica misura del *break-up* delle società digitali, piuttosto basterebbe garantire l'interoperabilità dei servizi mediante l'adozione di protocolli standardizzati che consentano alle piattaforme digitali di comunicare fra loro⁷⁷.

Sulla base di tali considerazioni, la soluzione dello scorporo proposta dalla FTC per «spezzare» il monopolio di Facebook potrebbe rivelarsi la meno opportuna in quanto non si ha la certezza che, a seguito della cessione di Instagram e WhatsApp, sia possibile ripristinare la concorrenza perduta per effetto dell'elevato grado di concentrazione nel mercato dei *social network*. Difatti, le attività cedute potrebbero non assicurare lo stesso livello di qualità del servizio che sarebbe stato possibile garantire in precedenza e, inoltre, un eventuale *break-up* non potrebbe impedire ad una delle attività cedute di accrescere il proprio potere economico col tempo; finendo, anche in tal caso, per monopolizzare il mercato di riferimento⁷⁸.

Al contrario, potrebbe rivelarsi opportuna l'idea secondo cui occorrerebbe ricorrere all'interoperabilità come strumento normativo in grado di regolamen-

⁷⁴ Cfr. L. KHAN, *The separation of platforms and commerce*, in *Colum. L. Rev.*, Vol. 119, no. 4, May 2019, pp. 1001-1002. Sull'applicazione Vine cfr. F.M. SCOTT MORTON-D.C. DINIELLI, *Roadmap for an Antitrust Case Against Facebook*, cit., p.24.

⁷⁵ Cfr. F.M. SCOTT MORTON-D.C. DINIELLI, *Roadmap for an Antitrust Case Against Facebook*, cit., p. 18.

⁷⁶ Cfr. F. FOER, *How technology is making our minds redundant*, in *The Guardian*, September 19, 2017.

⁷⁷ Cfr. H. HOVENKAMP, *Antitrust Interoperability Remedies*, in *U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper*, no. 22-14, 2022, p. 12.

⁷⁸ Cfr. F. SCOTT MORTON-M. KADES, *Interoperability as a Competition Remedy for Digital Networks*, cit., p. 11.

tare l'economia di piattaforma. Ebbene, per renderla effettiva nel mercato *data-driven* sarebbe necessario progettare interfacce di programmazione aperte e standardizzate mediante le quali sia possibile lo scambio di contenuti digitali. Ad esempio, si potrebbero adottare protocolli comuni che consentano all'*app* WhatsApp di dialogare col *server* Telegram (altra applicazione di messaggistica istantanea rivale della prima) e viceversa, allo stesso modo in cui avviene per i servizi di messaggistica telefonica.

Per quel che concerne il mercato dei *social network*, si è pensato alla possibilità di concepire delle APIs in grado di trasmettere e ricevere contenuti postati su una piattaforma *social* ad un'altra⁷⁹. Dunque, se si riuscissero ad ideare infrastrutture digitali in grado di consentire la condivisione dei contenuti in modo effettivamente trasversale, si arriverebbe a superare il problema legato all'impossibilità di *multi-homing* che imbriglia gli utenti all'interno del *walled garden* e degli effetti di rete che, in sostanza, non consentono ai nuovi entranti di competere con gli *incumbents*.

In concreto, l'utente iscritto a Facebook sarebbe realmente libero di lasciare il *social network* in presenza di piattaforme concorrenti in grado di offrire anche servizi migliori, specialmente in termini di tutela della *privacy*. Se decidesse di passare ad un servizio concorrente, l'utente non perderebbe più la possibilità di restare in contatto con gli amici di Facebook, perché grazie all'interoperabilità fra piattaforme sarebbe in grado di comunicare tra *network* diversi, condividendo i contenuti a prescindere dalla piattaforma di partenza⁸⁰.

L'adozione del principio di interoperabilità pare, dunque, una soluzione preferibile proprio per gli effetti procompetitivi che è in grado di generare nei mercati digitali. In tal senso, si sta muovendo non solo il Legislatore d'oltreoceano, ma anche la Commissione Europea. Negli Stati Uniti, infatti, sono state presentate il giorno 11 giugno 2021 due proposte di legge antitrust «*ACCESS Act*» e «*American Choice Innovation Online Act*» volte entrambe a garantire l'interoperabilità all'interno delle piattaforme digitali e fra di esse. In particolare, la prima proposta prevede alle Sezioni 3 e 4 di imporre alle *big tech companies* di avere interfacce di programmazione in grado di favorire la portabilità dei dati e l'interoperabilità fra le piattaforme in modo tale che gli utenti riescano facilmente a trasferire i propri dati da una piattaforma all'altra in un formato che sia leggibile e comprensibile⁸¹. In Europa, è stato raggiunto l'accordo fra il Parlamento UE ed il Consiglio circa la prossima adozione della proposta di Regolamento UE «*Digital Markets Act*» (DMA) che, nella versione recentemente emendata dell'articolo 6, par. 1, *lett. fa*) e *lett. fb*), impone ai *gatekeepers* della messaggistica istantanea e dei servizi di *social network*, l'interoperabilità con i servizi concorrenti⁸².

Con le proposte di legge antitrust e la proposta di Regolamento Europeo

⁷⁹ F.M. SCOTT MORTON *et al.*, *Equitable Interoperability: The 'Super Tool' of Digital Platform Governance*, in *Discussion Paper*, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3923602, no. 4, 2021, p. 12.

⁸⁰ I. BROWN, *Interoperability as a Tool for Competition Regulation*, in *OpenForum Academy*, available at https://openforumeurope.org/wp-content/uploads/2020/11/Ian_Brown_Interoperability_for_competition_regulation.pdf, November 2020, p. 9.

⁸¹ Cfr. A. LICASTRO, *Platform Economy: sei proposte di legge antitrust per fermare lo strapotere dei Big Tech*, in *Blog Orizzonti del diritto pubblico*, disponibile in <https://orizzontideldirittopub.com/2021/07/12/platform-economy-sei-proposte-di-legge-antitrust-per-fermare-lo-strapotere-dei-big-tech/>, 12 luglio 2021.

⁸² Cfr. I. BROWN, *Interoperability in one minute*, in *Data protection and digital competition*, available at *Interoperability in one minute – Data protection and digital competition (ian-brown.tech)*, February 24, 2022.

l'interoperabilità finisce, dunque, per divenire uno strumento procompetitivo da preferire rispetto alla cessione delle attività perché in grado di spingere il mercato digitale verso una maggiore contendibilità ed assicurare agli utenti maggiore libertà di scelta.

5. Note conclusive e possibili scenari futuri

Le riflessioni precedenti sulla vicenda in commento mostrano in maniera chiara ed evidente come l'economia digitale non possa essere regolata dai legislatori e dalle autorità della concorrenza mediante l'uso delle categorie giuridiche che il diritto antitrust ha previsto per i mercati tradizionali⁸³.

È evidente che al momento non si possano fare prognostici circa l'esito del procedimento, ma ciò che ne è emerso sin d'ora, mette in luce come il giudice Boasberg abbia «le mani legate» perché, pur volendo condannare le condotte illecite del colosso del web, pare non abbia strumenti normativi appropriati a sanzionarle⁸⁴.

Di certo, la vicenda si rileva particolarmente interessante soprattutto sotto il profilo del corretto accertamento dell'esistenza del potere monopolistico di Facebook. Nella prima pronuncia, la Corte distrettuale non è stata in grado di sanzionare il *monopoly power* della società visto che, considerate le peculiarità dell'economia digitale, non poteva che rivelarsi fallimentare accertarne l'esistenza con i criteri tradizionalmente usati per verificare il livello di efficienza del mercato, quali il prezzo ed il volume. Se ne è avuta chiara esemplificazione quando il giudice Boasberg ha ritenuto che il possesso del 60% delle quote di mercato da parte dell'ecosistema non valesse a provare l'esistenza del monopolio. Si trattava di una mera congettura, da respingere per insufficienza di prove. Nell'emendamento al ricorso, la FTC ha, invece, tracciato una strada nuova, alternativa a quella che aveva percorso sin d'ora, ma certamente più adatta a verificare il raggiungimento della posizione di monopolio nei mercati *data-driven*. Si è pensato, così, di desumerla da un parametro qualitativo come la degradazione della tutela della *privacy*. Il potere di mercato crescerebbe in modo inversamente proporzionale ai livelli di tutela dei dati personali. La Corte federale ha dimostrato di condividere tale posizione allorché nel giudicare le *killer acquisitions* ha riconosciuto come le due operazioni di concentrazione avrebbero ridotto oltre all'innovazione, anche la tutela della *privacy*. In particolare, secondo la Corte, proprio l'acquisizione di WhatsApp avrebbe privato gli utenti della possibilità di utilizzare un'applicazione che aveva sempre considerato essenziale la protezione dei dati personali dei suoi utenti, diversamente da Facebook. Incorporare la *privacy* all'interno del diritto antitrust potrebbe, dunque, rivelarsi utile in fase di accertamento delle condotte anticompetitive.

Su questo aspetto occorrerebbe insistere anche alla luce delle novità che, di recente, hanno riguardato il modello aziendale della società di Menlo Park.

Difatti, mentre la diatriba fra Facebook e la FTC si accendeva nelle aule

⁸³ Cfr. L. AMMANNATI, *Per una "nuova" regolazione delle piattaforme digitali*, in *Astrid Rassegna n.10/2021*, disponibile in <https://www.astrid-online.it/>, p. 1.

⁸⁴ La vicenda giudiziaria Apple vs. Epic Games ne costituisce una chiara dimostrazione. Sul punto si veda: A. LICASTRO, *La riscoperta dell'abuso di dipendenza economica nell'era dei mercati digitali*, cit., p. 145 ss.

della Corte del Distretto di Columbia, dal canto suo, pochi giorni prima della seconda pronuncia, Zuckerberg presentava al mondo, durante l'annuale conferenza *Connect*, una nuova versione del *social network* esordendo così:

«È giunto il momento per noi di adottare un nuovo marchio che comprenda tutto quello che facciamo che rifletta ciò che siamo e quello che speriamo di costruire. La nostra missione resta la stessa ovvero avvicinare le persone. Siamo ancora l'azienda che progetta tecnologia intorno alle persone. Ma ora abbiamo una stella polare che ci aiuterà a dare vita al metaverso. E abbiamo un nuovo nome che riflette in maniera più comprensiva quello che facciamo. Sono orgoglioso di annunciare che a partire da oggi la nostra compagnia si chiamerà Meta. Una piattaforma ancora più immersiva, un internet incarnato dove sei. La caratteristica definitiva del metaverso sarà una sensazione di presenza, come se fossi proprio lì con un'altra persona o in un altro posto».

Dietro alla scelta commerciale di cambiare il *brand* dell'ecosistema digitale l'intenzione dichiarata di creare un «oltre», una realtà virtuale totalmente immersiva che, per ammissione del suo stesso fondatore, fosse in grado di divenire il «successore di Internet *mobile*». In questo nuovo spazio virtuale, saranno gli *avatars* ad agire, ossia copie digitali dell'identità umana che saranno in grado di comprare beni virtuali o venderli, riunirsi per lavoro, partecipare ad eventi, passando da un *social network* ad un altro liberamente⁸⁵. Nel consentire quest'ultima possibilità, sorge il sospetto che la società voglia superare i dubbi emersi, anche nel corso della vicenda giudiziaria in commento, circa la mancanza di interoperabilità fra i suoi servizi.

L'intenzione celata, invece, secondo i primi commentatori, sarebbe quella di distogliere l'attenzione dell'opinione pubblica dalle accuse recentemente sollevate da Frances Haugen, ex manager del *social network*, per aver favorito la diffusione di notizie false che avrebbero portato all'attacco di Capitol Hill nel 2020⁸⁶. Senza tener conto delle accuse, avanzate di recente dall'*Attorney General* del Texas secondo le quali Facebook/Meta avrebbe raccolto e sfruttato i dati biometrici di milioni di cittadini tramite il suo sistema di riconoscimento facciale e senza il loro consenso⁸⁷. La reputazione della piattaforma si trova così ad affrontare una crisi paragonabile, per impatto, solo a quella scoppiata col caso *Cambridge Analytica* e che dimostrerebbe, ancora una volta, la scarsa attenzione alla *privacy* da parte dell'ecosistema.

Come si è già sottolineato in precedenza, le pratiche di renderizzazione dell'esperienza online degli iscritti sono essenziali per la sopravvivenza economica del *social network* ed in base alle poche informazioni trapelate sino ad ora pare potersi sostenere che nel metaverso tali condotte saranno elevate all'ennesima potenza. Difatti, per muoversi ed interagire in questo nuovo universo sarà necessario munirsi di visori di realtà aumentata, come *Oculus*, progettato e venduto dalla stessa Meta. Il rischio che la piattaforma usi tali strumenti ottici per carpire informazioni provenienti dal subconscio delle persone (c.d. *eye-tracking*⁸⁸) ed insi-

⁸⁵ E. RAVENSRAFT, *What Is the Metaverse, Exactly? Everything you never wanted to know about the future of talking about the future*, in *WIRED*, <https://www.wired.com/story/what-is-the-metaverse/>, 25 novembre 2021, (ultimo accesso: 5 gennaio 2022).

⁸⁶ F. RAMPINI, *Il mondo parallelo di Zuckerberg: alla conquista dello spazio virtuale*, in *Corriere della Sera*, 7 novembre 2021.

⁸⁷ *State of Texas v. Meta Platform, Inc./Facebook, Inc.*, Cause no. 22-0121.

⁸⁸ Col termine «*eye-tracking*» (in italiano oculometria) si intende far riferimento al processo

nuarsi così negli aspetti più intimi della sfera umana per sviluppare prodotti e servizi sempre più predittivi e, di conseguenza, remunerativi, appare elevato⁸⁹. Difatti, se l'esperienza umana viene datificata per trarne profitto, non sembra potersi dubitare che lo stesso possa accadere con riguardo alla sfera più intima del sé, dato che la persona è concepita dal capitalismo della sorveglianza come fonte di approvvigionamento primario per la sopravvivenza nei mercati *data-driven*.

D'altronde, non può neppure escludersi che il passaggio al metaverso sia una mossa sapientemente orchestrata per rispondere al fuoco incrociato cui oramai da diversi mesi viene sottoposta la società dai regolatori. I fautori del risveglio del diritto antitrust statunitense sono Tim Wu e Lina Khan, entrambi professori della Columbia University, esponenti della corrente di pensiero neo-brandesiana nonché sostenitori di una visione dell'antitrust che abbandoni un approccio di carattere esclusivamente economico, così come propugnato dalla *Chicago School*. Infatti, facendo proprio questo approccio, le Corti federali avrebbero favorito l'idea del mercato libero di autoregolamentarsi⁹⁰. Una sorta di «ritorno all'antico» che sia in grado di riportare in auge i principi ispiratori dello *Sherman Act* e del *Clayton Act* che, nel monopolio, vedevano una «cancro» da eradicare per la salvaguardia della democrazia⁹¹. Un vento di cambiamento che dalle aule universitarie newyorkesi è arrivato a conquistare le sale del Congresso degli Stati Uniti e persino la stanza ovale. Non a caso nel luglio 2021 il Presidente Biden ha firmato l'ordine esecutivo intitolato «*Promoting Competition in the American Economy*» improntato a favorire la concorrenza, in risposta all'elevato grado di concentrazione del potere in molti dei settori dell'economia americana, compreso quello tecnologico⁹².

Viene spontaneo domandarsi quali sfide verranno lanciate dal nuovo universo alle autorità della concorrenza. Margrethe Vestager, in una recente intervista, avrebbe avanzato l'ipotesi di introdurre anche per il metaverso una possibile regolamentazione, pur chiarendo che ciò sarà possibile solo quando si sarà in grado di comprendere a pieno questa nuova realtà⁹³. Di certo, questa volta il contesto normativo sembra essere maggiormente preparato ad affrontarle. Diversamente da quanto fatto in passato, i regolatori non si starebbero più soffermando sull'esaltazione delle «magnifiche sorti e progressive» della *digital economy*, quanto piuttosto sulla necessità di comprenderne i rischi ed agire *ex ante*, prima che il potere economico delle *big tech companies* diventi ingovernabile.

che monitora i movimenti oculari per determinare il punto in cui un soggetto sta guardando, cosa sta guardando e per quanto tempo il suo sguardo indugia in un determinato punto dello spazio. I movimenti oculari indicano gli stimoli più rilevanti che l'osservatore sta ricevendo da quanto sta osservando e, dunque, consente di capire quali siano gli elementi di un prodotto o di un servizio che più lo colpiscono a livello inconscio.

⁸⁹ Cfr. D. UBERTI, *Come the Metaverse, Can Privacy Exist?* In *The Washington Post*, www.wsj.com/articles/come-the-metaverse-can-privacy-exist-11641292206, 4 gennaio 2022, (ultimo accesso: 5 gennaio 2022).

⁹⁰ Sul punto cfr. L. AMMANNATI, *I predatori del mercato e i tentativi di cattura*, cit., p. 28.

⁹¹ V. MANGINI, *Vecchio e Nuovo nell'antitrust nord-americano*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2, 1982, pp. 69-70.

⁹² THE WHITE HOUSE, *Executive Order on Promoting Competition in the American Economy*, available at <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/07/09/fact-sheet-executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>, July 9, 2021, pp. 1-2.

⁹³ Cfr. A. ROBERTSON, *How The EU is fighting tech giants with Margrethe Vestager*, in *The Verge*, available at <https://www.theverge.com/22981261/margrethe-vestager-decoder-antitrust-eu-apple-facebook-google-jedi-blue>, March 17, 2022, p. 1.