ISSN 2284-2934

Fascicolo **2** | 2024

RIVISTA DELLA
Regolazione dei mercati

G. Giappichelli Editore

INDICE

Rivista della
Regolazione dei mercati
Fascicolo **2**| 2024

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, P. Chirulli,
E. Chiti, M. Clarich,
U. Filotto, D. Gallo, G. Gardini,
F. Ghezzi, B. Marchetti, A. Marra,
M. Passalacqua, C. Scarpa,
C. Schepisi, B. Tonoletti

Comitato scientifico

A. Albanese, A. Alemanno, C. Barbati,
L.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,
G. Cavalieri, V. Gioffré, L. Grossi
S. Lucattini, B. Rabai

Progetto grafico e impaginazione

mv comunicazione architetti associati

TUTELA DELLA CONCORRENZA, REGOLAZIONE ECONOMICA E POLITICA INDUSTRIALE A DIECI ANNI DALLA NASCITA DELLA RIVISTA DELLA REGOLAZIONE DEI MERCATI*

I mercati e la loro disciplina: il bilancio di un decennio 315
di *L. Torchia*

Peripezie passate e presenti della tutela della concorrenza 323
di *M. Ramajoli*

Concorrenza e politica industriale: cosa cambia con la globalizzazione 341
di *M. Grillo*

La regolazione economica nel nuovo modello europeo di disciplina dei mercati 361
di *F. Donati*

Per una politica industriale comune. Scelte di governance dell'Unione europea 374
di *L. Ammannati*

Cosa c'è di nuovo nella "nuova" politica industriale europea? 389
di *C. Scarpa*

La nuova strategia industriale europea e la sua sostenibilità politica e sociale 413
di *E. Bruti Liberati*

Nuovi scenari globali e diritto dell'economia 425
di *M. Clarich*

SAGGI

Separazione dei poteri e autorità indipendenti 444
di *G. Morbidelli*

Interazioni e intersezioni di un diritto sempre più (euro)unitario 461
di *L. Grossi*

COMMENTI

AML Package: prime considerazioni sui profili sostanziali e formali della nuova disciplina antiriciclaggio dell'UE 501
di *V. Capuano*

* I saggi compresi nella presente sezione costituiscono la versione rielaborata delle relazioni tenute nell'ambito del convegno *Tutela della concorrenza, regolazione economica e politica industriale nel nuovo paradigma europeo di disciplina dei mercati. A 10 anni dalla nascita della Rivista della regolazione dei mercati*, che ha avuto luogo il 5 giugno 2024 presso l'Università degli Studi di Milano-Statale.

Organizzazione e territorio nei servizi pubblici locali a rete 521
di *E. Parisi*

La terza direttiva sul credito ai consumatori: distinzioni e complementarità nella tutela di interessi pubblici e privati 548
di *M. Ortino*

Interazioni e intersezioni di un diritto sempre più (euro)unitario

Interactions and Intersections of an Increasingly (Euro)Unitary Law

di *Lorenzo Grossi*[*]

ABSTRACT

Le interazioni e le intersezioni del diritto restituiscono un quadro giuridico complesso, policentrico e caleidoscopico. Indagarne la portata significa calarsi nella realtà giuridica sempre più articolata, nella quale le varie fonti del diritto e gli attori istituzionali si inseriscono. Chiaro esempio di queste dinamiche è la concorrenza, la cui dimensione si affianca, senza peraltro essere sostituita, al conseguimento di fini sociali e di protezione dei diritti fondamentali. Si riscopre dunque uno slancio oltre la concorrenza, che rende plastico ed evidente quel complesso sistema di interazioni e intersezioni del diritto che caratterizza la realtà giuridica contemporanea. Il quadro è ulteriormente complicato dall'impatto che il diritto UE (ma anche il diritto internazionale) provocano sull'ordinamento giuridico nazionale, elementi che devono essere valorizzati non solo per ovvi vincoli giuridici, ma anche per la tutela accresciuta che comportano di quegli altri obiettivi che si intendono perseguire accanto alla protezione del processo concorrenziale. Chiari esempi di queste tendenze si ravvisano nel settore digitale, dove si osserva in maniera dinamica l'intreccio tra il diritto della concorrenza, il diritto della regolazione, il diritto di proprietà intellettuale e la tutela dei dati personali. Ne deriva allora l'esigenza di scomporre e quindi ricomporre questi diversi settori, per offrire una ricostruzione, e quindi una lettura, il più possibile unitarie del diritto.

The interactions and intersections of law bring about a complex, polycentric and kaleidoscopic legal picture. Thus, investigating their scope means understanding the increasingly articulated legal reality characterized by different sources of law and institutional actors. In this perceptive, competition lends itself to be an evident example thereof. It complements, without being replaced by, the achievement of social purposes, as well as the protection of fundamental rights. The heart of the matter is the move beyond competition, which makes evident the existence of a complex system of interactions and intersections of law. The legal framework is further complicated by the impact that EU law (and also international law) have on the national legal system. These multiple layers cannot be ignored but must be enhanced both because of the obvious legal constraints and because of the greater safeguards they entail, to achieve the protection of purposes other than that of the competitive process. The digital sector is a clear example, where the intertwinement among competition law,

* Dottorando di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Milano – Statale.

regulatory law, intellectual property law and data protection is quite evident. It is therefore necessary to break down and recompose these different areas of law to offer an interpretation of the law that is as unified as possible.

Sommario: 1. Le interazioni e le intersezioni del diritto. – 2. Una prima interazione e intersezione: tra tutela dei dati personali e diritto della concorrenza. – 2.1. Oltre la concorrenza. – 2.2. A volte ritornano: la «concorrenza normale». – 2.3. L'ingresso dei dati personali e della disciplina posta a loro tutela nel diritto della concorrenza. – 2.4. Il principio di leale cooperazione nella costruzione del diritto amministrativo dell'UE. – 3. Una seconda interazione e intersezione: il diritto di proprietà intellettuale tra protezione dei dati personali e diritto della concorrenza. – 3.1. Il diritto di proprietà intellettuale al crocevia di diversi settori giuridici. – 3.2. Il diritto di proprietà intellettuale nelle sfide della *data-driven economy*. – 3.3. Corsa alle armi: il diritto della concorrenza. – 3.3.1. L'interazione tra diritto di proprietà intellettuale e diritto della concorrenza. – 3.3.2. La figura più sintomatica di abuso *ex* art. 102 TFUE: il rifiuto di concedere una licenza. – 3.3.3. Espugnare la roccaforte. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Le interazioni e le intersezioni del diritto

Le interazioni e le intersezioni del diritto vogliono significare l'insieme delle connessioni intessute tra i vari settori giuridici per un'applicazione del diritto unitaria e senza soluzioni di continuità. Studiare le intersezioni del diritto significa allora dare contezza a livello giuridico della complessità del reale. Quest'ultimo si mostra sempre più articolato e sempre di più impone una compenetrazione di saperi, tutti interni alla scienza giuridica (ma non solo), che prima d'ora non era stata così necessaria [1]. Se si guarda, per esempio, al digitale, non si può non scrutare in ogni dove come un solo settore del diritto sia insufficiente a comprendere e quindi ordinare i fenomeni che da esso si dispiegano.

L'orizzonte muta e con esso muta anche il diritto. Suona radicato il perenne insegnamento: «*ubi societas, ibi ius*» [2]. Così, il giurista viene esposto a nuove sfide, perché per comprendere e razionalizzare questo policentrismo deve prendere consapevolezza di un quadro normativo altrettanto caleidoscopico, cercando di tenere insieme tra di loro le varie branche del diritto, che, solo unitariamente, riescono a spiegare la realtà contemporanea. Dopotutto, il diritto rimane unico e unitario, ma per esigenze più che giustificate di dignità scientifica, viene studiato e praticato nell'autonomia dei suoi diversi settori. Talvolta, risulta però determinante operare una *reductio ad unum*, pur non negando l'autonomia di ciascun settore della scienza giuridica, al fine di ricostruire un quadro di insieme, che evidenzi le tendenze di fenomeni ancora da comprendere appieno.

Il presente contributo cerca allora, senza pretesa di esaustività, di individuare alcuni settori del diritto nei quali tali compenetrazioni si rendono più manifeste e visibili, provando nell'arduo compito di descriverne le connessioni. La Sezione 2 si occupa di studiare le interazioni e intersezioni tra la tutela dei dati personali e il diritto della concorrenza, mostrando quali siano, alla luce dei recenti mutamenti giurisprudenziali, le possibilità applicative reciproche dell'uno e dell'altro settore giuridico al mercato digitale. La Sezione 3 aggiunge a questa già arti-

[1] Sul punto, si vedano, *ex multis*, M. D'Alberti, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2004, pp. 705-721; B. Caravita, *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in *Federal.*, n. 8, 2017, pp. 2-5; F. Donati, *La tutela della concorrenza tra Costituzione e diritto dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, fasc. 1, 2020, pp. 13-28.

[2] S. Romano, *L'ordinamento giuridico* (1918), III ed., Sansoni, Firenze, 1977, pp. 25-26.

colata dinamica un ulteriore grado di complessità, rappresentato dal diritto di proprietà intellettuale, che, nell'offrire una più intensa protezione giuridica, può rappresentare al tempo stesso un ostacolo alla concorrenza. Il *trait-d'union* vuole evidenziare come, nell'ambito del mercato digitale, la compenetrazione tra diversi settori del diritto si renda centrale tanto per approntare una normativa adeguata ai fenomeni che vi si manifestano, quanto per determinare gli equilibri istituzionali alla luce del processo di integrazione europea.

L'obiettivo di studiare queste interazioni e intersezioni è dunque quello di mostrare come il diritto si stia muovendo verso nuovi e diversi fini, sociali e di tutela dei diritti fondamentali, che non vanno necessariamente a sostituirsi alla concorrenza, la cui tutela resta pur sempre centrale, bensì che ad essa si accompagnano. Perciò, anche il diritto della concorrenza, per come tradizionalmente conosciuto, sta subendo un processo di progressivo mutamento, per introiettare entro il suo agire altri e diversi scopi. In questo modo, si può comprendere quello stimolo ad andare oltre la concorrenza, in un quadro normativo sempre più complesso, che non si arresta alle fonti di diritto nazionale, ma travalica questi confini, per raggiungere il livello sovranazionale e, talvolta, anche quello internazionale.

2. Una prima interazione e intersezione: tra tutela dei dati personali e diritto della concorrenza

2.1. Oltre la concorrenza

Un punto privilegiato di osservazione delle interazioni e intersezioni del diritto è offerto dall'economia digitale, che mostra in maniera plastica come il diritto della concorrenza si stia progressivamente permeando di un'importanza sempre più accresciuta dei dati personali [3]. Si è già lungamente studiato la struttura del mercato digitale, dove i prestatori offrono servizi *online* personalizzati e pubblicità mirate a un apparente costo zero su c.d. *multi-sided platforms*, che permettono loro di beneficiare di effetti (diretti e indiretti) di rete [4]. Laddove queste

[3] Diversa è invece la *privacy*, che spesso viene in gioco accanto alla protezione dei dati personali. La *privacy*, già riconosciuta come diritto alla riservatezza *ex* art. 15 Cost. nonché come diritto al rispetto della vita privata (e della vita familiare) *ex* art. 7 Carta dei Diritti fondamentali, si qualifica come un diritto soggettivo escludente, volto a «[…] controllare la circolazione delle informazioni riferite alla propria persona […]» (Corte Cost., 21 febbraio 2019, n. 20). Tali informazioni, che sono di varia natura (biologica, politica, filosofica, ecc.), sono rappresentate dai dati personali, i quali compongono i vari elementi che possono definire per unità l'identità di una persona, e le cui applicazioni pratiche nell'ambito dell'ecosistema digitale si mostrano come un sicuro valore economico di grande profitto per le piattaforme digitali, che potranno sviluppare forme di profilazione algoritmica proprio sulla base di questi. Pertanto, in un'ottica di interazioni e intersezioni del diritto, sono proprio i dati personali, e non anche la *privacy*, che divengono di centrale importanza, e su cui ci si intratterrà appunto nel prosieguo di questo scritto. Sul punto si vedano G. GIACOBBE, *Riservatezza (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 1243-1959; M. BOMBARDELLI, *Dati personali (tutela dei)*, in *Enc. dir.*, *I Tematici*, tomo III – *Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, pp. 351-381; M. RAMAJOLI, *La convivenza tra trasparenza e privacy*, in *Dir. amm.*, fasc. 2, 2024, pp. 471-495. Per tutti, si rinvia a S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, II ed. a cura di G. Alpa-M.R. Marella-G. Marini-G. Resta, Il Mulino, Bologna, 2021, pp. 23-118.

[4] D.S. EVANS, *Attention to Rivalry among Online Platforms and Its Implications for Antitrust Analysis*, in *J. Comp. L. & Econ.*, vol. 9, n. 2, 2013, pp. 313-357; A. GEBICKA-A. HEINEMANN, *Social Media & Competition Law*, in *Worl. Comp.*, vol. 37, n. 2, 2014, pp. 149-172; D.S. EVANS-R. SCHMALENSEE, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*, in R.D. BLAIR-D. SOKOL

dinamiche si associno poi a violazioni, più o meno patenti, della disciplina dei dati personali, le esternalità negative che ne derivano saranno duplici, immediate per i consumatori, che si vedono lesi di un loro diritto fondamentale, e mediate per le imprese concorrenti, che, adeguandosi alla disciplina della protezione dei dati personali, soffriranno così di conseguenze comparativamente più svantaggiose rispetto a quelle imprese che, mancando di conformarsi alla disciplina in vigore, non sostengono i costi della *compliance* [5]. Di conseguenza, il diritto della concorrenza, soprattutto nella fattispecie dell'abuso di posizione dominante *ex* art. 102 TFUE, ritorna al centro della scena giuridica, anche se, da solo, potrebbe non essere in grado di cogliere questa nuova complessità digitale.

Perciò, superando un orientamento giurisprudenziale precedente, che negava rilevanza giuridica ai fini dell'applicazione del diritto della concorrenza alle questioni relative alla tutela dei dati personali [6], nella sentenza *Meta c. Bundeskartellamt* [7], la Corte di Giustizia ha riconosciuto, nel contesto di un'economia *data driven*, il potere di un'autorità nazionale garante della concorrenza, nel constatare l'abuso di posizione dominante *ex* art. 102 TFUE, di accertare incidentalmente anche l'eventuale violazione della normativa posta a tutela dei dati personali, come quella rilevata dal *Bundeskartellamt* per l'inosservanza del regolamento 679/2016 (RGPD), perpetrata da parte di Meta [8].

Si tratta di una sentenza interessante, che invita il giurista contemporaneo a una visione unitaria del diritto, al di là della dimensione settoriale che viene spesso praticata, per recuperare l'insieme delle interazioni e intersezioni – oltre la concorrenza – che portano a una compenetrazione delle diverse applicazioni del diritto.

Non è un caso allora che tale sentenza sia stata resa proprio nell'ambito del diritto della concorrenza, là dove, insieme al diritto del mercato interno, l'ordinamento giuridico dell'UE si è nei decenni consolidato maggiormente. Eppure, il diritto UE, espressione di un'integrazione originariamente economica, ha tenuto prova, nel corso del tempo, all'emersione di nuove esigenze normative, adattandovisi continuamente. Così, nell'ambito del diritto del mercato interno, è dapprima emersa la protezione di «*non-market values*», vale a dire «*non-economic common objectives*» [9], come lo sono i diritti fondamentali e gli obiettivi delle

---

(a cura di), *Oxford Handbook on International Antitrust Economics*, vol. 1, Oxford University Press, Oxford, pp. 404-450; I. GRAEF, *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, in *Worl. Comp.*, vol. 38, n. 4, 2015, pp. 473-506; D.D. SOKOL-R. COMERFORD, *Does Antitrust Have a Role to Play in Regulating Big Data?*, in R.D. BLAIR-D.D. SOKOL (a cura di), *The Cambridge Handbook of Antitrust*, *Intellectual property and High Tech*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, pp. 293-315; L.M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in *Yale L. J.*, vol. 126, n. 3, 2017, pp. 712-805; P.J. VAN DE WAERDT, *Information Asymmetries: Recognizing the Limits of the GDPR on the data-driven market*, in *Comp. L. & Sec. Rev.*, vol. 38, 2020, pp. 1-18; H. HOVENKAMP, *Antitrust and Platform Monopoly*, in *Yale L. J.*, vol. 130, n. 8, 2021, pp. 1952-2050.

[5] G. COLANGELO-M. MAGGIOLINO, *Antitrust* Über Alles*. Whither Competition Law after* Facebook*?*, in *Worl. Comp.*, vol. 42, n. 3, 2019, p. 357.

[6] Corte di Giustizia, 23 novembre 2006, causa C-238/05, *Asnef-Equifax*, par. 63.

[7] Corte di Giustizia, 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta Platforms Inc. c. Bundeskartellamt*, parr. 36-63, con commento di A. LICASTRO, Meta Platforms Inc., *già* Facebook Inc. v. Bundeskartellamt*: la Corte di Giustizia dell'Unione Europea apre (finalmente) all'integrazione fra diritto* antitrust *e* data protection, in questa *Rivista*, fasc. 2, 2023, pp. 503-536.

[8] Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016.

[9] B. DE WITTE, *Non-Market Values in Internal Market Legislation*, in N.N. SHUIBHNE (a cura di), *Regulating the Internal Market*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006, p. 62.

politiche sociali e ambientali [10], che si tenta di realizzare attraverso interventi legislativi per l'armonizzazione del mercato interno, inteso come un vero e proprio «*normative corridor*» [11]. Tale approccio ha ricevuto una consolidazione giurisprudenziale, tra i tanti, nella vicenda *Tobacco Advertising*, nella quale la Corte riconobbe la possibilità di fare ricorso alla base giuridica dell'art. 114 TFUE, anche qualora fossero state determinanti considerazioni in materia di protezione della salute pubblica, un *non-market value* appunto, per l'armonizzazione paventata, purché i requisiti per utilizzare tale disposizione fossero stati rispettati [12].

Parimenti, in tempi più recenti, il dibattito ha animato pure il diritto della concorrenza, rispetto al quale, però, la riflessione si è amplificata, in quanto ha inciso anche sui fini che la protezione offerta da tale diritto intende conseguire. La stessa concorrenza può oggi considerarsi come un interesse pubblico [13], quantomeno nella misura in cui la Corte di Giustizia ha riconosciuto una prioritaria tutela della struttura concorrenziale del mercato [14]. Ciò significa che si ritiene superata la filosofia tradizionale, debitrice al diritto statunitense, e in particolare alla Scuola di Chicago, che vedeva nel diritto della concorrenza lo strumento per massimizzare anzitutto il benessere dei consumatori [15], e che aveva come conseguenza quella di ostacolare attività economiche che, pur essendo state neutre da un punto di vista del processo concorrenziale, avrebbero comportato effetti negativi proprio per i consumatori [16].

Così, si discute oggi se il diritto della concorrenza possa essere caricato dal perseguimento di obiettivi ultronei rispetto alla sua natura più intimamente economica, come accade già per l'armonizzazione del mercato interno. In questi termini, il diritto della concorrenza avrebbe le caratteristiche proprie di una «spugna», capace di assorbire valori e obiettivi esterni alla mera incidenza eco-

---

[10] D'altra parte, non è certo nuovo nel diritto l'utilizzo di clausole generali che consentono, allargando le maglie del diritto, di perseguire interessi (anche sociali) talora contrapposti talaltra convergenti. Sul punto si vedano, in generale, M. CLARICH-M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Edizioni ETS, Pisa, 2021, e, nello specifico, M. RAMAJOLI, *Le clausole generali nel diritto pubblico dell'economia*, in questa *Rivista*, fasc. 2, 2023, pp. 274-294.

[11] M. CANTERO GAMITO, *The European Freedom Act (EMFA) as Meta-Regulation*, in *Comp. L. & Sec. Rev.*, vol. 48, 2023, p. 8.

[12] Corte di Giustizia, 5 ottobre 2000, causa C-376/98, *Germania e Parlamento c. Consiglio*, parr. 83, 88.

[13] G. ROSSI, Antitrust *e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, fasc. 1, 1995, pp. 1-21; M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 2008, pp. 121-162; F. DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, fasc. 6, 2009, pp. 1057-1086; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": prosperità e fondamento*, in *Dir. amm.*, fasc. 1-2, 2013, pp. 21-22; M. D'ALBERTI, *Concorrenza e giustizia sociale*, in *Merc., conc., reg.*, fasc. 2, 2020, pp. 235-252; N. DUNNE, *Public Interest and EU Competition Law*, in *Ant. Bull.*, vol. 65, n. 2, 2020, pp. 256-257.

[14] Corte di Giustizia, 6 ottobre 2009, cause riunite C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, *Glaxo Spain*, par. 62. Si veda, sul punto, anche M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici*, *mercati e globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 75-79.

[15] *Ex multis* R.A. POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, in *Univ. Penn. L. Rev.*, vol. 127, n. 4, 1979, pp. 925-948. Per una ricostruzione storica, anche in ottica comparata, dell'evoluzione del diritto della concorrenza, si veda A. JONES-B. SUFRIN-N. DUNNE, *Jones & Sufrin's EU Competition Law. Text*, *Cases*, *and Materials*, VIII ed., Oxford University Press, Oxford, 2023, pp. 18-40, nonché, con particolare riferimento al panorama italiano, M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, in *Mon. cred.*, vol. 68, n. 272, 2015, pp. 365-385.

[16] H. HOVENKAMP, *Antitrust Policy After Chicago*, in *Mich. L. Rev.*, vol. 84, n. 2, 1985, pp. 213-284; F. DENOZZA, Consumer welfare *e* shareholder value*: le comuni radici*, *i limiti e i difetti di due teorie neoliberali*, in *Oriz. dir. comm.*, fasc. 3, 2023, pp. 587-629.

nomica [17]. Sarebbe pertanto in grado di evocare aspirazioni nuove nella veste di catalizzatore giuridico, verso un policentrismo che giustifica sinergie con altri settori normativi, espressione di «*non-price parameters of competition*» [18], a fronte di diseguaglianze crescenti, a partire dagli ecosistemi digitali, che richiedono un intervento più sistematico da parte del potere pubblico [19]. In altri termini, se i *non-market values* sono in prima battuta assicurati da un'economia di mercato sana, laddove il mercato fallisca, allora dovrebbe essere il diritto della concorrenza *in primis*, secondo taluni, a escogitare soluzioni per soddisfare *anche* gli altri interessi in gioco.

D'altra parte, ciò pare essere proprio insito nella natura dell'evoluzione del diritto europeo, per come il panorama economico e giuridico dell'Europa continentale, e così anche quello dell'UE, si sono sviluppati a partire dal Secondo dopoguerra. Ebbene, in quegli anni, sulla scia dell'ordoliberalismo [20], si maturò anche la consapevolezza di costruire uno Stato sociale, quale è, per esempio, il prodotto della Costituzione italiana, che ha permesso di tracciare una via verso la costruzione di un nucleo di diritti sociali, di cui la Repubblica si fa promotrice e portatrice, anche in virtù dell'art. 3 Cost. [21], una norma talora letta come «[…] ricerca di modi nuovi per fronteggiare le grandi concentrazioni di potere […]» [22]. Anche il diritto sovranazionale ha conosciuto del pari, soprattutto per mano della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, l'esigenza necessaria di accompagnare il processo di integrazione con la garanzia dei diritti fondamentali, partendo proprio dal principio di non discriminazione, che permea, quale architrave del sistema, la tutela dei diritti fondamentali nel diritto UE, il quale ne è uscito così rafforzato [23].

Pertanto, chi dice concorrenza oggi non può dire liberismo, o quantomeno non solo liberismo. Dopotutto, «[c]hi crede nel mercato non ha mai pensato di chiedere al mercato *tutto*, cioè la capacità di creare e attribuirci tutto ciò che vi viene in mente» [24]. Sarebbe contrario all'anima che costituisce l'integrazione europea asserire oggi che il diritto sovranazionale sia solo un diritto per il mercato in ottica pro-concorrenziale. Certo, il diritto della concorrenza si riscopre ancora un diritto economico, perché così è stato plasmato, secondo le coordinate già richiamate in precedenza, dalla sottostante analisi economica. Ma non

---

[17] A. Ezrachi, *Sponge*, in *J. Ant. Enforc.*, vol. 5, n. 1, 2017, pp. 59-64.

[18] I. Lianos, *Polycentric Competition Law*, in *Curr. Leg. Prob.*, vol. 71, n. 1, 2019, p. 163. Sul punto, si rinvia anche a E. Bruti Liberati, *Politica di concorrenza e politica industriale tra unità e differenziazione*, in questa *Rivista*, fasc. 2, 2015, pp. 16-26.

[19] M. Ramajoli, *La tutela antitrust nel XXI secolo*, in questa *Rivista*, fasc. 2, 2020, pp. 227-229.

[20] Sull'ordoliberalismo, si rinvia a F. Böhm, *Das Problem der privaten Macht*, *ein Beitrag zur Monopolfrage*, in *Die Justiz*, vol. 3, 1928, pp. 324-345; F. Böhm, *Kartellauflösung und Konzernentflechtung: Spezialist enaufgabe oder Schicksalsfrage?*, in *Südd. Jur.-Zeit.*, vol. 2, n. 9, 1947, pp. 495-506, 504-505, e, più in generale, sull'evoluzione del diritto della concorrenza in Europa e in Italia, a F. Ghezzi-G. Olivieri, *Diritto* antitrust, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 1-43.

[21] S. Bartole, *Stato (forme di)*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, tomo II, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 1121-1124. Si vedano anche P.G. Grasso, *«Stato di diritto» e «Stato sociale» nell'attuale ordinamento italiano*, in *Pol.*, vol. 26, n. 4, 1961, pp. 807-820; A. Villani, *Stato sociale di diritto: decifrazione di una formula*, Università di Macerata (Pubblicazioni), Macerata, 1966.

[22] Così S. Rodotà, *op. cit.*, p. 31.

[23] E. Muir, *The Essence of the Fundamental Right to Equal Treatment: Back to the Origins*, in *German Law Journal*, 30, 2019, pp. 817-839. Si veda anche L.S. Rossi-F. Casolari (a cura di), *The Principle of Equality in EU Law*, Springer, Cham, 2017.

[24] R. Sacco, *L'autonomia contrattuale*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 10 *Obbligazioni e contratti*, tomo II, IV ed., Utet, Torino, 2018, p. 353.

è (più) solo economico, perché esso si mostra servente – e lo tocchiamo con mano – a diverse esigenze, che ben si allontanano da un *laissez-faire* generalizzato. In altre parole, come la Costituzione italiana è stata costruita per contemperare esigenze liberiste e socialiste, così il diritto dell'UE si è evoluto per introiettare entro la sua sfera di interpretazione e applicazione i diritti fondamentali, ivi ricomprendendo i diritti sociali. Per esempio, è "solo" del 2017 la proclamazione del Pilastro europeo dei diritti sociali [25], che, pur rimanendo una fonte di *soft law*, traccia una via, proprio come in passato, quando ancora non era giuridicamente vincolante, aveva fatto la Carta dei Diritti fondamentali [26]. Ne deriva che l'UE – e di riflesso l'ordinamento giuridico che da essa scaturisce – non sono più solo il frutto di un'integrazione economica. Il diritto UE si evolve come diritto completo, che, affiancando alla natura economica le istanze dei diritti fondamentali, tra cui i diritti sociali, si rende un catalizzatore giuridico.

Che il diritto della concorrenza muti rispetto a come tradizionalmente inteso è forse il segno del tempo. Occorre tuttavia essere cauti nell'aderire a questo orientamento [27]. Ciò è dovuto al fatto che caricare il diritto della concorrenza con obiettivi ultronei possa condurre tale diritto a una tendenza «cripto-regolatoria», vale a dire verso una commistione, quanto a natura, metodo e fini da perseguire, con il diritto della regolazione [28]. In altri termini, se il diritto della concorrenza e quello della regolazione finissero per coincidere, con un'assoluta sovrapponibilità dei loro presupposti applicativi, sarebbe la morte di qualsiasi intersezione e interazione. Appare invece più opportuno disegnare i loro confini, per attribuire a ciascuno il suo, senza che vi siano indebite sovrapposizioni, ma solo opportune sinergie.

Qui, si inserisce allora la sentenza *Meta c. Bundeskartellamt*, esempio di interazioni e intersezioni del diritto, poiché mostra quanto ingenuo sarebbe non considerare il valore economico che i dati, protetti in quanto diritto fondamentale, possono generare, nonché le eventuali conseguenze che la violazione della disciplina posta a loro tutela possa provocare ai fini dell'applicazione del diritto della concorrenza. Viceversa, nel perseguire la parabola della tutela dei diritti fondamentali [29], sarebbe superficiale non considerare la dimensione economica sottostante all'esercizio dei diritti fondamentali *online*, che deve sempre scendere a compromessi con un preciso modello di *business* privato, vale a dire quello delle piattaforme digitali. Da ciò scaturisce l'esigenza di guardare oltre la concorrenza, poiché si avrebbe altrimenti una visione parziale e semplicistica del fenomeno digitale, dove la componente della tutela dei diritti fondamentali,

---

[25] Commissione Europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Istituzione di un pilastro europeo dei diritti sociali*, COM(2017) 250 final.

[26] R. Tinière-C. Vidal, *Droit de l'Union européenne des droits fondamentaux*, Bruylant, Bruxelles, 2023, pp. 63-70.

[27] F. Denozza-A. Toffoletto, *Contro l'utilizzazione dell'"approccio economico" nell'interpretazione del diritto* antitrust, in *Conc. merc. reg.*, fasc. 3, 2006, pp. 563-579; R. Pardolesi, *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto* antitrust*?*, in *Merc., conc., reg.*, fasc. 1, 2007, pp. 119-128; R. Whish-D. Bailey, *Competition Law*, VII ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 19-24.

[28] M. Ramajoli, *Concorrenza (tutela della)*, in *Enc. dir.*, *I Tematici*, tomo III – *Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 297. Similmente, sull'importanza di distinguere i due statuti normativi del diritto della concorrenza e del diritto della regolazione, si rinvia a P. Ibáñez Colomo, *The New EU Competition Law*, Hart Publishing, Londra, 2023, pp. 73-99.

[29] T.C. Hartley, *The Foundations of European Union Law*, VIII ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 144-172.

per come esercitati *online*, si scontra con la libertà di impresa, già riconosciuta come diritto fondamentale dall'art. 16 Carta dei Diritti fondamentali [30].

Eppure, sono proprio queste due anime che rendono viva e attuale questa compenetrazione, al di là delle questioni più procedurali di competenza delle autorità procedenti, pure importanti, ma che cedono talvolta il passo alla necessità di una visione d'insieme dei settori giuridici considerati. In altre parole, come ben evidenziato dalla Corte di Giustizia, «[…] escludere le norme in materia di protezione dei dati personali dal contesto giuridico che le autorità garanti della concorrenza devono prendere in considerazione in sede di esame di un abuso di posizione dominante ignorerebbe la realtà di tale evoluzione economica e potrebbe pregiudicare l'effettività del diritto della concorrenza all'interno dell'Unione» [31]. Ne deriva dunque che il diritto UE, nella sua connotazione di regolazione economica originaria, ha dato spazio a molteplici e ulteriori beni (individuali e collettivi), che, al di là degli interventi loro propri, vuoi in termini di armonizzazione positiva, vuoi in termini di armonizzazione negativa, si ritrovano sottotraccia in quella regolazione più prettamente economica che caratterizza *illo tempore* il diritto UE.

2.2. A volte ritornano: la «concorrenza normale»

È curioso osservare che, nel giungere a una simile conclusione, la Corte di Giustizia, nella sentenza *Meta c. Bundeskartellamt*, recuperi la nozione di «mezzi su cui s'impernia la concorrenza normale» (*methods governing normal competition*) [32]. Quest'ultima rimanda a una risalente decisione della Corte di Giustizia in materia di diritto della concorrenza dell'UE, che è tornata in auge in tempi più recenti, quando, con la sentenza *Servizio Elettrico Nazionale*, si è espressa una tappa ulteriore nell'evoluzione giurisprudenziale [33].

Nella sentenza fondatrice di questo orientamento, vale a dire *Hoffmann-La Roche*, la Corte di Giustizia stabilì, senza per vero precisare, che un abuso di posizione dominante si configura allorquando l'impresa in posizione dominante ricorra «[…] a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza» [34]. Una «concorrenza normale» sarebbe allora rappresentata da un insieme di condotte pro-concorrenziali, che possono essere realizzate sia da imprese in posizione dominante sia da imprese che non lo sono. Tuttavia, una simile definizione sarebbe del tutto inutile, poiché l'art. 102 TFUE si applica esclusivamente alle imprese che *già* detengono una posizione dominante e sarebbe pertanto pleonastico fare ricorso a una simile comprensione della nozione di «concorrenza normale».

---

[30] Sull'interazione tra tutela dei dati personali e libertà d'impresa, si veda R. TORINO, *Libertà d'impresa e diritto alla protezione dei dati personali*, in *Riv. dir. media*, fasc. 1, 2023, pp. 66-85.

[31] Corte di Giustizia, 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta Platforms Inc. c. Bundeskartellamt*, par. 51.

[32] Corte di Giustizia, 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta Platforms Inc. c. Bundeskartellamt*, par. 47. Sul punto si veda P.J. VAN DE WAERDT, Meta v Bundeskartellamt*: Something Old*, *Something New*, in *Eur. Pap.*, vol. 8, n. 3, 2023, pp. 1077-1103.

[33] P. IBÁÑEZ COLOMO, *Competition on the Merits*, in *CMLRev.*, vol. 61, n. 2, 2024, pp. 399. Sulla nozione *competition on the merits*, si veda anche M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Annali, III, pp. 240-243; B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in questa *Rivista*, fasc. 1, 2015, pp. 8-10.

[34] Corte di Giustizia, 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche*, par. 91.

Per tali ragioni, la dottrina ha provato a definire una nozione ristretta e una nozione ampia di «concorrenza normale». Secondo una definizione ristretta, la «concorrenza normale» sarebbe di utile applicazione per individuare unicamente quelle condotte che abbiano un oggetto anticoncorrenziale [35], la cui natura sia quindi tale da essere in sé contraria all'art. 102 TFUE, senza considerare gli effetti, reali o potenziali, sulla struttura concorrenziale [36]. Di contro, una nozione ampia di «concorrenza normale» consentirebbe di recuperare proprio l'analisi casistica degli effetti, reali o potenziali, della condotta esaminata sul mercato [37].

Contrariamente a un primo momento, quando fu la nozione ristretta a prevalere, secondo cui soltanto quelle condotte che abbiano un oggetto anticoncorrenziale violano l'art. 102 TFUE, l'ingresso dell'analisi economica nell'analisi giuridica delle condotte anticoncorrenziali ha consentito di allontanarsi progressivamente da questa impostazione, spostando il baricentro sull'analisi degli effetti [38]. Quest'ultima sarebbe tra l'altro più rispondente – come si sostiene [39] – alla realtà economica, che permea anche le considerazioni della Corte di Giustizia, la quale, nell'analisi di una possibile violazione dell'art. 102 TFUE, richiede di tenere in considerazione la «responsabilità particolare» gravante sull'impresa in posizione dominante di non ostacolare una concorrenza effettiva, poiché la sua collocazione economica sul mercato indebolisce già il mercato stesso [40].

A ciò deve aggiungersi che la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, anche se non in maniera del tutto incontrastata [41], fa sovente ricorso al principio detto del «concorrente altrettanto efficiente» (*as-efficient-competitor principle*, o *AEC principle*), distinto dall'omonimo criterio [42], secondo il quale un'impresa in

---

[35] Occorre precisare che, a differenza dell'art. 101 TFUE, l'art. 102 TFUE non reca espressamente la distinzione tra restrizione per oggetto e restrizione per effetto. Ciononostante, dopo diverse sollecitazioni da parte della dottrina, la Corte di Giustizia ha espressamente stabilito che le due disposizioni devono essere interpretate e applicate «[…] in maniera coerente nel rispetto, tuttavia, delle specificità che caratterizzano l'uno e l'altro di questi stessi articoli» (Corte di Giustizia, 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *Superleague*, par. 119), lasciando quindi aperta la via per riconoscere, come già si soleva fare, la distinzione tra restrizione per oggetto e restrizione per effetto anche nel caso dell'art. 102 TFUE. Sul punto, si veda anche P. Ibáñez Colomo-A. Lamadrid de Pablo, *On the Notion of Restriction of Competition: What we Know and What We Don't Know We Know*, in D. Gerard-M. Merola-B. Meyring (a cura di), *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2017, pp. 333-374.

[36] P. Ibáñez Colomo, *Competition*, cit., pp. 390-393.

[37] P. Ibáñez Colomo, *Competition*, cit., p. 394.

[38] A.C. Witt, *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, Hart Publishing, Oxford, 2016, pp. 227-228. Si osservano comunque alcune distonie con riguardo al *more economics-based approach*. Sul punto, si rinvia a P. Ibáñez Colomo, *Beyond the 'More Economics-Based Approach': A Legal Perspective on Article 102 TFEU Case Law*, in *CMLRev.*, vol. 53, n. 3, 2016, pp. 709-713; J. Blockx, *The Limits of the 'More Economic' Approach to Antitrust*, in *Worl. Comp.*, vol. 42, n. 4, 2019, pp. 475-496; P. Ibáñez Colomo, *Whatever Happened to the 'More Economics-Based Approach'*, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. 11, n. 9, 2020, pp. 473-474; P. van Wijck, *Loyalty Rebates and the More Economic Approach to EU Competition Law*, in *Eur. Comp. J.*, vol. 17, n. 1, 2021, pp. 1-22; F. Denozza, *Prima della tempesta. Equilibrio, mercato e potere privato in uno degli ultimi saggi di Tullio Ascarelli*, in *Oss. dir. civ. comm.*, fasc. 1, 2022, pp. 65-69.

[39] P. Ibáñez Colomo, *Competition*, cit., p. 394.

[40] Corte di Giustizia, 30 gennaio 2020, causa C-307/18, *Generics (UK)*, par. 153.

[41] Si rinvia, per la ricostruzione critica delle premesse teoriche del principio del concorrente altrettanto efficiente alla luce dell'obiettivo di tutela del processo concorrenziale, a M. Grillo, *Market Competition, Efficiency and Economic Liberty*, in *Int. Rev. Ec.*, vol. 70, n. 4, 2023, pp. 449-452, nonché, per le sue problematiche applicative agli ecosistemi digitali, alla sezione 2.3.

[42] Sul punto si rinvia a A. Barbera-N. Fajardo Acosta-T. Klein, *The Role of the AEC Principle and Tests in a Dynamic and Workable Effects-Based Approach to Abuse of Dominance*, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. 14, n. 8, 2023, pp. 582-594.

posizione dominante non abuserà di quest'ultima se, e solo se, un concorrente altrettanto efficiente, in termini di qualità, prezzo, scelta, o innovazione dei prodotti offerti sul mercato (concorrenziale), «[…] avrà la possibilità di fare concorrenza […] senza incorrere in perdite insostenibili nel lungo periodo […]», che possano comportare una sua esclusione (anticoncorrenziale, appunto) dal mercato [43]. Tale principio consente quindi di verificare se, malgrado le condotte adottate dall'impresa in posizione dominante, un suo concorrente altrettanto efficiente, che non gode però di analoga posizione sul mercato, possa comunque fare concorrenza, senza che, per potere essere sufficientemente competitivo, debba sostenere perdite nel lungo periodo [44].

L'interrogativo che sorge ora, anche alla luce delle considerazioni prospettate in dottrina, riguarda il rapporto che intercorre tra la più recente giurisprudenza, che ruota attorno al principio del «concorrente altrettanto efficiente», con la ricomparsa sulla scena nel 2022 della «concorrenza normale» nella sentenza *Servizio Elettrico Nazionale*.

Proprio in quest'ultimo caso, la Corte ha stabilito che l'impresa in posizione dominante può legittimamente operare sul mercato in virtù di tale posizione, purché faccia ricorso a «[…] mezzi propri di una concorrenza "normale", vale a dire basata sui meriti» [45]. Pertanto, non sarà intaccata dal diritto della concorrenza la posizione dominante che sia stata conquistata grazie ai meriti della stessa impresa, poiché quest'ultima, proprio grazie alle sue capacità, avrà provocato la sparizione dal mercato dei concorrenti che siano meno efficienti [46]. Non ricorrerà invece la «concorrenza basata sui meriti» in presenza di una delle tre seguenti ipotesi.

In primo luogo, la «concorrenza basata sui meriti» non sarà riscontrabile, in quanto la pratica avrà un oggetto anticoncorrenziale, laddove si constati che l'impresa in posizione dominante, dopo avere agito abusivamente sui prezzi, «[…] non ha alcun interesse economico se non quello di eliminare i suoi concorrenti per poter poi rialzare i propri prezzi traendo profitto dalla sua situazione di monopolio» (*no-economic sense test*) [47].

In secondo luogo, l'oggetto anticoncorrenziale sarà integrato nel caso in cui l'impresa in posizione dominante faccia ricorso ad *asset* non replicabili, vale a dire derivanti da elementi che hanno permesso il consolidamento della posizione dominante stessa [48], quali, per esempio, gli eventuali aiuti di Stato di cui l'impresa abbia beneficiato in precedenza, ovvero *asset* conquistati grazie a un precedente regime di monopolio, ovvero ancora prerogative acquisite tramite un particolare contesto regolatorio (*non-replicability test*) [49].

---

[43] *Ex multis*, Corte di Giustizia, 27 marzo 2012, causa C-209/10, *Post Danmark I*, par. 21-22; Corte di giustizia, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, parr. 45, 73; Corte di giustizia, 19 gennaio 2023, causa C-680/20, *Unilever*, par. 37; Corte di Giustizia, 24 ottobre 2024, causa C-240/22 P, *Commissione c. Intel*, par. 26.

[44] D.J. Neven, *The As-Efficient Competitor Test and Principle. What Role in the Proposed Guidelines*, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. 14, n. 8, 2023, pp. 567-572.

[45] Corte di Giustizia, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, par. 75, per come confermata, *ex multis*, in Corte di Giustizia, 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *Superleague*, parr. 123-128; Corte di Giustizia, 10 settembre 2024, causa C-48/22 P, *Google & Alphabet c. Commissione*, par. 87.

[46] Corte di Giustizia, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, par. 76.

[47] Corte di Giustizia, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, par. 77.

[48] Corte di Giustizia, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, par. 78.

[49] P. Ibáñez Colomo, *Competition*, cit., p. 405.

In terzo luogo, si può sostenere, come è stato fatto in dottrina [50], che un oggetto anticoncorrenziale sia riscontrabile, e quindi la condotta sia contraria alla «concorrenza basata sui meriti», nel caso in cui l'impresa attui una pratica che comporta un sacrificio per se stessa nel breve periodo, per poter poi beneficiare di vantaggi economici nel lungo periodo (*profit-sacrifice test*) [51].

In questo modo, la Corte riconcilia la propria giurisprudenza con il principio del «concorrente altrettanto efficiente», poiché, in definitiva, l'impresa in posizione dominante deve astenersi «[…] dall'utilizzare la [propria] posizione dominante per estendersi in un altro mercato se non attraverso mezzi propri di una concorrenza basata sui meriti» [52]. Più precisamente nel caso specifico di *Servizio Elettrico Nazionale*, un'impresa, che si trovava in precedenza rispetto al momento concorrenziale, in una situazione di monopolio, deve astenersi «[…] dal ricorrere ai mezzi di cui disponeva in forza del suo precedente monopolio e che, a tal titolo, non sono disponibili ai suoi concorrenti, al fine di conservare, con modalità che esulano dai suoi stessi meriti, una posizione dominante sul mercato in questione recentemente liberalizzato» [53]. Altrimenti, se l'impresa originariamente in monopolio, continuasse a servirsi di mezzi diversi da quelli della «concorrenza basata sui meriti», che sono, in quanto tali, non nella disponibilità di concorrenti altrettanto efficienti, ricadrebbe in una delle ipotesi menzionate di oggetto anticoncorrenziale, verosimilmente il *non-replicability test*, contrario all'art. 102 TFUE.

Sotto questo profilo, viene anche offerto un riavvicinamento con l'analisi degli effetti. Infatti, le condotte a essa sottoposte occupano il ruolo intermedio tra quelle pratiche che sicuramente sono espressione di una «concorrenza basata sui meriti», poiché fanno ricorso ai metodi della «concorrenza normale», e che non intaccano concorrenti altrettanto efficienti, e quelle pratiche che presentano invece un oggetto anticoncorrenziale, che viola cioè *ipso facto* l'art. 102 TFUE, vale a dire in tutti quei casi in cui non sarà possibile di default individuare la presenza della «concorrenza basata sui meriti» [54].

Nella sentenza *Servizio Elettrico Nazionale*, la Corte sembra allora offrire una riconciliazione tra la nozione di «concorrenza basata sui meriti» e il principio del «concorrente altrettanto efficiente», che riporta saldamente al centro, secondo l'impostazione economicamente consolidata del diritto della concorrenza, l'analisi degli effetti, reali o potenziali, della condotta posta in essere.

Ciononostante, – e questo profilo appare di sicuro interesse – proprio nella sentenza *Meta c. Bundeskartellamt*, la Corte di Giustizia si astiene dal menzionare espressamente la «concorrenza basata sui meriti», facendo unicamente riferimento alla «concorrenza normale» [55]. Tale omissione appare ambigua, posto che, nella sentenza *Servizio Elettrico Nazionale*, le due sono state fatte coincidere: «[…] le imprese in posizione dominante possono difendersi dai loro

---

[50] P. Ibáñez Colomo, *Competition*, cit., p. 393.

[51] Commissione Europea, 2 ottobre 2017, caso AT.39813, *Baltic Rail*, pp. 58-100.

[52] Corte di Giustizia, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, par. 76.

[53] Corte di Giustizia, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, par. 92.

[54] Si veda, sul punto, H. Schweitzer-S. de Ridder, *How to Fix a Failing Art. 102 TFEU: Substantive Interpretation*, *Evidentiary Requirements*, *and the Commission's Future Guidelines on Exclusionary Abuses*, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. 15, n. 4, p. 233.

[55] A. D'Amico, *The Boundary Between EU Competition Law and the GDPR after Meta – Case C-252/21*, *Meta Platforms and Others (Conditions générales d'utilisation d'un réseau social)*, *Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 4 July 2023*, *EU:C:2023:537*, in *CMLRev.*, vol. 61, n. 3, 2024, p. 791.

concorrenti, ma devono farlo ricorrendo ai mezzi propri di una concorrenza "normale", vale a dire basata sui meriti» [56]. Si potrebbe pensare, vista la posteriorità della decisione *Meta c. Bundeskartellamt*, che quest'ultima abbia comportato un *revirement* implicito della prima. Tuttavia, sentenze successive a *Meta c. Bundeskartellamt*, come già evidenziato, confermano la sovrapposizione che si riscontra nella decisione *Servizio Elettrico Nazionale* [57].

2.3. L'ingresso dei dati personali e della disciplina posta a loro tutela nel diritto della concorrenza

La sentenza *Servizio Elettrico Nazionale* è ulteriormente di grande rilevanza, perché la Corte sembra anche gettare le fondamenta della rilevanza dei dati personali per il diritto della concorrenza. Infatti, nella vicenda in questione, ENEL S.p.A. (ENEL), impresa verticalmente integrata e detentrice, fino al momento della liberalizzazione, del monopolio nella produzione di energia elettrica sul mercato energetico italiano, costituisce un gruppo di società, che consegue, per effetto della liberalizzazione, alla necessità di separare le imprese che si occupano dei diversi segmenti del mercato elettrico, e a cui appartengono Servizio Elettrico Nazionale S.p.A. (SEN) ed Enel Energia S.p.A. (EE). A queste ultime, successivamente alla liberalizzazione, che impone una disgregazione dei servizi cumulativamente offerti in origine dall'impresa in monopolio, sono affidate rispettivamente la gestione del servizio di maggior tutela e la fornitura di energia elettrica. In virtù del protratto monopolio da parte di ENEL sul mercato della produzione dell'energia elettrica, è nella disponibilità di SEN una lista di clienti che viene trasmessa a fini commerciali, tramite contratto a titolo oneroso, alla società sorella, EE. Sebbene le informazioni ivi contenute godano dello *status* di dati personali, come tali protetti dall'articolo 8(1) Carta dei Diritti fondamentali, la Corte non ravvisa alcuna violazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali, a differenza del caso *Meta c. Bundeskartellamt*, poiché l'impresa in questione ha ottenuto, precedentemente al trasferimento, il consenso necessario da parte degli utenti i cui dati venivano così comunicati a EE [58]. Pertanto, nessuna imputazione può essere mossa, quanto alla disciplina di protezione dei dati personali, a SEN.

Ciononostante, si apprezza comunque la rilevanza dei dati così trasmessi. Infatti, la circostanza in virtù della quale queste informazioni sui profili dei clienti vengono comunicate a EE, e non anche ad altre imprese terze, in maniera discriminatoria, fa sorgere dubbi circa la sua liceità concorrenziale. Nonostante spetti al giudice *a quo* (il Consiglio di Stato italiano nel caso di specie) [59] verificare se un illecito concorrenziale sia stato così perpetrato, anche alla luce delle limitate informazioni di cui dispone la Corte di Giustizia, quest'ultima suggerisce che il trasferimento di una fonte così preziosa, come appunto i dati riguardanti i clienti di SEN, è suscettibile di attribuire a EE un «vantaggio comparativo», tale da concretizzare «[…] l'attuazione di una pratica avente, perlomeno all'inizio, la capacità di produrre effetti escludenti sul mercato libero», al punto che «[…] un comportamento del genere non potrebbe sicuramente essere adottato da un

[56] Corte di Giustizia, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, par. 75.

[57] Corte di Giustizia, 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *Superleague*, parr. 123-128; Corte di Giustizia, 10 settembre 2024, causa C-48/22 P, *Google & Alphabet c. Commissione*, par. 87.

[58] Corte di Giustizia, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, par. 95.

[59] Cons. Stato, VI, 6 novembre 2023, n. 9566.

ipotetico concorrente altrettanto efficiente» [60]. Si osserva quindi che, in questo caso, il possibile illecito concorrenziale non discende tanto da una violazione della disciplina posta in materia di protezione dei dati personali, quindi al di fuori del diritto della concorrenza, bensì da un potenziale abuso di posizione dominante, avente effetti escludenti sul mercato, che mette in luce la rilevanza, anche per il diritto della concorrenza, dei dati personali, connotati da un elevato valore economico nell'ambito della cd. *data-driven economy*. Infatti, il vantaggio comparativo deriva proprio dalla trasmissione dei dati concernenti i profili dei clienti, di informazioni commercialmente sensibili, nell'ambito dello stesso gruppo societario, con esclusione di imprese terze dall'accesso alle informazioni in questioni.

La sentenza *Meta c. Bundeskartellamt* segna il passaggio successivo, poiché rende rilevante per il diritto della concorrenza non tanto i dati personali, di per sé già introiettati nella prospettiva del diritto della concorrenza [61], quanto una *disciplina* normativa terza rispetto al diritto della concorrenza, quella appunto in materia di protezione dei dati personali, che risponde a un paradigma differente, non già di tutela del processo concorrenziale, quanto di protezione di un diritto fondamentale. Da qui deriva anche l'esigenza per la Corte di Giustizia di intrattenersi sull'assetto istituzionale, che presidia l'uno e l'altro diritto, alla luce del principio di leale cooperazione, di cui si tratterà in seguito.

La questione che rimane ora aperta sul tavolo riguarda il ruolo che la violazione di una fonte normativa estranea al diritto della concorrenza ricopre nell'analisi della condotta anticoncorrenziale. In altri termini, l'interrogativo che si pone è quello di sapere se, a fronte dell'accertamento della violazione della disciplina in materia di protezione dei dati personali, la condotta in questione sia da presumersi come illecita, in quanto recante un oggetto anticoncorrenziale, ovvero se si debba procedere con l'analisi dei suoi effetti sulla concorrenza [62]. Ritorna, *mutatis mutandis,* la dinamica già espressa tra condotte che sono sicuramente espressione di una «concorrenza basata sui meriti» e quelle che invece non lo sono, in quanto presentano un oggetto anticoncorrenziale. A livello intermedio, si ritrovano invece quelle condotte che richiedono una valutazione dei loro effetti sulla concorrenza, prima di una loro qualificazione come potenzialmente anticoncorrenziali. Questa similarità lascia ancora più perplessi circa la mancata menzione nella sentenza *Meta c. Bundeskartellamt*, della «concorrenza basata sui meriti».

Una presunzione di illiceità appare difficilmente percorribile alla luce della natura della regolazione in materia dei dati personali. Se ne possono comprendere le ragioni tramite un confronto con la regolazione adottata per le industrie di rete. Quest'ultima è una regolazione economicamente orientata, che interviene nell'ipotesi di mercati del tutto particolari, che richiedono una disciplina *ad hoc*. Per esempio, il mercato delle telecomunicazioni, grazie all'intervento del-

---

[60] Corte di Giustizia, 12 maggio 2022, causa C-377/20, *Servizio Elettrico Nazionale*, par. 100.

[61] Commissione Europea, Case n. COMP/M.7217 – *Facebook/ WhatsApp*, [2014] ECRI-7239, par. 164; Commissione Europea, Case n. COMP/M8124 – *Microsoft/LinkedIn*, [2016] ECRI-840, par. 350.

[62] Tale distinzione, che si descrive lungo uno spettro, del quale i due estremi sono rappresentati, da un lato, dalle condotte presunte illecite e, dall'altro, dalle condotte presunte lecite, per individuare al centro, le condotte che necessitano di un'analisi degli effetti (concorrenziali o anticoncorrenziali) della condotta rispetto alla concorrenza, si rifà all'elaborazione di P. IBÁÑEZ COLOMO, *Legal Tests in EU Competition Law: Taxonomy and Operation*, in *J. Eur. Comp. L. & Pract.*, vol. 10, n. 7, 2019, pp. 425-428.

l'UE, ha conosciuto sul finire degli anni '90 e all'inizio degli anni 2000, le prime misure di liberalizzazione, che hanno traghettato questo mercato fuori dalle resistenze dei monopoli nazionali [63]. Come si osserva, una regolazione così congeniata è di necessità economicamente orientata, per regolare appunto un mercato che non conosce un regime di piena concorrenza. Al contrario, la disciplina di protezione dei dati personali risponde ad altre e diverse esigenze, che ben si allontanano dallo spirito economico. Si recupera, in altri termini, la dicotomia, menzionata in apertura, tra *market-* e *non-market-values*, nella misura in cui la disciplina di protezione dei dati personali è costituzionalmente orientata, per proteggere il diritto fondamentale riconosciuto all'art. 8(1) Carta dei Diritti fondamentali e all'art. 16 TFUE.

Ne consegue che gli effetti sul diritto della concorrenza saranno a loro volta differenti. Per quanto riguarda la regolazione economicamente orientata, si può considerare, per esempio, il settore delle telecomunicazioni, che conosce, come già anticipato, un'importante regolazione di settore. Infatti, nel passaggio dal monopolio ai servizi liberalizzati, l'esigenza, già a partire dal legislatore dell'UE, è stata quella di assicurare l'apertura del mercato, attraverso l'accesso all'infrastruttura sviluppata, in regime di monopolio, dall'unica impresa di telecomunicazioni [64]. Lo sviluppo di infrastrutture concorrenti sarebbe infatti estremamente dispendioso, se non addirittura impossibile, per potenziali concorrenti, i quali, non godendo delle medesime risorse economiche né tecniche dell'impresa originariamente in monopolio, non avrebbero i mezzi per poter penetrare il mercato delle telecomunicazioni [65]. Pertanto, con la normativa di liberalizzazione, il legislatore dell'UE richiede ai legislatori nazionali, in sede di implementazione, che le autorità di regolazione impongano alle imprese originariamente in monopolio di dare accesso alla loro infrastruttura fisica e di rete, ai sensi dei considerando n. 105 e n. 152 direttiva 1972/2018.

Orbene, il diritto della concorrenza già prevedeva, almeno a partire dal 1998, un rimedio specifico in tal senso, vale a dire nel caso in cui un'impresa in posizione dominante si rifiuti di concedere l'accesso a un'infrastruttura essenziale, e quindi si rifiuti di contrattare con altre imprese (*refusal to deal*). Secondo la cd. *essential facility doctrine* [66], sviluppata nella sentenza *Bronner*, la Corte di Giustizia stabilì che la condotta consistente nel rifiuto di contrattare (per concedere accesso), costituisce un abuso di posizione dominante, vietato dall'art. 102 TFUE, se l'infrastruttura alla quale l'impresa rifiuta di dare accesso, possa essere qualificata come essenziale, poiché sarebbe estremamente dispendioso o impossibile svilupparne una alternativa, e se tale rifiuto comporti, senza che possa essere offerta alcuna giustificazione oggettiva, un'eliminazione della concorrenza sul mercato [67].

---

[63] A. DE STREEL-C. HOCEPIED, *The EU Regulation of Electronic Communications Networks and Services*, in L. PARCU-E. BROGI (a cura di), *Research Handbook on EU Media Law and Policy*, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 110-140.

[64] L. HANCHER-P. LAROUCHE, *The Coming of an Age of EU Regulation of Network Industries and Services of General Economic Interest*, in P. CRAIG-G. DE BÚRCA (a cura di), *The Evolution of EU Law*, II ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 746-752.

[65] Corte di Giustizia, 25 marzo 2021, causa C-165/19, *Slovak Telekom*, par. 55.

[66] A. AALBORS-LLORENS, *The "Essential Facility Doctrine in EC Competition Law*, in *Cambr. L. J.*, vol. 58, n. 3, pp. 490-491.

[67] Corte di Giustizia, 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Bronner*, parr. 37-46. La Corte ha tuttavia precisato più recentemente che la prova del carattere dell'indispensabilità non è necessaria, allorquando un'impresa in posizione dominante abbia sviluppato una piattaforma digitale

Naturalmente, nel caso in cui intervenisse una regolazione di settore ed economicamente orientata, il ricorso alla giurisprudenza *Bronner* non sarebbe più necessario, poiché l'obbligo regolatorio di dare accesso all'infrastruttura «[…] risponde agli obiettivi di sviluppo di una concorrenza efficace sui mercati […] fissati dal legislatore dell'Unione» [68]. Appare chiaro, dunque, che, nel caso in cui il legislatore, attraverso la regolazione, abbia già *ex ante* valutato come opportuno imporre un obbligo di accesso, sarebbe ultroneo e pleonastico che la giurisprudenza vi applicasse *ex post* l'*essential facility doctrine*.

Non è un caso, allora, che il punto critico che si è manifestato in giurisprudenza nel settore delle telecomunicazioni non sia tanto l'accesso *tout court* all'infrastruttura, quanto più che altro l'accesso a condizioni inique alla stessa, come bene evidenziato dalla sentenza *Slovak Telekom* [69]. In tale vicenda, la Corte ha escluso l'applicazione della sentenza *Bronner*, poiché quest'ultima copre una forma di abuso che già il legislatore dell'UE aveva risolto *ex lege* nel settore delle telecomunicazioni [70]. Ne deriva allora che la Corte di Giustizia, ben al di là del tracciato del diritto della regolazione settoriale, individua un ulteriore abuso di posizione dominante, derivante dall'autonomia decisionale che *Slovak Telekom* ha mantenuto malgrado la presenza dell'obbligo di concedere accesso, e consistente nel concedere sì l'accesso alla rete di telecomunicazioni, ma a condizioni inique [71].

La vicenda *de qua* mostra in maniera plastica come, nell'ambito del diritto UE, il diritto della concorrenza e quello della regolazione siano tra di complementari [72]. Come stabilito dalla Corte di Giustizia, resta pur sempre infatti un margine di intervento *ex post* per il diritto della concorrenza, per quanto non previsto in sede legislativa, nonostante il legislatore, per il tramite del diritto della regolazione, abbia già imposto una disciplina applicabile al settore economico in questione [73]. Si registra su questo punto tutta la distanza tra il diritto UE e il diritto statunitense, dove invece il rapporto tra il diritto della concorrenza e il diritto della regolazione è concepito in termini di mutua esclusione, in quanto un atto regolamentare «[…] *does not create new claims that go beyond existing antitrust standards* […]» [74].

La vicenda *Slovak Telekom* è allora altrettanto importante, poiché mostra la tenuta giurisprudenziale nel settore del diritto della concorrenza malgrado la presenza di obblighi discendenti dal diritto della regolazione. Infatti, procedendo nel solco di distinguere quando sia applicabile la dottrina *Bronner*, la Corte di Giustizia individua, reiterando un suo precedente [75], un'ulteriore forma di abuso di

---

non unicamente ai fini della propria attività, e rispetto alla quale un'impresa terza, che ha sviluppato una propria applicazione, abbia richiesto all'impresa in posizione dominante l'interoperabilità di detta piattaforma con la propria applicazione, che risulterebbe così più attraente per i consumatori. Ebbene, al ricorrere di queste condizioni, il rifiuto ingiustificato da parte dell'impresa in posizione dominante di garantire l'interoperabilità in questione costituisce un abuso *ex* art. 102 TFUE. Sul punto, si rinvia a Corte di Giustizia, 25 febbraio 2025, causa C-233/23, *Google c. AGCM*, parr. 33-52.

[68] Corte di Giustizia, 25 marzo 2021, causa C-165/19, *Slovak Telekom*, par. 55.

[69] Corte di Giustizia, 25 marzo 2021, causa C-165/19, *Slovak Telekom*, par. 50.

[70] Corte di Giustizia, 25 marzo 2021, causa C-165/19, *Slovak Telekom*, parr. 45-51.

[71] Corte di Giustizia, 25 marzo 2021, causa C-165/19, *Slovak Telekom*, par. 58.

[72] P. Ibáñez Colomo, *The New EU*, cit., pp. 156-157.

[73] Corte di Giustizia, 14 ottobre 2020, causa C-280/08 P, *Deutsche Telekom*, par. 92.

[74] Supreme Court of the United States, 13 gennaio 2004, 540 US 398 (2003), *Trinko*, pp. 405-407; 411-415.

[75] Corte di Giustizia, 10 luglio 2014, causa C-295/12 P, *Telefónica*, parr. 75, 96.

posizione dominante, vale a dire la compressione dei margini (*margin squeeze*) [76]. Si tratta di una pratica tariffaria che si sostanzia nella grande differenza intercorrente tra il prezzo del prodotto intermedio offerto sul mercato a monte, vale a dire il mercato all'ingrosso, e quello del prodotto finale offerto sul mercato a valle, vale a dire il mercato al dettaglio [77]. La Corte, ritagliandosi un altro margine di intervento malgrado la presenza di un quadro regolatorio settoriale, stabilisce che alla compressione dei margini, in quanto forma di abuso di posizione dominante distinta e qualificata dal rifiuto di contrattare [78], non si applicano le condizioni previste per quest'ultima ipotesi nella sentenza *Bronner* [79].

Ancora una volta, si osserva la complementarità tra il diritto della concorrenza e il diritto della regolazione, e, ancora una volta, si registra tutta la distanza tra il diritto UE e il diritto statunitense. Questa volta, la diversità non è solamente riferibile al rapporto già menzionato, ma anche relativa alla stessa compressione dei margini, che, nel diritto statunitense, non viene considerata come una forma autonoma di abuso, in quanto la rilevanza dei prezzi per il diritto *antitrust* statunitense è tale solo quando questi sono al di sotto dei costi, che vengono così introiettati nel divieto già sancito dalla *Section 2* dello *Sherman Act* [80].

Completamente di diverso tenore è la disciplina in materia dei dati personali, che non interviene nella regolazione di un dato mercato con un approccio economico. Difficilmente sarà infatti ravvisabile un'analoga complementarità, poiché l'oggetto del diritto della regolazione economica (così pure quello del diritto della concorrenza) è diverso e non sovrapponibile a quello della disciplina in materia di dati personali. In altri termini, quel *non-market value*, il diritto fondamentale appunto, che sottende la protezione garantita dal RGPD non è parimenti ravvisabile nella regolazione economica settoriale. Ciò impedisce al giurista di guardare alle due discipline in termini complementari, perché la possibile violazione della disciplina in materia dei dati personali non sarà che uno dei parametri di concorrenza, che dovranno essere valutati dall'autorità garante della concorrenza al fine di constatare un eventuale abuso di posizione dominante [81]. Parimenti, non può nemmeno trattarsi di una mutua esclusione, di un *aut-aut*. Non si tratterà quindi di applicare l'uno *o* l'altro, né tantomeno l'uno *e* l'altro *complementarmente*. Si tratterà invece di applicare l'uno *e* l'altro *distintamente*, perché il diritto della concorrenza e il diritto della protezione dei dati personali tutelano beni giuridici differenti.

Ne discende pertanto che la violazione del RGPD, qualora commessa da un'impresa in posizione dominante sul mercato rilevante, non può comportare *ipso facto* un abuso di posizione dominante. Di conseguenza, la condotta posta in essere non è da intendersi come presuntivamente illecita, ma dovrà essere soggetta a un'analisi degli effetti anticoncorrenziali. Questa appare anche la posizione della Corte di Giustizia nel caso *Meta c. Bundeskartellamt*, laddove si precisa che «[…] la conformità o non conformità di detto comportamento alle disposizioni del RGPD può costituire, se del caso, un importante indizio fra le

---

[76] Corte di Giustizia, 25 marzo 2021, causa C-165/19, *Slovak Telekom*, par. 111.

[77] G. FAELLA-R. PARDOLESI, *"Squeezing Price Squeeze": la compressione dei margini nel diritto antitrust comunitario*, in *Merc., conc., reg.*, fasc. 1, 2010, pp. 29-62.

[78] Corte di Giustizia, 17 febbraio 2011, causa C-52/09, *TeliaSonera*, par. 102.

[79] Corte di Giustizia, 25 marzo 2021, causa C-165/19, *Slovak Telekom*, par. 52.

[80] Supreme Court of the United States, 25 febbraio 2009, 555 US__ 2009, *LinkLine*, pp. 4-5.

[81] Corte di Giustizia, 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta Platforms Inc. c. Bundeskartellamt*, par. 51.

circostanze rilevanti del caso di specie […]», tale da imporre all'autorità garante della concorrenza di verificare se la condotta così posta in essere dall'impresa in posizione dominante «[…] *abbia l'effetto* di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la concorrenza normale tra prodotti o servizi, la conservazione del grado di concorrenza esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza» [82]. A chiusura del cerchio, nella misura in cui la Corte stessa rinvia alla nozione di «concorrenza normale», la violazione delle disposizioni del RGPD sarà rilevante ai fini del diritto della concorrenza allorquando la condotta posta in essere abbia come effetto quello di escludere dal mercato imprese concorrenti che siano altrettanto efficienti rispetto a quella in posizione dominante.

Tuttavia, nell'economia digitale, occorre operare un'ulteriore precisazione. L'analisi economica ammette infatti che non sempre sarà possibile operare un raffronto con concorrenti altrettanto efficienti, e che quindi il principio del «concorrente altrettanto efficiente» non appare (più) di sicura applicazione. Se ne comprende appieno il suo paradosso applicativo proprio nel mercato digitale: esso consente a un'impresa, come una *big tech*, di irrobustirsi sul mercato, fino ad acquisire una posizione dominante, per poi sconfessare la possibilità che concorrenti altrettanto efficienti emergano sullo stesso mercato, poiché nessun operatore economico sarà in grado di offrire, in maniera altrettanto efficiente, gli stessi prodotti al pari di una *big tech* [83]. Sotto questo profilo, la Commissione prende atto che, «[…] in determinate circostanze, un concorrente meno efficiente può anche esercitare una pressione di cui si dovrebbe tener conto se un dato comportamento basato sui prezzi determina una preclusione anticoncorrenziale» [84]. Tale Comunicazione lascia dunque intendere che, quantomeno per le pratiche tariffarie o legate ai prezzi, vi sia un margine, nell'analisi condotta alla luce del diritto della concorrenza, per riconoscere uno spazio di pressione concorrenziale anche a concorrenti meno efficienti dell'impresa in posizione dominante.

Così, sembra essere confermato anche dalla Corte di Giustizia nello stabilire che «[…] la presenza di un concorrente meno efficiente potrebbe contribuire ad intensificare la pressione concorrenziale in tale mercato e, in tal modo, ad esercitare una limitazione sul comportamento dell'impresa in posizione dominante» [85], soprattutto laddove tale impresa faccia utilizzo «[…] di mezzi diversi da quelli propri di una concorrenza basata sui meriti […]» [86]. Si tratta in particolare di una possibilità applicativa riconosciuta per mercati caratterizzati da economie di scala e/o da effetti di rete, come quello digitale, che consentono appunto la nascita di imprese in posizione dominante, e che, al tempo stesso, possono impedire l'emersione di concorrenti altrettanto efficienti [87], vuoi in

---

[82] Corte di Giustizia, 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta Platforms Inc. c. Bundeskartellamt*, par. 47 (enfasi aggiunta).

[83] F. DENOZZA, *Il diritto della concorrenza e le sue finalità: oltre il* consumer welfare, in corso di pubblicazione in *Funzioni ed oggetto dell'antitrust: nuove e vecchie questioni. Atti del Convegno Cesifin*, Il Mulino, Bologna.

[84] Commissione Europea, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, 2009/C 45/02, par. 24. Sul punto, si vedano anche le Conclusioni dell'AG KOKOTT nella causa C-48/22 P, *Google Shopping*, rassegnate l'11 gennaio 2024, par. 195.

[85] Corte di Giustizia, 6 ottobre 2015, causa C-23/14, *Post Danmark II*, par. 60.

[86] Corte di Giustizia, 19 gennaio 2023, causa C-680/20, *Unilever*, par. 57.

[87] Commissione Europea, L. MCCALLUM-I. BERNAERTS-M. KADAR-J. HOLZWARTH-D. KOVO-M.

ragione della struttura del mercato e dei conseguenti vantaggi tratti dall'impresa in posizione dominante, come nel caso del monopolio legale [88], vuoi nel caso di barriere elevate all'ingresso [89]. Tale inquadramento è stato recentemente confermato dalla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha precisato che «[…] possono essere qualificati come "sfruttamento abusivo di una posizione dominante" anche comportamenti rispetto ai quali è dimostrato che hanno per effetto, attuale o potenziale, o pure per oggetto, di impedire in una fase preliminare, mediante la creazione di ostacoli all'ingresso o il ricorso ad altre misure ostruttive o ad altri mezzi diversi da quelli che reggono la concorrenza basata sui meriti, alle imprese potenzialmente concorrenti anche solo di accedere a detto o a detti mercati e, in tal modo, di impedire lo sviluppo della concorrenza su detti mercati a danno dei consumatori, ivi limitando la produzione, lo sviluppo di prodotti o di servizi alternativi o, ancora, l'innovazione» [90].

Ciononostante, si deve osservare che una simile configurazione è, per il momento, limitata alle cd. pratiche di *pricing*, alle quali si applica il criterio detto del «concorrente altrettanto efficiente» (*as-efficient-competitor test*, o *AEC test*), che è – come già detto in precedenza – diverso e distinto dall'omonimo principio. Applicato alla quota contendibile (*contestable share*) di un dato prodotto, su un dato mercato, l'*AEC test* «[…] mira a determinare se il concorrente efficiente al pari dell'impresa in posizione dominante, il quale sostenga gli stessi costi di quest'ultima, possa sempre coprire i propri costi in tale caso» [91]. Esso trova immediata applicazione proprio nelle pratiche tariffarie o legate ai prezzi, come nel caso della compressione dei margini o dei prezzi predatori (*predatory prices*) [92], restando, in tutte le altre ipotesi catturate dall'art. 102 TFUE, che non sono necessariamente pratiche di *pricing*, «[…] uno degli strumenti utili a valutare l'esistenza di uno sfruttamento abusivo di una posizione dominante […]» [93]. In tal modo, l'*AEC test* si configura come una delle tante manifestazioni che può assumere l'omonimo principio [94].

Si comprenderà allora che è là dove l'applicazione dell'*AEC test* è stata più florida, vale a dire le pratiche tariffarie o legate ai prezzi, che sta emergendo la riflessione che va nella direzione di considerare, talvolta, in ragione delle caratteristiche del mercato, anche concorrenti meno efficienti. Si palesa qui però il rischio di un cortocircuito. Infatti, è difficile *in primis* poter applicare l'*AEC test* nell'ambito del settore digitale, in quanto i servizi offerti sono spesso, come ricordato in apertura, a costo zero, e le condotte abusive sono pertanto difficilmente parametrate ai prezzi o alle tariffe.

Eppure, il mercato digitale presenta, proprio per la sua struttura a confor-

---

LAGRUE-E. LEDUC-L. MANIGRASSI-J.M. RAMOS-I. PEREIRA ALVES-V. POZZATO-P. STAMOU, *A Dynamic and Workable Effects-Based Approach to Abuse of Dominance*, Publications Office of the European Union, 2023, p. 5.

[88] Corte di Giustizia, 6 ottobre 2015, causa C-23/14, *Post Danmark II*, par. 59.

[89] Corte di Giustizia, 19 gennaio 2023, causa C-680/20, *Unilever*, par. 57. Si rinvia anche a H. SCHWEITZER-S. DE RIDDER, *op. cit.*, p. 234.

[90] Corte di Giustizia, 21 dicembre 2023, causa C-333/21, *Superleague*, par. 131.

[91] Tribunale dell'UE, 26 gennaio 2022, causa T-286/09 RENV, *Intel*, par. 153.

[92] Tribunale dell'UE, 10 novembre 2021, causa T-612/17, *Google Shopping*, par. 538.

[93] Corte di Giustizia, 6 ottobre 2015, causa C-23/14, *Post Danmark II*, par. 61. Così anche Corte di Giustizia, 19 gennaio 2023, causa C-680/20, *Unilever*, par. 57.

[94] P. IBÁÑEZ COLOMO, *The (Second) Modernisation of Article 102 TFEU: Reconciling Effective Enforcement, Legal Certainty and Meaningful Judicial Review*, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. 14, n. 8, 2023, p. 617.

mazione oligopolistica [95], quelle caratteristiche, ancora una volta ricordate in apertura, quali gli effetti di rete e le elevate barriere all'ingresso, che rendono difficile l'emersione di concorrenti altrettanto efficienti. Si potrebbe allora immaginare come praticabile una contaminazione della riflessione sull'importanza di considerare concorrenti meno efficienti anche nel mercato digitale, sebbene l'*AEC test* sia generalmente di difficile applicazione per via dell'assenza di parametri tariffari o di prezzo a cui riferirsi con riguardo alle condotte delle piattaforme digitali.

La Corte di Giustizia, nel momento in cui si scrive, non pare ancora essersi spinta in questi termini. Chissà che questa non sia la prossima tappa di una vicenda che cerca di portare a sistema le interazioni e intersezioni tra diritto della concorrenza e diritto della protezione dei dati personali. A ciò si aggiunga l'entrata in vigore del *Digital Markets Act* (DMA) [96], che, nella *querelle* dottrinale sul *se* sia o meno uno strumento di diritto della concorrenza [97], già impegna la Commissione con le prime designazioni dei *gatekeepers* [98], e che sarà sicuro testimone dell'evoluzione dell'applicazione al mercato digitale in un'ottica di complementarità e del diritto della concorrenza e del diritto della regolazione.

2.4. Il principio di leale cooperazione nella costruzione del diritto amministrativo dell'UE

Un ulteriore profilo di rilevanza dell'interazione e intersezione tra il diritto della concorrenza e la protezione dei dati personali si coglie nella costruzione del diritto amministrativo dell'UE, alla luce del rapporto interistituzionale tra le diverse autorità, anche nazionali, che possono venire in gioco allorché si renda manifesta una simile intersezione.

Da un punto di vista teorico, le autorità nazionali, salvo il caso in cui, per la materia concorrenziale, sia la Commissione a intervenire direttamente per competenza *ex* artt. 4 e 5 del regolamento 1/2003, si qualificano come autorità amministrative indipendenti, istituite dal legislatore nazionale, ma in alcuni casi,

---

[95] J.S. Kanter, *Digital Markets and "Trends Towards Concentration"*, in *J. Ant. Enfor.*, vol. 11, n. 2, 2023, p. 146.

[96] Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022.

[97] P. Larouche-A. de Streel, *The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions*, in *J. Eur. Comp. L. & Prac.*, vol. 12, n. 7, 2021, pp. 543-548. Sulla differenziazione tra diritto della regolazione e diritto della concorrenza, si veda anche M. Ramajoli, *Peripezie passate e presenti nella tutela della concorrenza*, in questa *Rivista*, fasc. 2, 2024, in corso di pubblicazione.

[98] *Ex multis* Commissione Europea, *Commission Decision of 5.9.2023 designating Alphabet as a gatekeeper pursuant to Article 3 of Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector*, C(2023) 6101 final; Commissione Europea, *Commission Decision of 5.9.2023 designating Amazon as a gatekeeper pursuant to Article 3 of Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector*, C(2023) 6104 final; Commissione Europea, *Commission Decision of 5.9.2023 designating Apple as a gatekeeper pursuant to Article 3 of Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector*, C(2023) 6100 final; Commissione Europea, *Commission Decision of 5.9.2023 designating Meta as a gatekeeper pursuant to Article 3 of Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector*, C(2023) 6105 final; Commissione Europea, *Commission Decision of 5.9.2023 designating Microsoft as a gatekeeper pursuant to Article 3 of Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector*, C(2023) 6106 final.

come accadde per il Garante per la protezione dei dati personali, già concepite *ab origine* dal legislatore sovranazionale [99]. La Corte di Giustizia ha pienamente riconosciuto la legittimità di tale modello, stabilendo che «[…] il principio di democrazia non osta all'esistenza di autorità pubbliche situate al di fuori dell'amministrazione gerarchica classica e più o meno indipendenti dal governo, che spesso esercitano funzioni regolatrici o compiti che devono essere sottratti all'influenza politica, pur restando soggetti al rispetto della legge, sotto il controllo dei giudici competenti» [100].

Questa costruzione ritorna e si complica ulteriormente segnatamente nelle questioni oggetto del presente contributo, come sottolineato nella sentenza *Meta c. Bundeskartellamt*, dove converge l'azione congiunta dell'autorità garante della concorrenza e dell'autorità di controllo in materia di protezione dei dati personali. Si può allora affermare che, a fronte di un carattere sempre più policentrico della concorrenza, anche l'assetto istituzionale diviene altrettanto policentrico, quantomeno nella misura in cui si ravvisa una molteplicità di livelli decisionali, che rendono sempre più composita l'adozione di un provvedimento finale [101]. In effetti, nel caso *Meta c. Bundeskartellamt*, la Corte di Giustizia, dopo aver ripercorso i compiti dell'autorità di controllo in materia di protezione dei dati personali e quelli dell'autorità garante della concorrenza, evidenzia, senza grandi sorprese, che all'una e all'altra sono demandate funzioni diverse in relazione agli atti legislativi di diritto UE che le prevedono, rispettivamente il RGPD e il regolamento 1/2003 [102]. In altri termini, si delineano competenze procedurali naturalmente differenti, da cui consegue la necessità per la Corte di Giustizia di evidenziare, qualora ve ne fosse stato bisogno, l'importanza dell'operatività del principio di leale cooperazione *ex* art. 4(3) TUE. Pertanto, laddove un'autorità garante della concorrenza, nell'indagine di un abuso di posizione dominante *ex* art. 102 TFUE, ritenga necessario verificare la compatibilità della condotta dell'impresa in questione con il RGPD, dovrà verificare che sul punto non si sia già espressa la competente autorità di controllo, ovvero la Corte di Giustizia stessa, altrimenti dovrà procedere a una «richiesta di informazioni o cooperazione» alla competente autorità, affinché siano fugati i dubbi che l'autorità garante della concorrenza possa nutrire, poiché è da escludersi che l'autorità garante della concorrenza possa sostituirsi all'autorità di controllo nell'accertamento (definitivo) di una violazione del RGPD [103].

È curioso osservare che una simile procedura non appare tuttavia regolata da nessun atto legislativo. La stessa Corte di Giustizia prende atto della circostanza che né il RGPD né il regolamento 1/2003 stabiliscono norme in materia di cooperazione tra l'autorità di controllo e l'autorità garante della concorrenza, rinviando laconicamente alla «richiesta di informazioni o cooperazione», da evadere «entro un termine ragionevole», allo scadere del quale l'autorità garante della concorrenza, in assenza di obiezioni da parte dell'autorità di controllo competente o della

---

[99] P. Craig, *European Administrative Law*, III ed., Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 30-32. Per tutti, si rinvia a M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005.

[100] Corte di Giustizia, 2 settembre 2021, causa C-718/18, Commissione c. Germania, par. 126.

[101] I. Lianos, *op. cit.*, p. 165.

[102] Corte di Giustizia, 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta Platforms Inc. c. Bundeskartellamt*, parr. 37-48.

[103] Corte di Giustizia, 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta Platforms Inc. c. Bundeskartellamt*, parr. 48-49, 56.

capofila, potrà comunque procedere [104]. Non si conoscono pertanto le forme procedurali che questa cooperazione, al di là della mera richiesta di informazioni, deve assumere, né tantomeno le tempistiche che devono essere osservate. La Corte sembra piuttosto aprire a un accertamento casistico, laddove rileva, per esempio nel caso di specie, che l'obbligo di leale cooperazione era stato pienamente assolto da parte delle autorità nazionali coinvolte nella vicenda [105].

Per vero, il diritto UE offre un testo normativo da cui poter trarre spunto, anche se appare una via difficilmente praticabile. Si tratta della direttiva 16/2011, che introduce un sistema di cooperazione amministrativa tra le autorità nazionali degli Stati membri per il settore fiscale. La strada appare tortuosa, in quanto si dubita che un testo legislativo specificamente disposto per la materia tributaria possa assurgere a una fonte giuridica di più ampia portata, che giustifichi una sua applicazione al di là del settore fiscale, sovvertendo così l'adagio *lex specialis derogat generali*.

Eppure, la questione non è solo meramente procedurale, poiché occorre ricordare che, sottesa a questa esigenza di cooperazione, vi sarà sempre e comunque una posizione giuridica soggettiva, toccata dal procedimento amministrativo così attivato. Perciò, l'assenza di una procedura definita potrebbe comportare di conseguenza la violazione del diritto a una buona amministrazione, già riconosciuto come principio generale del diritto UE [106], e tutelato oggi dall'art. 41 Carta dei Diritti fondamentali, che pure troverebbe applicazione in capo alle autorità nazionali degli Stati membri nell'attuazione del diritto UE, in virtù dell'art. 51 Carta dei Diritti fondamentali.

Ciononostante, si osserva come la cooperazione così rappresentata, al di là della sua laconicità, si iscriva precisamente all'interno del sistema di integrazione dell'UE. In altri termini, viene configurata una relazione analoga, anche se non sovrapponibile, a quella che intercorre tra il giudice nazionale, in qualità di giudice dell'UE, e la Corte di Giustizia dell'UE. Come noto, secondo il principio di leale cooperazione [107], il giudice nazionale può (o deve in caso di giurisdizione di ultima istanza) sollevare una questione pregiudiziale di interpretazione laddove sorga un dubbio interpretativo ed è tenuto a sollevare una questione pregiudiziale di validità, nei limiti dell'elusione del ricorso per annullamento *ex* art. 263 TFUE [108], allorquando sia messa in discussione la validità di un atto di diritto UE, per il quale l'unica autorità competente a una pronuncia di invalidità è la Corte di Giustizia [109]. Come noto, si tratta della consueta esigenza di uniforme interpretazione e applicazione del diritto sovranazionale, sottesa, in virtù della giurisdizione esclusiva *ex* art. 344 TFUE, al monopolio della Corte di Giustizia dell'UE *ex* art. 19(1) TUE, che viene assicurato, nel dialogo con le corti nazionali, per il tramite di un sistema giurisdizionale chiuso, che trova nella procedura di rinvio pregiudiziale (di interpretazione e di validità) *ex* art. 267 TFUE la sua «chiave di volta» [110].

---

[104] Corte di Giustizia, 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta Platforms Inc. c. Bundeskartellamt*, parr. 55-59.

[105] Corte di Giustizia, 4 luglio 2023, causa C-252/21, *Meta Platforms Inc. c. Bundeskartellamt*, par. 60.

[106] *Ex multis* Corte di Giustizia, 31 marzo 1992, causa C-255/90 P, *Burban*, par. 7.

[107] Corte di Giustizia, 27 febbraio 2018, causa C-64/16, *Associazione sindacale dei giudici portoghesi*, par. 34.

[108] Corte di Giustizia, 9 marzo 1994, causa C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, parr. 17-18.

[109] Corte di Giustizia, 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*, parr. 15-17.

[110] *Ex multis* Corte di Giustizia, 8 marzo 2011, parere 1/09, parr. 66, 83-84; Corte di Giustizia, 18 dicembre 2014, parere 2/13, par. 176.

Similmente, la richiesta di informazioni (o cooperazione) che deve essere ricercata dall'autorità garante della concorrenza risponde all'esigenza di garantire un'interpretazione e applicazione uniformi del RGPD all'interno del territorio dell'UE. Tale esigenza, al di là della cospicua giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE in materia di protezione dei dati personali, pure applicabile in materia, si ritrova già all'art. 65 del RGPD, che prevede una procedura di decisione composita, che permette di deferire una questione controversa nell'ambito di un procedimento nazionale, a seguito dell'obiezione mossa da parte di un'autorità di controllo di un altro Stato membro, al Comitato europeo per la protezione dei dati personali, il quale, in funzione quasi nomofilattica, prenderà una decisione vincolante per l'autorità nazionale procedente sulla questione controversa, uniformando così l'interpretazione e applicazione del RGPD, laddove le autorità nazionali avrebbero proceduto diversamente.

Si può dunque affermare che la sentenza in esame svolga un passo ulteriore: se l'art. 65 del RGPD si applica unicamente alle autorità garanti della protezione a livello nazionale, la pronuncia in esame mostra come l'esigenza di uniforme interpretazione e applicazione debba essere al centro anche della cooperazione con altre autorità, che non sono garanti della protezione dei dati personali, ma che possono conoscere incidentalmente di una potenziale violazione della disciplina posta a tutela di questi ultimi. Vista la grande importanza della questione, si può auspicare un intervento *de iure condendo*, che meglio precisi i criteri della cooperazione che deve intercorrere tra autorità che presiedono il conseguimento di fini diversi.

Dopotutto, in un'unione di più ordinamenti giuridici, ciascuno dei quali con i propri interpreti qualificati, è sempre insito il rischio che il diritto UE non riceva un'interpretazione e un'applicazione uniformi [111]. Da qui, deriva tra l'altro la centralità del rinvio pregiudiziale, che assicura un ruolo nomofilattico alla Corte di Giustizia, in un costante confronto, mai sopito, con le corti nazionali, affinché il diritto UE possa ricevere un'interpretazione e un'applicazione davvero uniformi [112].

In maniera del tutto analoga, reiterare che l'autorità garante della concorrenza debba ricercare la cooperazione dell'autorità di controllo non è pertanto fine a se stesso. Certo, è innegabile che occorra rispettare la competenza dell'una e dell'altra autorità, pena possibili vizi procedurali che possano determinare l'invalidità del provvedimento finale adottato. Tuttavia, la questione della competenza consegue una più importante funzione, nomofilattica appunto, che vuole perseguire un'interpretazione e un'applicazione uniformi di un settore dell'UE, quale quello della protezione dei dati personali, che rappresenta, soprattutto nell'ambito della regolazione digitale, un pilastro dell'azione normativa dell'UE.

---

[111] K. LENAERTS-K. GUTMAN-J.T. NOWAK, *EU Procedural Law*, II ed., Oxford University Press, Oxford, 2023, p. 50.

[112] Corte di Giustizia, 26 marzo 2020, cause riunite C-558/18 e C-563/18, *Miasto Łowicz*, par. 55. Per tutti, si rinvia a T. TRIDIMAS, *Knocking on Heaven's Door: Fragmentation*, *Efficiency*, *and Defiance in the Preliminary Reference Procedure*, in *CMLRev.*, vol. 40, n. 1, 2003, pp. 9-16.

3. Una seconda interazione e intersezione: il diritto di proprietà intellettuale tra protezione dei dati personali e diritto della concorrenza

3.1. Il diritto di proprietà intellettuale al crocevia di diversi settori giuridici

Il diritto di proprietà intellettuale porta a compimento, in maniera plastica, un'ulteriore forma di interazione e intersezione tra diversi settori giuridici, non solo per la compenetrazione che si può osservare con il diritto della concorrenza e, più specificamente nel contesto di una società digitale, con la protezione dei dati personali, ma anche per la sua configurazione multilivello del sistema delle fonti [113].

Una struttura caleidoscopica delle fonti del diritto di proprietà intellettuale è dettata essenzialmente dalla caratterizzazione di *global commodity* di quest'ultimo [114]. Per quanto il diritto di proprietà intellettuale abbia avuto (e abbia ancora in taluni casi) una natura ontologicamente territoriale, dettata dalla relatività delle legislazioni nazionali, che riconoscono quella o quell'altra protezione giuridica a un dato bene giuridico, il commercio internazionale ha progressivamente imposto l'esigenza di trovare delle cornici normative che vadano oltre i confini nazionali, assicurando una protezione territorialmente più estesa rispetto a beni giuridici che si prestano – basti pensare alle moderne tecnologie protette dal diritto di proprietà intellettuale – a conoscere scambi di natura transazionale [115]. Si è dunque osservato il passaggio da un ideale "romantico", associato ai diritti morali della paternità di un'opera frutto dell'intelletto umano, a uno utilitaristico, in forza del quale il diritto di proprietà intellettuale serve anzitutto a incentivare e remunerare gli investimenti impiegati per la creazione di un dato prodotto [116], all'interno di un contesto (anche geopolitico) di nuove sfide e orizzonti, che derivano da un'interazione sempre più pregnante con i fenomeni digitali [117].

Per tali ragioni, ci si è mossi, a livello del diritto internazionale, dai primissimi trattati internazionali, quali, per esempio, la Convenzione di Parigi per la protezione della proprietà intellettuale (1883) e la Convenzione di Berna per la protezione delle opere letterarie e artistiche (1886), all'*Agreement on Trade-*

---

[113] R. Pardolesi-M. Granieri-A. Giannaccari-G. Colangelo, *Di regolazione*, antitrust *e diritti di proprietà intellettuale*, in *Merc., conc., reg.*, fasc. 1, 2004, pp. 7-73.

[114] M. Borghi, *Commodification of Intangibles in Post-IP Capitalism: Rethinking the Counter Hegemonic Discourse*, in *Eur. Law Op.*, vol. 2, n. 2, 2023, pp. 433-447.

[115] J. Pila, *Seville's EU Intellectual Property Law and Policy*, III ed., Edward Edgar Publishing, Cheltenham, 2022, p. 1. Sulla centralità del carattere transazionale del *business* concernente il diritto di proprietà intellettuale, nonché delle reali e potenziali violazioni che si possono consumare nel contesto del commercio internazionale (come, per esempio, la pirateria o la contraffazione), è divenuta pregnante l'adozione e l'applicazione di *border measures*, vale a dire misure adottate alla frontiera per impedire l'accesso al mercato del prodotto realizzato in violazione di altrui diritti di proprietà. Si veda sul punto, O. Vrins-M. Schneider, *Enforcement of Intellectual Property Rights through Border Measures. Law and Practice in the EU*, II ed., Oxford University Press, Oxford, 2012.

[116] P.S. Menell, *1600 Intellectual Property: General Theories*, in B. Bouckaert-G. De Geest, *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2003, pp. 129-188.

[117] R.M. Hilty-J. Hoffmann-S. Scheuerer, *Intellectual Property Justification for Artificial Intelligence*, in Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 20-02, 2020 pp. 1-28.

Related Aspects of Intellectual Property Rights (*TRIPs Agreement*) (1995), che porta a sistema nell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC) la tutela della proprietà intellettuale [118].

La complessità delle fonti del diritto è stata poi accresciuta dall'azione normativa dell'UE. Sebbene l'ordinamento giuridico dell'UE esprima un principio di neutralità rispetto ai regimi di proprietà stabiliti a livello nazionale, come espressamente sancito dall'art. 345 TFUE, il suo intervento in materia di proprietà intellettuale è stato del tutto fuorché neutrale [119]. D'altra parte, come si vedrà meglio in seguito, la proprietà intellettuale si inserisce nell'area di competenza concorrente del mercato interno, elemento che ha comunque assicurato spazi di manovra talvolta interessanti per il legislatore dell'UE. In tal senso, non si può sottacere l'importanza strategica che il diritto di proprietà intellettuale presenta nell'azione dell'UE, sia a livello interno, e quindi nell'ambito del già menzionato mercato interno, sia a livello esterno, nel contesto della politica commerciale comune [120].

Sotto quest'ultimo profilo non è un caso che una copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia si sia appunto evoluta proprio a partire dall'azione esterna dell'UE nell'ambito della politica commerciale comune [121]. In primo luogo, l'art. 206 TFUE segna in definitiva il legame intercorrente tra l'unione doganale (azione interna) con la politica commerciale comune (azione esterna) [122]. Tale relazione sottolinea l'importanza di conferire all'UE un'area di intervento, quale è la politica commerciale comune, di competenza esclusiva dell'UE *ex* art. 3 TFUE, che possa consolidare la creazione del mercato interno anche per il tramite delle azioni intraprese dall'UE sul piano internazionale [123]. Si deve poi aggiungere, in secondo luogo, che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'art. 207 TFUE include espressamente nell'ambito della politica commerciale comune «[…] gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale […]», a evidenziare un nuovo equilibrio nell'azione dell'UE e una rinnovata importanza nei confronti del diritto di proprietà intellettuale [124]. In particolare, «gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale» sono stati meglio precisati e definiti dalla Corte di Giustizia con la sentenza *Daiichi Sankyo*, nella quale è stato precisato che «[…] un atto dell'Unione rientra nella politica commerciale comune se verte specificamente sugli scambi internazionali in quanto è sostanzialmente destinato a promuovere, facilitare o disciplinare tali scambi e sortisce su di loro effetti diretti ed immediati» [125]. Pertanto, occorre un duplice requisito: da un lato, l'atto deve concernere specificamente gli scambi commerciali e, dall'altro, deve

---

[118] G. TRITTON, *Intellectual Property in Europe*, II ed., Sweet & Maxwell, Londra, 2002, pp. 45-48.

[119] J. PILA, *op. cit.*, p. 589.

[120] Commissione europea, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Sfruttare al meglio il potenziale innovativo dell'UE Piano d'azione sulla proprietà intellettuale per sostenere la ripresa e la resilienza dell'UE*, COM(2020) 760 final.

[121] J. WOUTERS-F. HOFFMEISTER-G. DE BAERE-T. RAMOPOULOS, *The Law of EU External Relations. Cases*, *Materials*, *and Commentary on the EU as an International Legal Actor*, III ed., Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 230-288.

[122] P. KOUTRAKOS, *EU International Relations Law*, III ed., Hart Publishing, Oxford, 2015, p. 18.

[123] I. GOVAERE, *Interconnecting Legal Systems and the Autonomous EU Legal Order: A Balloon Dynamic*, in I. GOVAERE-S. GARBEN (a cura di), *The Interface Between EU and International Law: Contemporary Reflections*, Hart Publishing, Oxford, 2019, pp. 19-43.

[124] J. LARIK, *Intellectual Property and the Post-Lisbon Common Commercial Policy:* Daiichi Sankyo, in G. BUTLER-R.A. WESSEL (a cura di), *EU External Relations Law*, Hart Publishing, Oxford, 2022, p. 692.

[125] Corte di Giustizia, 18 luglio 2013, causa C-414/11, *Daiichi Sankyo*, par. 51.

avere effetti diretti e immediati su tali scambi. Tale è il *TRIPs Agreement*, poiché ambisce a una tutela internazionale del diritto di proprietà intellettuale, inserendosi pienamente nell'ambito degli scambi commerciali internazionali dell'OMC [126]. Tra l'altro, la qualificazione del *TRIPs Agreement* alla luce degli «aspetti commerciali della proprietà intellettuale» permette di far traghettare la rilevanza di tale materia dalla competenza concorrente del mercato interno al settore di competenza esclusiva della politica commerciale comune, con un sensibile spostamento del ruolo (esclusivo) che l'UE può giocare a partire dall'entrata in vigore Trattato di Lisbona nella materia *de qua* [127].

Ciononostante, sebbene la competenza esclusiva sugli «aspetti commerciali della proprietà intellettuale» possa (indirettamente) giovare a una disciplina uniforme, la normativa del diritto di proprietà intellettuale resta assolutamente disomogenea e non unitaria sul piano interno. Si prendano, per esempio, i tre maggiori istituti del diritto di proprietà intellettuale: il marchio (*trademark*), il diritto d'autore (*copyright*) e il brevetto (*patent*). Ciascuno dei tre conosce regimi giuridici nel diritto UE di intensità diversa: la disciplina sul marchio è una disciplina unitaria, per come stabilita dal legislatore dell'UE, a differenza della normativa del diritto d'autore (e i diritti connessi), che è invece solo parzialmente armonizzata. Vi è poi la disciplina sul brevetto, che conosce limitatissimi interventi normativi di diritto UE, e che si rifà invece alla Convenzione sulla concessione dei brevetti europei, uno strumento di diritto internazionale, che è quindi posto al di fuori dell'ordinamento giuridico dell'UE [128]. Tante e diverse sono le ragioni che hanno condotto a questi regimi di diversa intensità, che, ai fini dell'economia del presente scritto, non verranno tuttavia considerate [129].

Di contro, il disegno qui tratteggiato vuole essere allora testimone di una complessità reale e normativa che rende pregnante uno studio delle intersezioni e interazioni del diritto. Si prenderà ora in considerazione, nell'ottica della tesi sostenuta nel presente scritto, il rapporto intercorrente con la tutela dei dati personali e il diritto della concorrenza. Tuttavia, dato l'impulso di diritto UE di questi ultimi, non si è potuto sottacere la prima intersezione e interazione che si registra quando si affronta la disciplina del diritto di proprietà intellettuale, vale a dire appunto quella del complesso sistema delle fonti del diritto e quindi della produzione normativa, che pure ritornerà nel prosieguo di questo scritto.

3.2. Il diritto di proprietà intellettuale nelle sfide della *data-driven economy*

Un primo terreno di confronto si registra nell'ambito delle nuove forme di censura (privata), che vengono esercitate dalle piattaforme digitali attraverso il cd. *notice-and-take-down*. Si tratta di una procedura tutta interna alla singola piattaforma digitale, azionata vuoi *motu proprio*, vuoi grazie alle segnalazioni di altri utenti digitali, che porta alla "disabilitazione" del contenuto diffuso *online*, rendendolo così non più disponibile per la visualizzazione, perché esso risulta contrario o ai termini e alle condizioni autoimposte dalla piattaforma (censura

[126] Corte di Giustizia, 18 luglio 2013, causa C-414/11, *Daiichi Sankyo*, par. 53.

[127] P. KOUTRAKOS, *op. cit.*, p. 44.

[128] Per la disciplina specifica di questi tre istituti, si rinvia, *ex multis*, a A. KUR-T. DREIER-S. LUGINBUEHL, *European Intellectual Property Law*, II ed., Edwar Elgar, Cheltenham, 2019.

[129] *Ex multis*, T. COOK, *EU Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 4-66.

de facto), o alle disposizioni etero-imposte dal legislatore statale (censura *de iure*) [130]. Tale procedura è la manifestazione di un potere (privato) di fatto delle piattaforme digitali, che viene esercitato sulle fonti informative immesse *online*, nonché sulle tecnologie digitali attraverso le quali questo viene esercitato, e si configura praticamente come una forma di *self-enforcement*, vale a dire un'autotutela esperita attraverso dei controlli di conformità di quanto pubblicato *online* [131]. Tale autotutela si traduce nella «[…] prerogativa che consente al titolare di poteri di fatto di escludere i terzi non graditi dalla fruizione della risorsa digitale», derivante dalla «[…] combinazione della tecnologia digitale ed algoritmica con il contratto […] o con la legge […] che colloca gli interlocutori di volta in volta interessati in una situazione di soggezione che in precedenza non era riscontrabile» [132]. Da un punto di vista giuridico, dunque, la teoria del diritto insegna che il correlativo giuridico del potere è appunto la soggezione [133]. Ciò implica allora che il destinatario su cui ricade questo potere di fatto si trova in una posizione di soggezione, che solo parzialmente può essere riequilibrata dal diritto statale, a posteriori, nelle forme della tutela giurisdizionale, poiché *medio tempore* quell'autotutela sarà già stata esercitata, e quindi i contenuti *online* saranno stati disabilitati o rimossi. Così, l'emersione di questo *self-enforcement* privato si contrappone al potere pubblico statale e tale conflitto è ulteriormente accresciuto e stigmatizzato da un intenso ricorso ai sistemi di intelligenza artificiale (IA), che rendono sempre più penetranti queste forme di censura privata [134].

Naturalmente, le procedure di *notice-and-take-down* non colpiscono unicamente i contenuti protetti dal diritto di proprietà intellettuale, in quanto attecchiscono anche sull'esercizio *online* di altri diritti fondamentali, come nel caso della libertà di espressione [135]. Tuttavia, la tensione è portata a un ulteriore livello di complessità per le diverse discipline normative coinvolte, quando l'intersezione e l'interazione concernono il diritto di proprietà intellettuale, al quale, in quanto diritto fondamentale, è assicurata una protezione giuridica dalla stessa Carta dei Diritti fondamentali, all'art. 17(2) [136]. Oltre alla tutela accresciuta, di rango primario, e discendente direttamente dalla Carta dei Diritti fondamentali, il diritto della proprietà intellettuale, con le precisazioni del caso a seconda dell'istituto considerato, riceve poi una più estesa disciplina tanto da parte del legislatore

---

[130] M. MONTI, *Privatizzazione della censura e* Internet platforms*: la libertà di espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Riv. ital. infor. dir.*, fasc. 1, 2019, pp. 35-51.

[131] M. RICOLFI, *Il diritto della proprietà intellettuale nella società algoritmica: fra metamorfosi e continuità*, in *AIDA*, fasc. 1, 2022, p. 268.

[132] M. RICOLFI, *op. cit.*, pp. 274, 281.

[133] W.N. HOHFELD, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Yale L. J.*, vol. 23, n. 1, 1913, p. 30.

[134] M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi: privati*, *penetranti*, *opachi*, il Mulino, Bologna, 2022, pp. 74-76.

[135] Sul punto, si rinvia, *ex multis*, a F. DONATI, Internet *(diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 532-545; J.M. BALKIN, *Free Speech is a Triangle*, in *Col. L. Rev.*, vol. 118, 2018, pp. 2013-2014; F. DONATI, Fake news *e libertà di informazione*, in *Riv. dir.* media, fasc. 2, 2018, pp. 440-446; O. POLLICINO, *La prospettiva costituzionale sulla libertà di espressione nell'era di Internet*, in *Riv. dir. media*, fasc. 1, 2018, pp. 48-82; M. BASSINI, *Libertà di espressione e* social network, *tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in *Riv. it. infor. e dir.*, fasc. 2, 2021, pp. 67-99; F. DONATI, *Unione Europea*, *libertà e pluralismo dei mezzi di informazione*, in *Riv. dir.* media, fasc. 2, 2022, pp. 19-30.

[136] Per un commento all'art. 17(2) Carta dei Diritti fondamentali, si rinvia a P. TORREMANS, *Article 17(2)*, in S. PEERS-T. HERVEY-J. KENNER-A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, II ed., Hart Publishing, Oxford, 2021, pp. 519-550.

dell'UE quanto da parte di quello nazionale. Significativo in tal senso è il regime normativo previsto in materia di responsabilità delle piattaforme digitali, che coinvolge proprio il diritto di proprietà intellettuale.

Come noto, per giurisprudenza consolidata, la Corte di Giustizia, interpretando la direttiva 31/2000 (direttiva *e-Commerce*), ha più volte ribadito che la scriminante della responsabilità per la diffusione di dati o informazioni illeciti da parte delle piattaforme digitali potrà ricorrere solo allorquando quest'ultima provi di non essere stata a conoscenza dei dati e delle informazioni predetti, e non abbia svolto alcun *ruolo attivo* nel porre in essere una condotta lesiva dei diritti degli utenti *online* [137]. In particolare, svolgono un ruolo attivo quei prestatori di servizi, che, anche solo volontariamente, intraprendano condotte dirette a identificare contenuti illegali e come tali soggetti a responsabilità qualora venga integrata almeno una delle due condizioni predette, indicate dall'art. 14 direttiva *eCommerce*, e, *a fortiori*, nel caso in cui taluni contenuti siano pubblicati sotto la loro autorità e sotto il loro controllo – ciò che fa sorgere la responsabilità in qualità di editori [138].

A ciò deve aggiungersi che il diritto UE, specificamente per il diritto d'autore, individua un'ulteriore disciplina in materia di *notice-and-take-down* prevista dalla direttiva 790/2019. Tale normativa precisa che i prestatori di servizi di condivisione *online* (PSCCO), quale, per esempio, *YouTube*, saranno ritenuti responsabili per la violazione del diritto d'autore di terzi *ex* art. 17(4) direttiva 790/2019 [139], qualora diano comunicazioni al pubblico di opere protette da *copyright*, in assenza di un'apposita licenza da parte dei titolari del detto diritto d'autore, che autorizzi loro alla divulgazione dei contenuti così protetti [140].

Infine, il quadro normativo si completa con l'entrata in vigore del *Digital Services Act* (DSA), un regolamento di portata orizzontale, che si configura come una vera e propria *lex generalis* dei servizi digitali, la cui natura, data la base giuridica radicata nell'art. 114 TFUE, è volta all'armonizzazione delle legislazioni nazionali, per l'istaurazione e il funzionamento del mercato interno in materia di servizi digitali. In termini applicativi, il DSA prescinde dall'effettivo stabilimento dei prestatori di servizio, sia esso nell'UE o al di fuori di questa, per inquadrare il proprio centro di gravità nel luogo di stabilimento (questo sì, nell'UE) dei destinatari dei servizi digitali [141]. Prescindere dal luogo di sta-

---

[137] *Ex multis*, Corte di Giustizia, 12 luglio 2011, causa C-324/09, *L'Oréal SA c. eBay*, par. 124; Corte di Giustizia, 23 marzo 2010, cause riunite C-236/08, C-237/08 e C-238/08, *Google France SARL e Google Inc. c. Louis Vuitton*, parr. 106-120; Corte di Giustizia, 26 aprile 2022, causa C-401/19, *Polonia c. Parlamento europeo e Consiglio dell'UE*, parr. 26-38.

[138] Corte di Giustizia, 11 settembre 2014, causa C-291/13, *Papasavvas*, par. 46.

[139] Per vero, il legislatore dell'UE precisa che tale responsabilità è comunque suscettibile di essere integrata in assenza di «massimi sforzi per ottenere [tale licenza]», ovvero laddove manchino «[…] massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali abbiano ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti», ovvero ancora laddove siano assenti un'azione tempestiva, «[…] dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere dai loro siti web le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e […] massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro […]», art. 17(4), direttiva 790/2019.

[140] «*A licence is a mechanism by which the owner of an intellectual property right grants permission for a third party to exploit that right*, *usually in return for payment*». Per tale definizione, si rinvia a C. SEVILLE, *EU Intellectual Property and Policy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2009, p. 376.

[141] «Il presente regolamento si applica ai servizi intermediari offerti a destinatari il cui luogo di stabilimento si trova nell'Unione o che sono ubicati nell'Unione, indipendentemente dal luogo di stabilimento dei prestatori di tali servizi intermediari», art. 2(1), regolamento 2065/2022.

bilimento degli intermediari significa estendere l'applicazione del presente regolamento anche alle c.d. *big tech*, che godono, in quanto società di diritto statunitense, e in assenza di una regolazione nel diritto oltreoceano, di un'asimmetria favorevole della propria posizione rispetto a quelle degli utenti [142]. Così facendo, il DSA impone in capo ai prestatori di servizi una serie di obblighi di diligenza «a cerchi concentrici», sempre più intensi all'aumentare dell'attività e della dimensione della stessa piattaforma digitale [143]. In tal senso, si possono distinguere molteplici nuclei di obblighi di diligenza, a seconda dei destinatari dei medesimi, i quali sono genericamente individuati come prestatori di servizi intermediari, che vengono però distinti a seconda del grado di interazione dei contenuti pubblicati sulle loro piattaforme e del numero di utenti attivi [144].

Più specificamente, per quanto concerne il regime di responsabilità dei prestatori di servizi, si osserva che il Capo II del DSA individua l'esenzione da responsabilità per i prestatori di semplice trasporto (*mere conduit providers*) (art. 4), per i prestatori di memorizzazione temporanea (*caching providers*) (art. 5), nonché per i prestatori di memorizzazione di informazione (*hosting providers*) (art. 6). I prestatori di servizi intermediari sono inoltre esentati, ai sensi dell'art. 8 DSA, dagli obblighi preventivi di sorveglianza sulle informazioni che memorizzano o trasmettono, o di accertamento attivo dei fatti che indichino la presenza di attività illegali. Si può dunque affermare che il DSA mantiene, quanto al regime di responsabilità, l'impostazione della direttiva *e-Commerce*, per come interpretata dalla già menzionata giurisprudenza, che sancisce l'esonero dalla c.d. *secondary liability*, se non al ricorrere delle due predette condizioni, come anche evocato, in particolare per gli *hosting providers*, dall'art. 6 DSA [145].

Al tempo stesso, il DSA introduce però una versione parziale del cd. principio del "buon samaritano" (*Good Samaritan clause*) [146]. Infatti, come previsto dall'art. 7 DSA, «[i] prestatori di servizi intermediari non sono considerati inammissibili all'esenzione dalla responsabilità […] per il solo fatto di svolgere, in buona fede e in modo diligente, indagini volontarie di propria iniziativa o di adottare altre misure volte a individuare, identificare e rimuovere contenuti illegali o a disabilitare l'accesso agli stessi, o di adottare le misure necessarie per conformarsi alle prescrizioni del diritto dell'Unione e del diritto nazionale conforme al diritto dell'Unione […]». In altri termini, ciò significa che l'adozione di misure

---

[142] M.D. Cole-C. Etteldorf-C. Ullrich, *Updating the Rules for Online Content Dissemination*, Nomos, Baden-Baden, pp. 154-155.

[143] G. Morgese, *Moderazione e rimozione dei contenuti illegali* online *nel diritto dell'UE*, in *Federal.*, n. 1, 2022, p. 114.

[144] B. Nascimbene-F. Rossi Dal Pozzo, *L'evoluzione dei diritti e delle libertà fondamentali nel settore dei* media. *Diritto dell'Unione europea*, *orientamenti giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Euroj.*, fasc. 1, 2023, pp. 26-27. Per un'analisi sistematica delle disposizioni, non oggetto del presente contributo, si rinvia a F. Wilman-S.L. Kaleda-P.-J. Loewenthal, *The EU Digital Services Act: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2024.

[145] «Nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore del servizio non è responsabile delle informazioni memorizzate su richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente a conoscenza delle attività o dei contenuti illegali e, per quanto attiene a domande risarcitorie, non sia consapevole di fatti o circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dei contenuti; oppure b) non appena venga a conoscenza di tali attività o contenuti illegali o divenga consapevole di tali fatti o circostanze, agisca immediatamente per rimuovere i contenuti illegali o per disabilitare l'accesso agli stessi», art. 6(1), regolamento UE 2065/2022.

[146] G. Caggiano, *La proposta di* Digital Service Act *per la regolazione dei servizi e delle piattaforme* online *nel diritto dell'Unione Europea*, in *Ann. AISDUE*, fasc. 1, 2021, pp. 18-19.

proattive da parte dei prestatori dei servizi intermediari non li esonera automaticamente dalla responsabilità per i contenuti pubblicati dai terzi loro utenti, posto che una tale esenzione potrà essere conseguita unicamente nelle ipotesi in cui siano adempiute le obbligazioni loro prescritte [147]. Si osserva la distanza rispetto al diritto statunitense, che, come noto, in forza del *Communication Decency Act* (1996), sancisce l'esclusione di qualsivoglia responsabilità dei prestatori dei servizi *online* con riguardo ai contenuti pubblicati dagli utenti sulle loro piattaforme, e che ha consentito, nel corso dei decenni, il consolidamento di posizioni di ampio potere da parte delle *big tech* proprio nell'ambito dei *social network* e, più ampiamente, sul mercato digitale [148]. Ciononostante, anche oltreoceano, è stata avviata una riflessione, sulla scorta del *Brussels Effect*, per avvicinare il modello statunitense a quello di protezione dei diritti fondamentali, più tipicamente dell'UE [149], ma che potrebbe tuttavia essere vanificata dalle politiche della nuova amministrazione presidenziale.

A fronte di questo caleidoscopico quadro normativo, che colpisce il diritto di proprietà intellettuale non solo nei rapporti con le fonti di diritto internazionale e di diritto nazionale, ma anche all'interno dello stesso diritto UE, la domanda che sorge è quale sia la relazione che intercorre tra queste svariate fonti. A questo riguardo, occorre considerare che il DSA, una *lex generalis* di applicazione orizzontale, fa espressamente salva, ai sensi dell'art. 2(4), l'attuazione delle disposizioni speciali, che sono in vigore per specifici settori, tra cui, appunto la direttiva 790/2019, di applicazione verticale. Questo significa che il legislatore dell'UE, constatata la necessità di operare una revisione della responsabilità dei prestatori di servizi, ha armonizzato completamente le disposizioni valide per questi ultimi nell'ambito dell'economia *data-driven*, fuorché il *ius specialis*, con il risultato che il DSA sarà applicabile solo in maniera residuale, per quanto non già disposto verticalmente [150].

La ricostruzione normativa qui preceduta non è fine a se stessa, ma vuole essere prova dell'importanza che queste piattaforme digitali rappresentano per il mondo contemporaneo. Infatti, i tentativi che, a più riprese, hanno animato il legislatore e la giurisprudenza per individuare un regime di responsabilità degli intermediari mostra quanto il tema sia delicato e quanto sia difficile trovare delle soluzioni di compromesso, che possano tenere insieme tanto la dimensione imprenditoriale del profitto economico quando quella della tutela dei diritti fondamentali.

---

[147] Una simile configurazione ha dato, al tempo stesso, adito a potenziali situazioni di *over-enforcement* da parte delle piattaforme digitali di più grandi dimensioni e di *under-enforcement* da parte delle piattaforme di più piccole dimensioni. Sul punto si rinvia a G. CAGGIANO, *op. cit.*, p. 19; G. MORGESE, *op. cit.*, pp. 117-118.

[148] Sul punto, si rinvia, *ex multis*, a H. PEARLMAN SALOW, *Liability Immunity for Internet Service Providers: How Is It Working*, in *J. Tech. L & Pol.*, vol. 6, n. 1, 2001, pp. 31-56; D.K. CITRON-H. NORTON, *Intermediaries and Hate Speech: Fostering Digital Citizenship for Our Information Age*, in *Bost. Univ. L. Rev.*, vol. 91, no. 7, 2011, pp. 1435-1484; D.K. CITRON, *Extremist Speech, Conformity, and Censorship Creep*, in *Not. Dame L. Rev.*, vol. 93, n. 3, 2018, pp. 1035-1071; R.A. WILSON-M.K. LAND, *Hate Speech on Social Media: Content Moderation in Context*, in *Conn. L. Rev.*, vol. 52, no. 3, 2021, pp. 1029-1076. Più in generale, sullo statuto costituzionale della libertà di espressione nel diritto statunitense, nell'intreccio con l'esercizio del potere pubblico, si rinvia a T.I. EMERSON, *The System of Freedom of Expression*, Random House, New York, 1970.

[149] J.M. BALKIN, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, in *NYU L. Rev.*, vol. 79, n. 1, 2004, pp. 1-55; A. BRADFORD, *Digital Empires: The Gloabl Battle to Regulate Technology*, Oxford, Oxford University Press, 2023, pp. 324-359.

[150] M. LILLÀ MONTAGNANI, *Le procedure di* notice and take down *gestite dai prestatori di servizi*, in *AIDA*, fasc. 1, 2022, p. 82.

L'equilibrio è allora sottile e mai raggiunto una volta per tutte. In altri termini, occorre ricercare degli strumenti per porre un freno a questo enorme potere di fatto. Uno di questi deriva proprio dal diritto della concorrenza, secondo un progressivo allineamento, che sta portando persino l'ordinamento giuridico statunitense, il più liberale per definizione, a sposare le istanze più regolatorie del diritto UE, come nel recente caso statunitense, nel quale Apple Inc. è stata sanzionata per il monopolio detenuto nel mercato degli *smartphone* e come tale contrario alla *Section 2* dello *Sherman Act* [151].

3.3. Corsa alle armi: il diritto della concorrenza

3.3.1. L'interazione tra diritto di proprietà intellettuale e diritto della concorrenza

Ancora una volta, allora, per come già osservato nella Sezione 2, il diritto della concorrenza torna in auge. L'intersezione e l'interazione tra il diritto della concorrenza e il diritto di proprietà intellettuale non è certamente nuova. Anzi, la stessa Corte di Giustizia si è lungamente trattenuta su questo rapporto, sia con riferimento all'art. 101 TFUE, sia con riferimento all'art. 102 TFUE, da cui è derivata una copiosa giurisprudenza [152]. Ne consegue che la rilevanza del diritto della concorrenza per il diritto di proprietà intellettuale va ben al di là della singola condotta anticoncorrenziale, poiché porta a sistema le relazioni che intercorrono tra questi due settori, da sempre studiate vuoi in termini di complementarità, vuoi in termini di esclusione reciproca [153]. Infatti, sia l'uno che l'altro diritto intendono massimizzare il benessere attraverso il mercato, ma, mentre il diritto di proprietà intellettuale ricorre a diritti esclusivi per il tramite di privative, il diritto della concorrenza interviene affinché le condizioni di concorrenza siano rispettate [154]. Da qui deriva l'originaria dicotomia, alla luce del già citato principio di neutralità *ex* art. 345 TFUE, che si rinviene già nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, tra esistenza del diritto ed esercizio del diritto. Mentre il diritto di proprietà intellettuale assicura l'esistenza del diritto esclusivo, e quindi la sua validità, il diritto della concorrenza si occupa del suo esercizio, perché questo non celi un'indebita violazione della disciplina concorrenziale [155]. È infatti sempre possibile che «[…] il libero esercizio di un diritto esclusivo, che sanziona la realizzazione di un investimento o di una creazione, [sia] limitato nell'interesse di una concorrenza non falsata nel mercato comune […]» [156].

Ma vi è di più. Alla luce di questa distinzione, che non sopravvive nella più

---

[151] U.S. District Court for the District of New Jersey, No. 2:24-cv-04055 (D.N.J. Mar. 21, 2024), *U.S. and Plaintiff States v. Apple*, *Inc.*

[152] Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale, si rinvia a J. PILA, *op. cit.*, pp. 588-643. Centrale, alla luce del settore digitale analizzato nel presente scritto, è anche la disciplina disposta dal legislatore dell'UE in materia di *technology transfer*. Sul punto, si veda S.D. ANDERMAN-J. KALLAUGHER, *Technology Transfer and the new EU Competition Rules. Intellectual Property Licensing After Modernisation*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

[153] A. KUR-T. DREIER-S. LUGINBUEHL, *op. cit.*, pp. 479-480.

[154] M. MAGGIOLINO-L. ZOBOLI, *The Intersection Between Intellectual Property and Antitrust Law*, in I. CALBOLI-M. LILLÀ MONTAGNANI (a cura di), *Handbook on Intellectual Property Research*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 123-127.

[155] Corte di Giustizia, 13 luglio 1977, causa 56/64 e 58/64, *Consten-Grundig*, p. 345.

[156] Tribunale dell'UE, 1° luglio 2010, causa T-321/05, *AstraZeneca*, par. 679.

recente giurisprudenza, si apprezza cionondimeno un importante elemento di vantaggio, in prospettiva UE, del diritto della concorrenza sul diritto di proprietà intellettuale. Infatti, nella frammentazione delle sue fonti di produzione normativa, quest'ultimo, salvo eccezioni (come nel caso della disciplina del marchio), e a differenza del diritto della concorrenza, è un settore giuridico che resta per lo più appannaggio dei legislatori nazionali [157]. Lo dimostra chiaramente la base giuridica che viene attivata dal legislatore dell'UE quando si tratta di operare interventi normativi in tale settore, vale a dire l'art. 118 TFUE, la quale non fa per altro riferimento esplicito, come nel caso dell'art. 114 TFUE, all'armonizzazione delle disposizioni nazionali per l'istituzione e il funzionamento del mercato interno, ma semplicemente alla creazione di misure che assicurino una protezione uniforme nel territorio dell'UE. A questo riguardo, la collocazione dell'art. 118 TFUE nel Titolo VII TFUE mostra la rilevanza giuridica del diritto di proprietà intellettuale nell'ambito dell'esercizio della competenza concorrente del mercato interno *ex* art. 4 TFUE, così come confermato anche dall'art. 36 TFUE in materia di deroghe al divieto di imporre barriere per la libera circolazione delle merci, che fa appunto salva, *inter alia*, la «[…] tutela della proprietà industriale e commerciale […]», interpretata come ricomprendente il diritto di proprietà intellettuale [158].

Ne deriva dunque che le difformità a livello nazionale sono inevitabili, tranne in caso di creazione di un diritto *sui generis*, di unitaria applicazione nel territorio dell'UE, come è, per esempio, quello offerto dalla direttiva 9/1996 per la tutela giuridica delle banche dati [159]. Per questa ragione, ai fini della creazione del mercato interno, il diritto di proprietà intellettuale è stato dapprima configurato nell'ordinamento giuridico dell'UE alla luce del principio di esaurimento (*exhaustion principle*) [160]. In virtù di quest'ultimo, una volta che un bene, protetto dal diritto di proprietà intellettuale, sia immesso sul mercato dell'UE in ossequio al consenso del titolare di tale diritto, la sua circolazione successiva non potrà essere impedita, se non in presenza di specifiche eccezioni, e l'importazione parallela dovrà essere consentita [161].

Deve inoltre aggiungersi che queste diversificazioni comportano differenze nel regime giuridico applicabile per il contenzioso transfrontaliero in materia di diritto di proprietà intellettuale, connaturato al suo carattere di *global commodity* [162]. In tale materia, occorre infatti scindere due distinti profili, l'uno relativo alla violazione del diritto stesso che viene fatto valere, l'altro concernente la sua validità. Quest'ultima è un atto di diritto pubblico, rimessa alle valutazioni dei

---

[157] H. SCHMIDT, *Competition Law and IP Rights: Not So Complementary: Time for Re-Alignment of the Goals*, in *Worl. Comp.*, vol. 42, n. 4, 2019, p. 456. Similmente, si rinvia a K. WALSH, *Fragmentation and the European Patent System*, Hart Publishing, Oxford, 2022.

[158] C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, VII ed., Oxford University Press, Oxford, p. 160.

[159] Sulla creazione di un diritto *sui generis* in materia di protezione giuridica delle banche dati e i conseguenti vantaggi offerti rispetto a una difformità delle discipline nazionali, si veda J. SCHVOSBO-O. KOKOULINA, *Cutting into Diamonds: Competition Law*, *IPR*, *Trade Secrets and the Case of 'Big Data'*, in C. GODT-M. LAMPING (a cura di), *A Critical Mind. Hans Ullirich's Footprint in Internal Market Law*, *Antitrust and Intellectual Property*, Springer, Berlino, 2023, pp. 137-142.

[160] C. BARNARD, *op. cit.*, pp. 160-164.

[161] *Ex multis*, Corte di Giustizia, 8 giugno 1971, causa 78/70, *Deutsche Grammophon c. Metro*, p. 496; Corte di Giustizia, 31 ottobre 1974, causa 16/74, *Centrafarm c. Winthrop*, p. 1193; Corte di Giustizia, 9 luglio 1985, causa 19/84, *Pharmon c. Hoechst*, par. 22; Corte di Giustizia, 17 ottobre 1990, causa C-10/89, *HAG II*, par. 12.

[162] A. KUR-T. DREIER-S. LUGINBUEHL, *op. cit.*, pp. 588-636.

legislatori nazionali e quindi delle autorità pubbliche procedenti a livello nazionale nel riconoscimento o meno del diritto di proprietà intellettuale che viene di volta in volta richiesto. Pertanto, sarà ben difficile, sotto l'egida del diritto UE, approntare un'uniforme disciplina in materia. Infatti, posto che la validità del diritto di proprietà intellettuale è disposta con un atto di diritto pubblico nazionale, le relative controversie non potranno che essere devolute alla giurisdizione dei giudici nazionali del luogo in cui il diritto di proprietà intellettuale è stato fin dall'inizio riconosciuto.

Di contro, ogniqualvolta si tratti di far valere la violazione di un tale diritto, soprattutto in fattispecie transazionali, tipiche del commercio internazionale, il diritto UE avrà campo più agevole per poter consolidare la giurisdizione in ossequio al regolamento 1215/2012 (Bruxelles I-*bis*), poiché, in questo secondo caso, le controversie sono vertenti non già sulla validità, e quindi sull'esistenza, del diritto di proprietà intellettuale, bensì sull'esercizio dello stesso, che è stato violato da un privato nella conduzione della propria attività commerciale [163].

Rispetto a questo quadro, il diritto della concorrenza offre indubbi vantaggi. Infatti, esso risulta direttamente applicabile anche da parte dei giudici nazionali [164], gode del principio del primato [165], e beneficia di un'interpretazione e applicazione uniformi per via del ruolo nomofilattico svolto dalla Corte di Giustizia dell'UE [166], la cui giurisdizione sarà per altro esclusiva nell'accertare e dichiarare l'eventuale invalidità di un atto dell'UE rispetto a una fonte di rango primario [167], tra cui compare anche il diritto della concorrenza. Di conseguenza, il diritto della concorrenza, anche per il contenzioso in materia di proprietà intellettuale, si mostra sicuramente più efficace, poiché non necessita, come si è invece visto per il diritto di proprietà intellettuale, di una biforcazione delle controversie relative vuoi alla validità vuoi all'esercizio del diritto. Le difficoltà così riscontrate sono tali da rendere quasi del tutto superati altri istituti del diritto di proprietà intellettuale, quali, per esempio in materia di brevetti, la licenza obbligatoria [168], che, assicura sì, dietro il pagamento di un corrispettivo in denaro, il diritto di utilizzare un *asset* protetto dal diritto di proprietà intellettuale, analogamente a quanto viene garantito in caso di successo di un'azione volta a contrastare il rifiuto di contrattare per la concessione della detta licenza, ma che impone il rispetto dei caratteri propri, a partire dalla pattuizione delle *royalties*.

Per tali ragioni, occorre soffermarsi più lungamente sulle potenzialità applicative del diritto della concorrenza. In particolare, si considererà la figura dell'abuso di posizione dominante, vietata dall'art. 102 TFUE. Ciò non significa che l'art. 101 TFUE sia irrilevante in materia, tutt'altro [169]. Cionondimeno, l'art. 102 TFUE, alla luce anche della più recente giurisprudenza, si presenta come

---

[163] R.M. Hilt-T. Jaeger-M. Lamping-H. Ullrich, *The Unitary Patent Package: Twelve Reasons for Concern*, in Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 12-12, 2012, pp. 620-621.

[164] *Ex multis*, Corte di Giustizia, 30 gennaio 1974, causa 127/73, *BRT et Société belge des auteurs*, *compositeurs et éditeurs*, parr. 15-16. Nel diritto italiano, tale applicazione è riconosciuta testualmente dal legislatore anche all'art. 1 della legge 287/1990.

[165] *Ex multis*, Corte di Giustizia, 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. ENEL*, p. 1160.

[166] *Ex multis*, Corte di Giustizia, 18 dicembre 2014, parere 2/13, par. 176.

[167] Corte di Giustizia, 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*, parr. 15-17.

[168] Sulla nozione di licenze obbligatorie, si veda G. Sena, *Privative industriali*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 613-614.

[169] Sul punto, si rinvia a P. Treacy, *EU Competition Law and Intellectual Property Rights*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2024, pp. 34-121.

una figura sintomatica della violazione del diritto della concorrenza da parte delle piattaforme digitali. Al tempo stesso, dunque, le riflessioni che seguiranno sull'art. 102 TFUE permetteranno di stabilire un *trait-d'union* con quanto già discusso nella Sezione 2 alla luce del caso *Meta v. Bundeskartellamt*, anch'esso portante sull'art. 102 TFUE, per meglio delineare il quadro delle intersezioni e interazioni tra diritto della concorrenza, diritto di proprietà intellettuale e tutela dei dati personali nell'ambito dell'economia digitale.

3.3.2. La figura più sintomatica di abuso *ex* art. 102 TFUE: il rifiuto di concedere una licenza

Come noto, il diritto UE non vieta il monopolio in quanto tale, e quindi la posizione dominante, ma ne proibisce l'abuso [170], a differenza del diritto statunitense, che stabilisce il divieto, tra l'altro presidiato da una sanzione penale, di creare un monopolio (o addirittura del semplice tentativo), come previsto dalla *Section 2* dello *Sherman Act*. Diverse sono le manifestazioni che l'abuso di posizione dominante può assumere nel diritto UE, quali, per esempio, il già menzionato rifiuto di contrattare, ovvero di concedere una licenza (*refusal to license*) nel caso del diritto di proprietà intellettuale, l'acquisto collegato di due prodotti (*tying*) [171] o il trattamento più favorevole accordato a prodotti dell'impresa dominante su un mercato dove essa non è dominante (*self-preferencing*) [172]. Tutte queste ipotesi si sostanziano, laddove integrate, in un abuso di sfruttamento (*exploitative abuse*), il quale permette all'impresa in posizione dominante su un dato mercato l'estensione della stessa anche su un altro mercato vicino (*upstream*, *downstream* o adiacente) [173]. Tra queste figure tipizzate, è sicuramente la prima ad avere avuto un maggiore impatto sull'evoluzione della prassi amministrativa e giurisprudenziale in sede sovranazionale nel rapporto tra concorrenza e proprietà intellettuale, sebbene recenti vicende in materia di *self-preferencing* [174] mostrino un costante fermento innovativo [175].

Il rifiuto di concedere una licenza non è in sé un abuso di posizione dominante [176], ma può integrare la violazione prescritta *ex* art. 102 TFUE se la condotta dell'impresa dominante non è conforme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia enucleata nella sentenza *Magill* [177]. Quest'ultima, precedente alla già citata sentenza *Bronner*, dà applicazione *ante litteram* all'*essential facility doctrine* [178], che verrà poi consolidata, nel 1998, dalla Corte di Giustizia proprio con la decisione resa nel caso *Bronner* [179]. A differenza di quest'ultimo, che si concentrava sul-

---

[170] Corte di Giustizia, 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche*, par. 91.

[171] N. Petit-N. Neyrinck, *Back to* Microsoft I *and* II*: Tying and the Art of Secret Magic*, in *J. Eur. Comp. L. & Pract.*, vol. 2, n. 2, 2011, pp. 117-121.

[172] P. Bougette-O. Budzinski-F. Marty, *Self-Preferencing and Competitive Damages: A Focus on Exploitative Abuses*, in *Ant. Bull.*, vol. 67, n. 2, 2022, pp. 190-207.

[173] A. Jones-B. Sufrin-N. Dunne, *op. cit.*, pp. 396-406.

[174] P. Ibáñez Colomo, *Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles*, *in Worl. Comp.*, vol. 43, n. 4, 2020, pp. 417-446.

[175] J. Padilla-D.H. Ginsburg-K.W. Wong-Ervin, *Antitrust Analysis Involving: Intellectual Property and Standards: Implications from Economics*, in *Harv. J. of L. & Tech.*, vol. 33, n. 1, pp. 27-32.

[176] Corte di Giustizia, 5 ottobre 1988, causa C-238/87, *AB Volvo c. Erik Veng Ltd*, par. 8.

[177] Corte di Giustizia, 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *Magill*.

[178] C. Ahlborn-D.S. Evans-A. Jorge Padilla, *The Logic & Limits of the "Exceptional Circumstances Test" in* Magill *and* IMS Health, in *Ford. Int. L. J.*, vol. 28, n. 4, 2004, pp. 1109-1156.

[179] A. Aalbors-Llorens, *op. cit.*, pp. 490-491.

l'accesso a un'infrastruttura fisica, la sentenza *Magill* viene resa nell'ambito di una controversia in materia di proprietà intellettuale. Pertanto, i criteri che devono essere soddisfatti per potere ritenere integrato un abuso di posizione dominante sono leggermente differenti, o meglio la Corte introduce una quarta condizione rispetto alla sentenza *Bronner*, che si sostanzia nell'impossibilità che la pratica anticoncorrenziale faccia emergere un nuovo prodotto. È la stessa Corte di Giustizia che, nella sentenza *Bronner*, posteriore appunto alla decisione *Magill*, darà atto della corrispondenza, ma non totale sovrapposizione, delle due vicende in esame, poiché, se è vero che entrambi i casi concernono la questione di accesso al diritto di proprietà altrui, nel caso *Magill*, la proprietà (intellettuale) è intangibile, mentre, nel caso *Bronner*, quest'ultima (fisica) è tangibile [180]. Ne consegue quindi l'esigenza di diversificare, senza dovere però distinguere due forme autonome di abuso di posizione dominante.

Dunque, secondo la Corte, un rifiuto di concedere una licenza costituisce un abuso di posizione dominante, come tale vietato dall'art. 102(b) TFUE, allorquando ricorrano cumulativamente le seguenti condizioni: il bene protetto dal diritto di proprietà intellettuale costituisce un *asset* indispensabile, al cui rifiuto di concedere una licenza, in assenza di giustificazioni oggettive, consegue l'impossibilità di fare emergere un nuovo prodotto, tale da generare un'eliminazione di qualsivoglia concorrenza [181].

Tale conclusione è stata poi confermata in maniera pressoché invariata dalla successiva sentenza *IMS Health*, che consente anche di meglio precisare alcuni dei requisiti indicati, che avevano lasciato aperti dei dubbi in dottrina. In primo luogo, il carattere di indispensabilità deve essere valutato, alla luce della sentenza *Bronner* [182], con riguardo all'esistenza di «[…] prodotti o servizi che costituiscono soluzioni alternative, anche se meno vantaggiose […]» e «[…] di ostacoli di natura tecnica, normativa o anche economica tali da rendere impossibile o quanto meno straordinariamente difficile, per qualsiasi impresa che voglia operare sul detto mercato, creare, eventualmente in collaborazione con altri operatori, prodotti o servizi alternativi» [183].

In secondo luogo, il criterio dell'emergenza del nuovo prodotto è da intendersi alla luce di una «domanda potenziale da parte dei consumatori» [184]. La dottrina ha posto in discussione una simile ricostruzione, ritenendo integrata tale condizione al ricorrere di una pressione concorrenziale asimmetrica tra il prodotto esistente e il nuovo prodotto, tale per cui il prodotto nuovo esercita una pressione concorrenziale sul prodotto esistente, ma non viceversa [185].

In ogni caso, l'applicazione pratica di quest'ultimo criterio ha condotto a diverse manifestazioni concrete. Infatti, nella vicenda *Magill*, il prodotto nuovo faceva effettivamente riferimento a un prodotto non esistente sul mercato, in quanto non ancora disponibile, mentre, nel caso *IMS Health*, il prodotto nuovo rappresentava un'alternativa a un prodotto già offerto sul mercato [186]. L'ipotesi

---

[180] Corte di Giustizia, 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Bronner*, par. 41.

[181] Corte di Giustizia, 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *Magill*, parr. 54-56.

[182] Corte di Giustizia, 26 novembre 1998, causa C-7/97, *Bronner*, parr. 42-43.

[183] Corte di Giustizia, 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health*, par. 28.

[184] Corte di Giustizia, 6 aprile 1995, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, *Magill*, par. 54, così confermata da Corte di Giustizia, 29 aprile 2004, causa C-418/01, *IMS Health*, parr. 37-38.

[185] P. Ibáñez Colomo, *Restrictions on Innovation in EU Competition Law*, in *Eur. L. Rew.*, vol. 41, n. 2, 2016, pp. 218-219.

[186] A. Kur-T. Dreier-S. Luginbuehl, *op. cit.*, p. 508.

estrema si è raggiunta nell'ambito della vicenda *Microsoft*, dove il Tribunale dell'UE, in assenza di un appello davanti alla Corte di Giustizia, ha stabilito che il criterio del nuovo prodotto può fare riferimento non solo alla produzione tecnica di un prodotto non ancora esistente o alternativo, ma anche allo «sviluppo tecnico», genericamente inteso *pro-futuro* [187]. Così facendo, la giurisprudenza ha ammesso la possibilità di soddisfare in maniera più lasca il requisito del nuovo prodotto originariamente stabilito in *Magill*, aprendo a una nozione ampia e generica di sviluppo tecnico, tale da sussumervi prodotti ben al di là di quelli non ancora esistenti o alternativi [188].

A chiusura del cerchio, come già precisato in precedenza, tale giurisprudenza si applica unicamente alle ipotesi di rifiuto di concedere una licenza, assimilabile, per via della corrispondenza con la dottrina *Bronner*, al rifiuto a contrattare, ma non anche ad altre e autonome forme di abuso *ex* art. 102 TFUE, quale, per esempio, la compressione dei margini.

3.3.3. Espugnare la roccaforte

Si comprende agevolmente come il diritto di proprietà intellettuale possa diventare un importante strumento volto a consolidare il potere delle piattaforme digitali. Queste ultime sono spesso le uniche che dispongono di risorse umane, economiche e tecniche sufficienti tali da poter sviluppare nuove tecnologie, le cui potenzialità applicative possono essere di grande portata. Legittimamente esse sono in grado di ottenere la necessaria tutela giuridica, che, attraverso il diritto di proprietà intellettuale, riconosce un diritto esclusivo nell'utilizzo delle tecnologie sviluppate. Così facendo, il loro potere di fatto si consolida giuridicamente e la piattaforma digitale si irrobustisce, protetta da una roccaforte inespugnabile, che diviene terreno fertile di abusi, i quali incidono negativamente sul processo concorrenziale [189].

Questa dinamica è resa ancora più evidente dall'utilizzo di sistemi di IA per la creazione di prodotti che potrebbero poi beneficiare della protezione accordata dal diritto di proprietà intellettuale [190]. Si fa in particolare riferimento al *machine learning* (ML), un sottoinsieme dell'IA appartenente al genere del *reinforcement learning*, che permette un apprendimento autonomo da parte della macchina attraverso l'utilizzo di dati [191]. Nello specifico, il successo di un determinato *output* di un sistema di ML dipenderà dalla precisione con cui l'obiettivo che si vuole conseguire viene formulato, dall'algoritmo che viene impiegato (nonché dal suo valore commerciale) e dal volume di dati, cd. *training data*, che vengono utilizzati [192].

---

[187] Tribunale dell'UE, 17 settembre 2007, causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, par. 647.

[188] N. Dunne, *Dispensing with Indispensability*, in *J. Comp. L. & Econ.*, vol. 16, n. 1, 2020, pp. 77-79.

[189] M. Maggiolino-L. Zoboli, *op. cit.*, pp. 130-131.

[190] M. Leistner, *Protection of and Data Access to Data under European Law*, in J.A. Lee-R.M. Hilty-K.C. Liu, *Artificial Intelligence and Intellectual Property*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 383-400.

[191] R.S. Sutton-A.G. Barto, *Reinforcement Learning: An Introduction*, II ed., MIT Press, Cambridge (MA), 2015, p. 3.

[192] P.D. König-T.D. Krafft-W. Schulz-K.A. Zweig, *Essence of AI. What Is AI?*, in L.A. DiMatteo-C. Poncibò-M. Cannarsa (a cura di), *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence: Global Perspectives on Law and Ethics*, II ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. 18-34.

Un primo problema giuridico che si pone, al di là della possibilità di riconoscere a un prodotto del sistema di IA la protezione offerta dal diritto di proprietà intellettuale [193], che non costituisce strettamente l'oggetto del presente scritto, rileva proprio in materia di protezione dei dati personali, e quindi di *compliance* con il RGPD, ogniqualvolta le piattaforme digitali profilino i dati dei propri utenti in violazione dello stesso [194]. Dopotutto, i *training data*, qualora siano protetti dal RGPD, dovranno essere, tra l'altro, ai sensi dell'art. 5 GDPR trattati in modo lecito, corretto e trasparente, raccolti per finalità determinate, esplicite e legittime, nonché adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario. Il trattamento è quindi lecito, secondo l'art. 6 GDPR, unicamente nei casi ammessi dalla legge e richiede una giustificazione che sia tale da essere in linea con l'obiettivo per cui tale trattamento è stato consentito. Quindi, deve essere assicurato il rispetto del consenso del soggetto i cui dati vengono profilati (art. 6(1) GDPR), nonché l'anonimato (art. 4(5) GDPR) e l'esercizio del diritto all'oblio (art. 17 GDPR). Il quadro si completa con un penetrante rispetto del principio di trasparenza *ex* art. 8(2) Carta dei Diritti fondamentali e art. 5(1)(a) GDPR, rafforzato nell'ambito dei sistemi di IA, in quanto richiede la divulgazione di informazioni circa il sistema algoritmico impiegato, che altrimenti rimarrebbe oscuro e non intelleggibile per i soggetti che ne subiscono gli effetti [195].

Questi *training data* potrebbero poi a loro volta essere già protetti dalla disciplina del diritto di proprietà intellettuale: si pensi, per esempio, a un'opera letteraria, artistica o musicale che sia protetta da *copyright*, e che venga impiegata da sistemi di ML per elaborare nuovi *output* ispirati alla detta opera [196]. Ancora una volta, al di là delle problematiche proprie al diritto di proprietà intellettuale, a partire, per esempio, dalla questione della compatibilità con i sistemi di IA del requisito dell'apporto del fattore umano ai fini dell'applicazione della disciplina del diritto d'autore [197], si osserva che lo stesso diritto di proprietà intellettuale potrebbe rappresentare un'utile arma per contenere il potere delle piattaforme digitali, ogni volta che quest'ultime facciano ricorso a *training data*, che, essendo protetti dalla disciplina del diritto d'autore, richiedono il rilascio da parte del titolare di tale diritto di un'apposita licenza, salvo eccezioni [198].

Pertanto, la disciplina in materia di protezione dei dati personali e quella della proprietà intellettuale, con specifico riferimento ai *training data*, rappresentano un primo livello di tutela, per porre un freno al potere delle piattaforme digitali, esponenzialmente accresciuto per il tramite dei sistemi di IA. A questo primo

---

[193] *Ex multis*, A. MOERLAND-C. FREITAS, *Artificial Intelligence and Trademark Assessment*, in A. LEE-R.M. HILTY-K.C. LIU, *op. cit.* pp. 259-290; N. FOX-Y. MOROZOVA-L. DISTEFANO, *Patentability of AI. Inventions in the European Patent Office*, in L.A. DIMATTEO-C. PONCIBÒ-M. CANNARSA (a cura di), *op. cit.*, pp. 223-239; G. SPINDLER, *AI and Copyright Law. The European Perspective*, in L.A. DIMATTEO-C. PONCIBÒ-M. CANNARSA, *op. cit.*, pp. 257-270.

[194] I. SPIECKER-G. DÖHMANN, *AI and Data Protection*, in L.A. DIMATTEO-C. PONCIBÒ-M. CANNARSA (a cura di), *op. cit.*, pp. 132-145.

[195] Corte di Giustizia, 21 giugno 2022, causa C-817/19, *Ligue des droits humanins*, parr. 194-195.

[196] M. SAG, *Copyright Safety for Generative AI*, in *Hous. L. Rev.*, vol. 61, n. 2, 2023, pp. 101-148.

[197] *Ex multis*, P. BERNT HUGENHOLTZ-J.P. QUINTAIS, *Copyright and Artificial Creation: Does EU Copyright Law Protect AI-Assisted Output?*, in *IIC*, vol. 52, 2021, pp. 1190-1216; A. FRÜH, *Inventorship in the Age of Artificial Intelligence*, in C. GODT-M. LAMPING (a cura di), *op. cit.*, pp. 455-470.

[198] Si pensi, ad esempio, all'eccezione del *data mining* nel diritto d'autore *ex* art. 3 e art. 4, direttiva 790/2019. Sul punto, si rinvia a M. GRANIERI, *Il* data mining *nella disciplina del diritto d'autore e la strategia europea sui dati*, in *AIDA*, fasc. 1, 2022, pp. 20-44; J. VESALA, *Developing Artificial Intelligence-Based Content Creation: Are EU Copyright and Antitrust Law Fit for Purpose?*, in *IIC*, vol. 54, 2023, pp. 351-380.

scudo, si accompagna una seconda barriera, rappresentata dal diritto della concorrenza, che si mostra un utile mezzo di controbilanciamento, laddove il diritto di proprietà intellettuale, appositamente congeniato per offrire tutela e remunerazione all'investimento economico e creativo ottenuto, sia esso stesso distorto, secondo un'eterogenesi dei fini, e piegato agli interessi economici delle sole piattaforme digitali [199].

Per comprendere meglio la relazione tra diritto della concorrenza e diritto di proprietà intellettuale, è opportuno operare un confronto con il rapporto, già affrontato in precedenza, tra diritto della concorrenza e diritto della regolazione economicamente orientata, sebbene una tale distinzione non sia valevole sempre e in ogni caso, come mostra il diritto delle concentrazioni, sicuramente integrato nel diritto della concorrenza, ma che trova applicazione *ex ante*, prima che la concentrazione sia stata posta in essere [200]. Come si è visto, si tratta di una relazione costruita in termini di complementarità, poiché vede grossomodo un'applicazione *ex ante* del diritto della regolazione e una *ex post* del diritto della concorrenza. Similmente, anche il diritto di proprietà intellettuale viene attuato *ex ante*: prima si riconoscerà la protezione offerta da quest'ultimo, e solo in un secondo momento, vi sarà la possibilità che, un'impresa in posizione dominante realizzi un abuso derivante da uno sfruttamento *contra legem* del diritto di proprietà intellettuale di cui è titolare. A questo punto, in prospettiva *ex post*, sarà nuovamente il diritto della concorrenza a trovare applicazione [201].

D'altra parte, come il diritto della regolazione risponde a un progetto legislativo (*ex ante*), in cui già si dà atto della contemperazione degli interessi in gioco, così appare anche configurato il diritto di proprietà intellettuale. In altri termini, è il legislatore che, alla luce di scelte di politica legislativa, definisce i confini della protezione giuridica da riconoscersi attraverso la creazione di diritti di proprietà intellettuale, e che, nell'attribuire un diritto esclusivo per l'utilizzo del bene o della tecnologia così protetti, contempera questa esclusività con le esigenze della collettività di beneficiare di un accesso completo e senza limitazioni di sorta al prodotto in questione, normalmente dopo che sia trascorso un tempo sufficientemente adeguato, affinché il titolare del diritto così riconosciuto possa ammortizzare l'investimento effettuato [202].

Di conseguenza, si mostra palese la complementarità nel rapporto tra il diritto della concorrenza e il diritto di proprietà intellettuale [203], della quale è espressione innanzitutto la concezione schumpeteriana [204]. Secondo quest'ultima, ciò che infatti consente, per esempio, il brevetto non è tanto un'organizzazione monopolistica della propria attività economica, quanto la possibilità di essere più resistenti a eventuali congiunture sfavorevoli di mercato, a fronte delle quali il brevetto ammette un'organizzazione del proprio *business* nel lungo periodo più funzionale e meno accidentata a causa delle mutevoli condizioni econo-

---

[199] J. Schvosbo-O. Kokoulina, *op. cit.*, pp. 146-148.

[200] A. Jones-B. Sufrin-N. Dunne, *op. cit.*, pp. 1072-1075.

[201] L. Pepperkorn-E. Paulis, *Competition and Innovation: Two Horses Pulling the Same Cart*, in P. Plompen-P. Lugard-L. Hancher (a cura di), *On the Merits: Current Issues in Competition Law and Policy: Liber Amicorum*, Hart Publishing, Oxford, 2005, pp. 17-29.

[202] A. Kur-T. Dreier-S. Luginbuehl, *op. cit.*, p. 1.

[203] Per le diverse teorie sul rapporto tra diritto della concorrenza e diritto di proprietà intellettuale, si rinvia a N. Petit, *The Antitrust and Intellectual Property Intersection in European Union Law*, in R.D. Blair-D.D. Sokol (a cura di), *op. cit.*, pp. 92-119.

[204] P. Aghion, *Innovation and Growth from a Schumpeterian Perspective*, in *Rev. écon. pol.*, vol. 128, n. 5, 2018, pp. 696-700.

miche [205]. Naturalmente, si mantiene così inalterata la distinzione, complementare appunto, tra diritto della concorrenza e diritto di proprietà intellettuale, che rispondono infatti a diverse esigenze, originariamente distinte tra, rispettivamente, esercizio ed esistenza del diritto. D'altra parte, apparirebbe ultroneo affidare al diritto della concorrenza, per esempio, le condizioni al ricorrere delle quali il diritto di proprietà intellettuale deve essere riconosciuto.

Tuttavia, non è così stravagante riconoscere al diritto della concorrenza, alla luce anche dei vantaggi applicativi che questo conosce rispetto alla frammentarietà del diritto di proprietà intellettuale, un margine, più o meno esteso di intervento, allorquando il diritto di proprietà intellettuale venga piegato per il raggiungimento di obiettivi eterogenei, che possano mettere in pericolo la tenuta del processo concorrenziale.

Certo è che s'impone comunque un contemperamento tra i due. L'uno non può cioè andare a discapito dell'altro. La questione che quindi si tratteggia, sempre classica al diritto della proprietà intellettuale, è quella di provare a definire il più corretto bilanciamento tra i sacrifici, anche in termini concorrenziali, da sostenere per avere più innovazione, e la rendita da riservare a chi beneficerà della privativa industriale [206]. Ciò detto, il diritto della concorrenza non potrà soccombere sempre e in ogni caso rispetto al diritto di proprietà intellettuale, solo perché quest'ultimo conosce già *ex ante* un contemperamento degli interessi da parte del legislatore. Viceversa, il diritto di proprietà intellettuale non può subire sempre e in ogni caso una de-quotazione a favore del diritto della concorrenza, poiché quest'ultimo gode di una maggiore coerenza applicativa sotto l'egida del diritto UE. Di nuovo, anche sotto questo profilo, è possibile registrare una certa distanza con il diritto statunitense, rispetto al quale si può osservare un maggiore *self-restraint* da parte dei giudici, che, in caso di accertamento di un illecito anticoncorrenziale derivante da un abuso del diritto di proprietà intellettuale, preferiranno, a discapito dell'applicazione del diritto della concorrenza, mantenere inalterato il disegno normativo compilato dal legislatore al momento della configurazione del diritto di proprietà intellettuale [207].

Ancora una volta, si può dunque affermare che non si può chiedere tutto al mercato. Ancora una volta non si può chiedere tutto al diritto della concorrenza. Per quanto quest'ultimo riceva un'applicazione più coerente nello spettro normativo dell'UE, dovuta senz'altro alla competenza esclusiva *ex* art. 3 TFUE, non può essere omnicomprensivo. Ne è ben consapevole il legislatore dell'UE, che colora il quadro normativo rilevante di altre e diverse fonti giuridiche, come il DMA e il DSA. Il diritto della concorrenza e il diritto di proprietà intellettuale, ma anche quello della regolazione, si saldano allora tra di loro, oltre la concorrenza, pur mantenendo ciascuno il suo, per controllare un fenomeno che appare senza freni, affinché quella roccaforte, che accresce il potere delle piattaforme digitali, non sia poi così inespugnabile.

---

[205] J.A. SCHUMPETER, *Capitalism*, *Socialism*, *and Democracy* (1943), III ed., Routledge, Londra, 2003, pp. 102-104. Si rinvia sul punto anche a H. HOVENKAMP, *Schumpeterian Competition and Antitrust*, in in *Comp. Pol. Int.*, vol. 4, n. 2, 2008, pp. 273-281; T.K. MCCRAW, *Classics: Joseph Schumpeter on Competition*, in *Comp. Pol. Int.*, vol. 8, n. 1, 2012, pp. 194-221.

[206] F. DENOZZA, *Prima della tempesta*, cit., pp. 71-72. Su tale delicato equilibrio, si veda anche R. PARDOLESI-M. GRANIERI, *Alcune considerazioni sui rapporti tra proprietà intellettuale e concorrenza nel settore farmaceutico*, in *Dir. ind.*, fasc. 4, 2002, pp. 380-381.

[207] Per un'analisi comparata tra diritto UE e diritto statunitense, si rinvia a R. COCO, *Antitrust Liability For Refusal To License Intellectual Property: A Comparative Analysis and the International Setting*, in *Marq. Intel. Prop. L. Rev.*, vol. 12, n. 1, 2008, pp. 3-47.

Si deve inoltre osservare che tale impostazione non è giustificata unicamente dall'esigenza di approntare la più corretta disciplina per la fattispecie concreta. Le ragioni di una simile configurazione impattano anche sull'assetto istituzionale stesso dell'UE. Demandare un più grande spazio al diritto della concorrenza significa spostare completamente il baricentro normativo nel cuore dell'UE, che farebbe dunque leva sulla sua competenza esclusiva. Di contro, la natura frammentaria e più nazionale del diritto di proprietà intellettuale mostra anche l'esigenza di tenere insieme, senza provocare fratture di sorta, il livello nazionale con quello sovranazionale, affinché si possa valorizzare al massimo tanto la competenza esclusiva dell'UE in materia di concorrenza, quanto la competenza concorrente nella quale ricade il diritto di proprietà intellettuale. Vi sono dunque anche motivazioni istituzionali, di tenuta della stessa integrazione europea, che richiedono un'attenta analisi di queste intersezioni e interazioni del diritto [208]. Sarebbe pericoloso ignorarne la portata.

4. Considerazioni conclusive

Nelle osservazioni che precedono, si è cercato di mostrare le interazioni e le intersezioni che sono rinvenibili tra alcune branche del diritto, mettendo in luce, là dove emergono, alcune tensioni. Ne deriva un quadro caleidoscopico, che provoca un policentrismo non solo nel dettato normativo, ma anche nella struttura istituzionale dei soggetti che si trovano a operare in questi contesti. La complessità è inoltre accresciuta dalla proiezione multilivello, che vede il diritto UE sempre più al centro della produzione normativa e degli attori istituzionali, in un accavallamento tra azioni e scopi, che talvolta può apparire come un indebolimento della certezza del diritto. Sicuro è che questo quadro multilivello è ora irrinunciabile, non solo per ovvi vincoli giuridici che lo presiedono, ma anche per la tutela accresciuta di quei diritti e di quegli interessi, che interagiscono con la concorrenza. Rimane certamente lo slancio ad andare oltre quest'ultima, nel tentativo di una ricalibrazione dei mezzi per il conseguimento dei fini. La parabola del diritto UE è sicuramente un efficace esempio di come il progressivo allineamento nella tutela dei diritti fondamentali si sia accompagnato – e mai sostituito – alla tutela del processo concorrenziale.

In questo fermento normativo, si recupera allora quella considerazione sull'unitarietà del diritto che si è cercata di valorizzare. Anche in questo caso, non si tratta di un processo antitetico a quello di specializzazione, che deve pur restare rilevante a fronte di un diritto sempre più complesso e specifico. Eppure, non si può perdere di vista la dimensione olistica, laddove la compenetrazione di fonti giuridiche e di (nuovi) attori istituzionali entra prepotentemente nella pratica quotidiana degli operatori del diritto. Questo è chiaramente testimoniato dal settore digitale, dove la protezione dei dati personali, il diritto della concorrenza, il diritto della regolazione e il diritto di proprietà intellettuale si saldano insieme, producendo un articolato quadro normativo, che interessa non solo le fonti di produzione del diritto, ma anche l'assetto istituzionale dell'integrazione europea, con ricadute sensibili sullo stesso equilibrio istituzionale.

---

[208] Sulla delicatezza nel determinare l'equilibrio istituzionale, si veda, *ex multis*, P. CRAIG, *Institutions*, *Power*, *and Institutional Balance*, in P. CRAIG-G. DE BÚRCA, *The Evolution of EU Law*, III ed., Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 78-88.

Occorre allora scomporre tutte queste dimensioni interattive, sondarne le caratteristiche essenziali, e quindi ricomporle in una dimensione unica, che possa tenere conto di tutti quei profili che da queste interazioni e intersezioni si dipanano. Solo così si mostra un diritto sempre più unitario. Anzi, laddove si consenta l'uso di tale espressione per ragioni semantiche, si costruisce sempre più un diritto (euro)unitario.