



## 1. LA RACCOLTA DI DATI DA PARTE DI *META PLATFORMS* TRA TUTELA DEI DATI PERSONALI, DIRITTO DELLA CONCORRENZA E PROTEZIONE DEI CONSUMATORI

### 1. Introduzione

Nel mercato unico digitale si è affermata una sempre più stretta convergenza tra alcuni settori apparentemente diversi tra loro, cioè la tutela dei dati personali, il diritto della concorrenza e la protezione dei consumatori, che, in taluni casi, tende altresì a sovrapporre le relative discipline (cfr. W. KERBER, *Digital markets, data, and privacy: competition law, consumer law and data protection*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, pp. 856-866; M. BOTTA, K. WIEDEMANN, *The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey*, in *The Antitrust Bulletin*, 2019, pp. 428-446; A. CORREA, *Digitalizzazione e profilazione degli utenti: la Corte di giustizia sul consenso informato e sulla responsabilità degli operatori online*, in *Osservatorio europeo*, 2020, pp. 1-17; M.C. BUTTEN, *Exploitative abuses in digital markets: between competition law and data protection law*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2021, pp. 270-288).

Per tale motivo, è stato da tempo sostenuto che, per affrontare in maniera adeguata le sfide poste dal mercato unico digitale sia necessario un approccio integrato, che tenga conto delle diverse prospettive di regolamentazione (W. KERBER, *Digital markets, data, and privacy*, cit., p. 857).

Un simile processo di avvicinamento è stato stimolato, soprattutto, dall'importanza assunta nel mondo digitale dai dati personali, la cui cessione costituisce, sempre più spesso, ciò che gli utenti finali corrispondono per accedere ai servizi digitali, secondo quel modello per cui quando il consumatore non paga un prezzo, fornisce in cambio dati personali all'operatore economico.

Dal punto di vista della concorrenza è ormai evidente come il possesso di un quantitativo sempre maggiore di dati personali costituisca per le imprese uno strumento di espansione e di affermazione in un determinato mercato. In altre parole, maggiori sono gli utenti che cedono i propri dati ad un fornitore di servizi digitali, più questo riuscirà ad rafforzare la sua posizione su quel determinato mercato. Quindi, la capacità di raccogliere e utilizzare i dati è un parametro di competitività la cui rilevanza continuerà ad aumentare (J. CREMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition policy for the digital era. Final report*, 2019).

Sotto il profilo dei consumatori, invece, è chiaro come il sistema sopra menzionato, secondo il quale l'utente finale, ai fini dell'accesso ad un servizio digitale, cede i propri dati personali, abbia conferito a questi ultimi un valore economico (cfr. C. LANGHANKE, M. SCHMIDT-KESSEL, *Consumer Data as Consideration*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2015, p. 219). D'altronde, anche il legislatore dell'Unione, nei più recenti interventi normativi in

materia, si è orientato in tal senso. Ad esempio, la direttiva [2019/770](#) sui contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali si applica anche ai contratti in cui il consumatore fornisce, o si impegna a fornire, dati personali all'operatore economico, il che include anche i casi in cui lo stesso acconsente a che il materiale che caricherà e che contiene dati personali, come fotografie o *post*, sia trattato a fini commerciali dall'operatore economico. In maniera analoga, l'art. 3, par. 1, lett. a) della direttiva [2019/2161](#), che modernizza le norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori, al fine di garantire la coerenza fra la direttiva in parola e le direttive 2019/770 e [2011/83](#), ha esteso l'ambito d'applicazione di quest'ultima ai contratti tramite i quali il consumatore comunica o si impegna a comunicare dati personali. La conseguenza di una simile situazione è che non sempre si riesce ad individuare facilmente la disciplina di riferimento. Talvolta, infatti, non è chiaro se determinate condotte debbano essere censurate alla luce della disciplina consumeristica o del diritto della concorrenza, oltre che essere valutate solo in base della normativa sulla tutela dei dati personali. Ciò ha portato anche a prassi applicative non sempre omogenee tra le autorità nazionali di regolamentazione.

Un esempio emblematico di tale difformità d'approccio è quello che si è manifestato relativamente alla politica di raccolta dei dati attuata da Meta Platforms, che prima del 2021 era denominata Facebook Inc., rispetto alla quale hanno indagato sia l'agenzia nazionale tedesca, il *Bundeskartellamt*, sia l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM). Su questa vicenda ed a seguito della domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte dal Tribunale superiore del Land di Düsseldorf sono state di recente pubblicate le conclusioni dell'Avvocato generale Athanasios Rantos (presentate il 20 settembre 2022, causa [C-252/21](#), *Meta Platforms Inc. c. Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2022:704).

## 2. Convergenze e sovrapposizioni tra le discipline in esame

Già nel 2014, in un [parere](#) su *privacy* e concorrenza in tempo di *big data*, il Garante europeo per la protezione dei dati rilevò che «EU approaches to data protection, competition and consumer protection share common goals, including the promotion of growth, innovation and the welfare of individual consumers» (per un commento, cfr. V. POZZATO, 2014 *Opinion of the European Data Protection Supervisor: Interplay Between Data Protection and Competition Law*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014, pp. 468-470). In quella circostanza, il Garante sottolineò come, nel mondo digitale, talune questioni relative alla concorrenza, come la fusione fra più imprese o la definizione di una posizione dominante, non possano prescindere da valutazioni circa gli effetti che le stesse producono in materia di protezione dei dati e, più in generale, di *consumer welfare*, tenendo sempre a mente che «consumers are also data subjects, whose welfare may be at risk where freedom of choice and control over one's own personal information is restricted by a dominant undertaking in the sorts of cases outlined above» ([Opinion](#), p. 31). Proprio per questo motivo, il Garante raccomandò di instaurare una sempre più stretta collaborazione tra le autorità competenti nei tre diversi settori.

Sempre nel 2014, la stretta relazione tra le discipline in esame è emersa in occasione della [procedura](#) di valutazione dell'acquisizione di WhatsApp da parte di Facebook, svolta sulla base di quanto disposto all'art. 2 del regolamento [139/2004](#). In quell'occasione, la Commissione è partita dal presupposto che la detta acquisizione avrebbe comportato una concentrazione dei dati rilevante anche in termini di concorrenza, soprattutto se Facebook avesse deciso di introdurre pubblicità su WhatsApp o se avesse utilizzato i dati raccolti

tramite l'applicazione di messagistica per rafforzare il proprio servizio di pubblicità mirate sul *social network*. Peraltro, la Commissione ha altresì precisato che essa avrebbe analizzato «potential data concentration only to the extent that it is likely to strengthen Facebook's position in the online advertising market or in any sub-segments thereof», poiché «any privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition law rules but within the scope of the EU data protection rules» (*Ibidem*, p. 29). Con tale decisione, quindi, la Commissione ha delimitato la propria competenza, specificando che, relativamente ai casi in cui la disciplina sulla concorrenza si sovrapponesse con quella sulla tutela dei dati personali, quest'ultima avrebbe potuto essere presa in considerazione solo al fine dell'applicazione delle regole di concorrenza e non pure per sanzionare eventuali violazioni del regolamento [2016/679](#). In tal modo, i due differenti regimi giuridici avrebbero ricevuto un'applicazione cumulativa e coerente (cfr. K. WIEDEMANN, *A Matter of Choice: The German Federal Supreme Court's Interim Decision in the Abuse-of-Dominance Proceedings Bundeskartellamt v. Facebook*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2020, p. 1178).

Nel caso di specie, tra l'altro, la Commissione giunse alla conclusione che «regardless of whether the merged entity will start using WhatsApp user data to improve targeted advertising on Facebook's social network, there will continue to be a large amount of Internet user data that are valuable for advertising purposes and that are not within Facebook's exclusive control» e che, pertanto, l'acquisizione di WhatsApp da parte di Facebook fosse compatibile con il mercato interno ([Facebook/WhatsApp](#), p. 34). La vicenda, però, conobbe ulteriori risvolti nel 2016, quando WhatsApp ha modificato i suoi Termini di utilizzo, aggiungendo l'opzione di condividere i dati degli utenti con Facebook a scopi di profilazione con finalità commerciali e pubblicitarie. A seguito di ciò, infatti, la Commissione ha [sanzionato](#) Facebook con un'ammenda di 110 milioni di euro, poiché tale condotta avrebbe costituito una violazione dell'obbligo di fornire informazioni accurate, di cui al regolamento [139/2004](#), visto che nell'ambito della procedura di valutazione svolta nel 2014 Facebook aveva comunicato all'istituzione europea che non sarebbe stata in grado di stabilire un collegamento automatizzato tra gli *account* degli utenti di Facebook e quelli degli utenti di WhatsApp.

A livello nazionale, relativamente a tali modifiche dei Termini di utilizzo, è intervenuta l'AGCM, la quale, però, in due differenti procedimenti ([qui](#) e [qui](#)), ha trattato la questione dalla prospettiva della tutela dei consumatori muovendo dal presupposto che i dati personali degli utenti abbiano un valore economico. In particolare, nell'ambito del primo procedimento, l'Autorità ha accertato che WhatsApp aveva posto in essere una condotta aggressiva, dal momento che aveva indotto i propri utenti ad accettare integralmente i nuovi Termini di utilizzo, facendo loro credere che sarebbe stato, altrimenti, impossibile proseguire nell'uso dell'applicazione. In questo modo, quindi, sarebbe stata limitata considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio, inducendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso. In tale contesto, tra l'altro, il professionista avrebbe fatto leva sulla posizione degli utenti medesimi rispetto ai servizi di WhatsApp, i quali sono utilizzati quotidianamente, spesso anche in sostituzione della telefonia ordinaria, come abituale strumento di contatto sociale e condivisione e a cui, di conseguenza, difficilmente si vuole rinunciare. In ragione di ciò, gli utenti, in cambio di servizi, sarebbero stati condizionati a prestare un consenso più ampio di quello necessario per continuare a usufruire dell'applicazione.

In merito alla concentrazione Facebook/WhatsApp è intervenuto anche il Garante europeo per la protezione dei dati personali, il quale, in un [parere](#) del 2016, non ha nascosto le proprie critiche nei confronti della Commissione, proprio per il fatto che, quest'ultima, agendo nella sua veste di autorità garante della concorrenza a livello dell'Unione, aveva autorizzato tale concentrazione senza tener adeguatamente in considerazione le possibili conseguenze in termini di protezione dei dati personali degli utenti. In tal senso, il Garante ha anche invitato le autorità competenti in materia di concorrenza, di protezione dei dati e di tutela dei consumatori ad una maggiore cooperazione, in modo tale che «in the case of future mergers of a similar nature, individuals might benefit from a more coherent response from [them]». A suo parere, infatti, «none of these regulatory jurisdictions is hermetically sealed from the others [...] Even if they serve different goals [...] privacy issues cannot be excluded from consideration under competition law simply by virtue of their nature».

L'approccio utilizzato dall'AGCM e dal Garante europeo per la protezione dei dati personali ricalca sostanzialmente la tesi sostenuta di recente dall'avvocato generale Jean Richard de La Tour, nelle sue conclusioni sul caso [Facebook Ireland Limited](#), del 2 dicembre 2021, in cui ha affermato che sebbene sia vero che, a differenza di quanto accaduto negli Stati Uniti d'America, nel diritto dell'Unione le normative concernenti, da una parte, le pratiche commerciali sleali e, dall'altra, la protezione dei dati personali si siano sviluppate separatamente, esistono, tuttavia, interazioni tra questi due settori, cosicché azioni che si inseriscono nel quadro della normativa in materia di protezione dei dati personali possono, contemporaneamente e in maniera indiretta, contribuire a far cessare una pratica commerciale sleale (parr. [79-80](#)). Tali interazioni, unitamente a quelle esistenti in materia di concorrenza, non solo sono frequenti e numerose, posto che una stessa condotta può rientrare contemporaneamente nelle norme appartenenti a questi diversi settori, ma possono altresì contribuire a rendere più efficace la protezione dei dati personali.

Proprio alla luce di un siffatto ragionamento, la Corte, sempre nel caso [Facebook Ireland Limited](#), stabilì che avrebbe potuto verificarsi una sovrapposizione tra l'azione rappresentativa di cui alla direttiva 2020/1828 e quella prevista nell'art. 80, par. 2, del regolamento 2016/679, con la conseguenza che quest'ultima disposizione avrebbe dovuto essere interpretata nel senso che essa non osta a che gli Stati membri esercitino la facoltà loro offerta, nel senso che le associazioni di tutela degli interessi dei consumatori siano legittimate ad agire contro violazioni dei diritti previsti dall'RGPD per il tramite, eventualmente, di norme aventi per finalità la tutela dei consumatori o la lotta contro le pratiche commerciali sleali, quali quelle previste dalla direttiva 2005/29 e dalla direttiva 2009/22 (per un commento, [qui](#), [qui](#) e [qui](#)). Grazie all'interpretazione estensiva della Corte, quindi, le associazioni rappresentative dei consumatori possono tutelare interessi discendenti dalla normativa a tutela della protezione dei dati, anche se le stesse non prevedono nei propri statuti o regolamenti competenze in materia di protezione dei dati personali, poiché la violazione di norme relative alla tutela dei consumatori o alle pratiche commerciali sleali può ben essere correlata alla violazione di una norma relativa alla protezione dei dati personali. Proprio per questo motivo, la richiamata sentenza è stata considerata di portata rivoluzionaria, sia per le sue implicazioni in materia di protezione dei dati sia per l'impatto che potrà esercitare sul *modus operandi* delle aziende interessate (cfr. F. ZORZI GIUSTINIANI, *La Dichiarazione europea sui diritti e principi digitali, il Trans-Atlantic Data Privacy Framework e l'Unione Federale dei consumatori tedeschi contro Meta Platforms Ireland*, in *NOMOS Le attualità nel diritto*, 2022, pp. [1-6](#)).

### 3. La raccolta di dati da parte di Facebook

Il grado di convergenza raggiunto tra le discipline in esame risulta evidente in un più recente caso relativo alla raccolta di dati personali da parte di Meta Platforms, attualmente pendente davanti alla Corte di giustizia e sul quale si sono espresse sia l'AGCM che l'Autorità tedesca garante della concorrenza.

La questione riguarda la prassi di Meta Platforms, società che gestisce l'offerta del *social network* Facebook nell'Unione europea, consistente nella raccolta di dati generati non solo da altri servizi del proprio gruppo, ma anche da applicazioni di terzi tramite cookies memorizzati nel computer o nel dispositivo mobile dell'utente, nonché nel collegamento di tali dati con l'account Facebook di quest'ultimo. In altre parole, sulla base del contratto di licenza concluso al momento dell'iscrizione al *social network*, Meta Platforms raccoglie, oltre ai dati personali forniti a tal fine dall'utente, anche quelli generati dallo stesso quando utilizza altri servizi forniti dal gruppo o quando visita siti e applicazioni di terzi. In questo modo, riesce ad avere informazioni dettagliate sulle preferenze e sugli interessi degli utenti. Come noto, infatti, il modello economico dei *social network* consiste, da un lato, nel fornire servizi gratuiti per gli utenti privati e, dall'altro lato, nel vendere pubblicità personalizzata, nel senso che ad ogni utente compaiono inserzioni relative a prodotti che dovrebbero essere di suo interesse.

#### 3.1. Le due istruttorie dell'AGCM

A livello italiano, il sistema di raccolta dati utilizzato da Meta Platforms, e dapprima da Facebook Ireland, è stato oggetto di due istruttorie da parte dell'AGCM, relativamente alle quali si sono pronunciati anche il TAR Lazio e il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale.

La prima istruttoria è stata chiusa nel novembre 2018 (provvedimento n. [27432](#)) ed ha ravvisato la sussistenza di talune pratiche commerciali ingannevoli da parte di Facebook Ireland, consistenti nel fatto che quest'ultima non aveva informato adeguatamente e immediatamente i consumatori, in fase di attivazione dell'*account*, dell'attività di raccolta dei dati da loro forniti e aveva indotto gli stessi a registrarsi sulla piattaforma enfatizzandone la gratuità. Inoltre, Facebook avrebbe compiuto una pratica aggressiva, avendo esercitato un indebito condizionamento nei confronti degli stessi consumatori, i quali avrebbero subito, senza espresso e preventivo consenso, la trasmissione e l'uso per finalità commerciali dei dati che li riguardano. Condizionamento che sarebbe scaturito dalla preselezione da parte di Facebook delle opzioni sul consenso alla trasmissione dei propri dati da e verso terzi, attraverso in particolare l'automatica attivazione della funzione "Piattaforma attiva", unitamente alla prospettazione, a seguito della disattivazione di tale Piattaforma, di rilevanti limitazioni di fruibilità del servizio di *social network* e dei siti e applicazioni di terzi, più ampie e pervasive rispetto a quelle effettivamente applicate.

Come evidente, la tesi sostenuta dall'AGCM si fonda sul presupposto che i dati degli utenti abbiano un valore commerciale e che debbano essere considerati come una forma di controprestazione del servizio offerto dal *social network*. L'Autorità, infatti, ha affermato che «il patrimonio informativo costituito dai dati degli utenti di FB, utilizzato per la profilazione degli utenti medesimi a uso commerciale e per finalità di marketing, acquista, proprio in ragione di tale uso, un valore economico idoneo a configurare l'esistenza di un rapporto di consumo tra il Professionista e l'utente che utilizza i servizi di Facebook (tramite sito e app), anche in assenza di corrispettivo monetario». A supporto di tali argomentazioni, tra l'altro, l'AGCM ha richiamato alcuni passaggi della citata decisione adottata dalla Commissione in

merito alla concentrazione Facebook/Whatsapp, in cui l'istituzione europea ha affermato che, sebbene i servizi offerti dalle piattaforme social siano generalmente gratuiti «they can however be monetized through other means, such as advertising or charges for premium services». In questo modo, l'AGCM ha rigettato la tesi di Facebook Ireland la quale si opponeva al potere in capo all'Autorità di contestare le attività in parola, in quanto si sarebbe trattato di questioni attinenti alla gestione di dati personali e, per di più, nelle quali non era coinvolto l'interesse economico del singolo utente, ma esclusivamente la tutela di diritti della persona, di carattere non patrimoniale.

La linea interpretativa dell'AGCM è stata accolta anche dal TAR Lazio e dal Consiglio di Stato, dinnanzi ai quali Facebook Ireland aveva impugnato la decisione dell'Autorità. In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato che «il fenomeno della 'patrimonializzazione' del dato personale, tipico delle nuove economie dei mercati digitali, impone agli operatori di rispettare, nelle relative transazioni commerciali, quegli obblighi di chiarezza, completezza e non ingannevolezza delle informazioni previsti dalla legislazione a protezione del consumatore, che deve essere reso edotto dello scambio di prestazioni che è sotteso alla adesione ad un contratto per la fruizione di un servizio, quale è quello di utilizzo di un social network» (Consiglio di Stato – Sezione sesta – n. [01825/2020](#), 29 marzo 2021, ECLI:IT:CDS:2021:2631SENT, p. 21). Inoltre, quanto alle relazioni tra tutela di dati personali e disciplina consumeristica, il Consiglio di Stato ha rilevato che tra le previsioni della direttiva 2005/29 e quelle contenute nel RGPD intercorre un rapporto non di esclusione reciproca, ma di complementarità, imponendo, in relazione ai rispettivi fini di tutela, obblighi informativi specifici, in un caso funzionali alla protezione del dato personale, inteso quale diritto fondamentale della personalità, e nell'altro alla corretta informazione da fornire al consumatore al fine di fargli assumere una scelta economica consapevole. Pertanto, è da escludere qualsiasi rischio di effetto plurisanzionatorio della medesima condotta in capo al medesimo professionista, dal momento che l'oggetto di indagine da parte delle competenti autorità si concentra su condotte differenti messe in campo dall'operatore. Nel caso di specie, ciò che rilevava era, per l'appunto, la condotta ingannevole operata da Facebook nel momento in cui faceva apparire nella pagina di iscrizione il messaggio “Iscriviti. È gratis e lo sarà per sempre”, lasciando intendere l'assenza di una controprestazione richiesta al consumatore in cambio della fruizione del servizio, senza precisare in maniera chiara che il professionista avrebbe poi utilizzato i dati dell'utente a fini remunerativi, perseguendo un intento commerciale. Si tratta, quindi, della violazione indicata al punto 20 dell'allegato I alla direttiva [2005/29](#), secondo cui è in ogni caso sleale la pratica consistente nel «descrivere un prodotto come gratuito, senza oneri o simili se il consumatore deve pagare un sovrappiù rispetto all'inevitabile costo di rispondere alla pratica commerciale e ritirare o farsi recapitare l'articolo».

A seguito della sentenza emessa dal Consiglio di Stato, Facebook ha adottato alcune misure per porre fine all'infrazione. Segnatamente, ha modificato il messaggio “è gratis e lo sarà per sempre” con “è veloce e facile”. Inoltre, ha inserito nella pagina di iscrizione un *link* alle Condizioni d'uso e alla normativa sui dati.

Tali misure, tuttavia, non sono state ritenute sufficienti dall'AGCM, soprattutto per il fatto che continuava a mancare un'informazione immediata e chiara sull'utilizzo dei dati raccolti e sul valore di questi ultimi. In altre parole, mancavano informazioni chiare sul prezzo del servizio, il quale, non costituendo un'informazione di carattere accessorio, doveva risultare in primo piano e non nell'ambito di informazioni sulle Condizioni d'uso accessibili cliccando un *link* accanto al pulsante d'iscrizione. Pertanto, con provvedimento del 9 febbraio 2021

(provvedimento n. [28562](#)), ha irrogato due nuove sanzioni a Facebook Ireland per un ammontare di sette milioni di euro.

### 3.2. L'esame del Bundeskartellamt

L'Autorità tedesca garante della concorrenza ha preso in esame la prassi di raccolta dei dati da parte di Facebook dal punto di vista del diritto della concorrenza. La sua decisione, come avvenuto in Italia, è stata oggetto di una controversia giurisdizionale, che, a differenza del caso italiano, ha portato anche ad un rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia (cfr. M.C. BUITEN, *Exploitative abuses in digital markets: between competition law and data protection law*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2021, pp. 270–288; M.-O. MACKENRODT, *Data Processing as an Abuse of Market Power in Multi-Sided Markets – The More Competition-Oriented Approach in the German Federal Supreme Court's Interim Decision KVR 69/19 – Facebook*, in *GRUR International*, 2021, pp. 562-570; M. MIDIRI, *Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il Reno)*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2021, pp. 111-136; M. BOTTA, K. WIEDEMANN, *The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey*, in *The Antitrust Bulletin*, 2019, pp. 428-446; G. SCHNEIDE, *Testing Art. 102 TFEU in the Digital Marketplace: Insights from the Bundeskartellamt's investigation against Facebook*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, pp. 213-225).

Procedendo con ordine, il Bundeskartellamt nel febbraio 2019 ha chiuso un'[istruttoria](#) attraverso la quale ha accertato che il trattamento dei dati operato da Facebook Ireland costituiva uno sfruttamento abusivo della posizione dominante dalla stessa sul mercato delle reti sociali per gli utenti privati in Germania.

Secondo l'Autorità tedesca, infatti, al momento dell'iscrizione, Facebook imponeva agli utenti di accettare delle Condizioni d'uso che autorizzavano il *social network* a raccogliere i loro dati anche da siti terzi, c.d. dati *off-Facebook*. Tali dati si aggiungevano a quelli, già consistenti, che venivano raccolti non solo internamente, ma anche da *app* e siti posseduti sempre da Facebook, come Instagram e WhatsApp, oltre che da altri siti terzi, attraverso *plugin*, come quelle attivate attraverso i pulsanti “mi piace” e “condividi”. Una simile opzione, in realtà, sarebbe stata accettata dagli utenti solo per il fatto che nel mercato tedesco non esistevano servizi *social* alternativi. Nel definire il mercato rilevante, infatti, il Bundeskartellamt ha rilevato come altri tipi di *social network*, come LinkedIn, vengano utilizzati per fini diversi da Facebook e, quindi, non possono essere considerati alternativi a quest'ultimo. Da quanto punto di vista, la posizione di Facebook non è di semplice dominanza, ma, richiamando un termine utilizzato dal Tribunale dell'Unione nel caso *Google shopping*, di super dominanza (causa [T-612/17](#), punto 182).

Quanto alla sua legittimazione passiva, l'Autorità tedesca, soffermandosi sul legame esistente tra dati e concorrenza, ha rilevato come i *social network*, e più in generale il mercato digitale, rientrino nella definizione di *data-driven economy*; pertanto, in tale contesto è essenziale prendere in considerazione il sistema di utilizzo dei dati al fine di rilevare eventuali abusi di posizione dominante. Anche in questo caso, quindi, l'idea di base è che i dati abbiano un valore economico, anche se non in termini di prezzo pagato dal consumatore, ma di potenziale profitto tratto dal professionista.

Sebbene il Bundeskartellamt non abbia imposto una sanzione, ma abbia solo richiesto una modifica delle Condizioni d'uso, Facebook ha impugnato la decisione in questione, avviando

così una *querelle* che è ancora pendente davanti alla Corte di giustizia, a seguito del rinvio proposto dal Tribunale superiore del Land di Düsseldorf.

### 3.2.1. *Le conclusioni dell'avvocato generale Athanasios Rantos*

Le questioni pregiudiziali che sono state proposte alla Corte di giustizia dal Tribunale superiore del Land di Düsseldorf presentano diversi profili di interesse. In primo luogo, per quanto riguarda l'interconnessione tra la disciplina sui dati e quella sulla concorrenza, la Corte avrà modo di pronunciarsi sulle competenze di un'autorità garante della concorrenza a constatare e sanzionare violazioni del trattamento dei dati personali e i suoi obblighi di cooperazione con l'autorità capofila ai sensi del RGPD. In secondo luogo, il giudice dell'Unione potrebbe ulteriormente chiarire la portata del consenso al trattamento dei dati nel contesto del mercato digitale, invero già oggetto di alcune importanti sentenze, come la [Planet49](#) del 2019, soprattutto con riferimento alla validità del consenso accordato ad un'impresa in posizione dominante. In terzo luogo, potrebbe costituire l'occasione per chiarire la portata delle norme sul trattamento dei dati personali in presenza di alcune situazioni ricorrenti nel mercato digitale.

In tal senso, già le conclusioni presentate dall'avvocato generale Athanasios Rantos il 20 settembre 2022 forniscono numerosi spunti di riflessione.

Relativamente al rapporto sussistente tra le tre discipline qui esaminate, l'avvocato generale ha per prima cosa rilevato che il Bundeskartellamt, nella decisione controversa, non aveva sanzionato una violazione del RGPD da parte di Meta Platforms, ma aveva proceduto, al solo fine dell'applicazione delle regole di concorrenza, all'esame di una sua presunta violazione del divieto di abuso di posizione dominante, tenendo conto, tra le altre cose, della non conformità del comportamento di tale impresa alle disposizioni dell'RGPD.

Si tratterebbe, quindi, di un'operazione non solo legittima, ma assolutamente necessaria in un mercato, come quello dei *social network*, in cui la rilevanza economica assunta dai dati ha reso sempre più complementari le norme sulla tutela dei dati con quelle in materia di concorrenza e di protezione dei consumatori. A tal riguardo, l'avvocato generale ha correttamente rilevato che sebbene un'autorità garante della concorrenza non sia competente a constatare una violazione del RGPD, quest'ultimo non osta, in linea di principio, a che, «nell'esercizio delle loro competenze e poteri, autorità diverse dalle autorità di controllo possano tenere conto, in via incidentale, della compatibilità di un comportamento con le disposizioni del RGPD [...] Infatti, nell'esercizio delle proprie competenze, un'autorità garante della concorrenza deve valutare, in particolare, se il comportamento in esame consista nell'avvalersi di mezzi diversi da quelli da quelli che sono propri di una concorrenza fondata sui meriti, tenuto conto del contesto giuridico ed economico in cui tale comportamento si inserisce. A tale riguardo, la conformità o non conformità di detto comportamento alle disposizioni del RGPD, non di per sé, bensì alla luce di tutte le circostanze del caso di specie, può costituire un importante indizio per stabilire se siffatto comportamento costituisca un ricorso a mezzi su cui s'impenna la concorrenza normale, restando inteso che il carattere abusivo o non abusivo del comportamento rispetto all'articolo 102 TFUE non risulta dalla sua conformità o meno con il RGPD o con altre norme giuridiche» (parr. 22-23).

In merito alla possibile sovrapposizione tra le diverse autorità di controllo, appare interessante la tesi dell'avvocato generale quanto alla collaborazione che le stesse dovrebbero attuare e che dovrebbe essere fondata sul principio di effettività e di equivalenza. A suo

parere, infatti, «in mancanza di norme precise sui meccanismi di cooperazione, che è compito eventualmente del legislatore dell'Unione adottare, un'autorità garante della concorrenza, quando interpreta le disposizioni del RGPD, è soggetta, quanto meno, a obblighi di informazione, di intelligence e di cooperazione nei confronti delle autorità competenti ai sensi di tale regolamento» (par. 29). In tal senso, vista l'assenza di una normativa dell'Unione, spetterebbe all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro, in forza del principio dell'autonomia procedurale, stabilire le modalità di tale collaborazione, a condizione, tuttavia, che esse, nelle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione, non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe disciplinate dal diritto interno e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione.

Nell'ottica prospettata dall'avvocato generale dovrebbe sussistere sempre una prevalenza dell'autorità competente ai sensi del GDPR e un obbligo di conformità alle sue decisioni. Infatti, egli suggerisce che «nel caso in cui l'autorità di controllo capofila competente si sia pronunciata sull'applicazione di talune disposizioni del RGPD in relazione a una prassi identica o simile, l'autorità garante della concorrenza non potrà, in linea di principio, discostarsi dall'interpretazione di detta autorità [...] Inoltre, in mancanza di una decisione dell'autorità di controllo competente, incombe nondimeno all'autorità garante della concorrenza informare detta autorità e cooperare con essa qualora quest'ultima abbia avviato l'esame della stessa pratica o manifestato l'intenzione di farlo, ed eventualmente attendere l'esito dell'esame condotto da quest'ultima prima di iniziare la propria valutazione, sempre che ciò sia appropriato e non pregiudichi, in particolare, il rispetto da parte dell'autorità garante della concorrenza di un periodo di indagine ragionevole e dei diritti di difesa dei soggetti interessati» (parr. 30-31).

Passando, invece, alla raccolta e al trattamento dei dati, l'avvocato generale Rantos si sofferma su un aspetto essenziale, cioè sul fatto se la personalizzazione dei contenuti pubblicitari effettuata grazie ai dati raccolti possa essere considerata come una condizione che, a norma dell'art. 6, par. 1, lett. b) del RGDP, legittima il trattamento dei dati personali, nella misura in cui è una condizione necessaria all'esecuzione del contratto di cui l'interessato è parte. Sul punto, l'avvocato generale rileva che «per quanto riguarda la personalizzazione dei contenuti, mi sembra che, per quanto un'attività siffatta possa, in una certa misura, essere nell'interesse dell'utente, poiché consente di presentare, in particolare nel 'feed di notizie', contenuti che, in base a una valutazione automatizzata, corrispondono agli interessi dell'utente, non è evidente che essa sia anche necessaria per la prestazione del servizio della rete sociale di cui trattasi, di modo che il trattamento dei dati personali per tali finalità non richieda il consenso di detto utente» (par. 56). Una simile interpretazione è ulteriormente avvalorata dal fatto che i dati in questione non provengono solo da Facebook, ma anche da siti terzi. È, quindi, immaginabile che nessun utente acconsentirebbe a una rinuncia della propria *privacy* così ampia, potenzialmente illimitata, solo per ricevere dei contenuti commerciali personalizzati.

Alla luce di quanto appena detto, un simile trattamento non potrebbe giustificarsi nemmeno ai sensi dell'art. 6, par. 1, lett. f) del RGDP, che definisce lecito il trattamento operato nel legittimo interesse dell'utente, perché tale disposizione prevede anche che il detto interesse non può essere preso in considerazione qualora prevalgano le libertà fondamentali dell'interessato. Nel caso di specie, come rilevato anche dall'avvocato generale, il legittimo interesse in gioco, che ha natura puramente economica, non può prevalere sulle libertà dell'utente, che verrebbero oltremodo compresse.

Infine, un ultimo aspetto preso in esame nelle conclusioni sul caso *Meta Platforms*, riguarda l'espressione del consenso, probabilmente l'elemento di maggior criticità del mercato digitale. In tal senso, l'avvocato generale si è soffermato sul fatto se sia possibile esprimere un consenso valido e libero ai sensi dell'art. 4, par. 11, del RGDP nei confronti di un'impresa in posizione dominante sul mercato dei *social network* per utenti privati. In tal senso, pur non esprimendo una posizione particolarmente netta, ha dato un orientamento che è sicuramente condivisibile, affermando che «un'eventuale posizione dominante sul mercato in capo al titolare del trattamento dei dati personali che gestisce una rete sociale svolga un ruolo nella valutazione dell'esistenza di un libero consenso da parte dell'utente della rete sociale. L'esistenza di una situazione di potere sul mercato da parte del titolare del trattamento dei dati personali può creare, infatti, un evidente squilibrio di potere» (par. 75). Tra l'altro, nel caso di specie non si tratta di una semplice posizione di dominanza, ma di una situazione in cui i concorrenti sono praticamente inesistenti, visto che gli altri *social network* presenti sul mercato non sono sostituibili con Facebook, ma vengono utilizzati per finalità differenti.

#### 4. Considerazioni conclusive.

La saga *Facebook* mostra chiaramente come taluni settori del mercato digitale, come i *social network*, abbiano assunto una natura *data-driven*, che ha portato ad una sempre più stretta complementarità tra la disciplina sui dati, quella sulla concorrenza e quella sulla tutela dei consumatori. Ciò rende necessario un intervento del legislatore per favorire una maggiore integrazione tra questi settori, anche in termini di maggiori sinergie tra le autorità di regolamentazione.

La configurazione di un mercato alimentato dai dati, tuttavia, non produce solo effetti a vantaggio degli utenti, prevalentemente determinati dalla “gratuità” dei servizi, ma anche forti compressioni delle loro libertà.

In tal senso, il primo punto che emerge dall'esame svolto è che, sia a livello nazionale sia sul piano dell'Unione europea, si è ormai affermata la convinzione che i dati abbiano un valore economico, il che sfata definitivamente l'idea di servizi e di applicazioni accessibili gratuitamente. Ogni utente, quando scarica un'applicazione o accede a un servizio che non richiede una controprestazione in denaro paga sempre un prezzo, che è determinato dalla cessione dei propri dati, i quali sono, per l'appunto, fonte di profitto per il professionista. Ciò che si dovrebbe definire con maggiore precisione è, quindi, il loro reale valore e fino a che punto sia legittima una cessione dei dati in forma di controprestazione. Il caso *Facebook*, ad esempio, mostra come una raccolta illimitata di dati, sia da fonti interne che esterne, sia sproporzionata rispetto al servizio offerto e costituisce un prezzo che, probabilmente, gli utenti non sarebbero disposti a pagare, se non fosse che nel mercato in questione sono praticamente assenti imprese concorrenti e che il servizio in questione sia percepito come essenziale. Non si può, quindi, non tener conto del fatto che le persone decidono di rinunciare in maniera così massiccia alla propria libertà solo perché non hanno alternative. Ancor più che nel caso dei motori di ricerca, infatti, il mercato dei *social network* è caratterizzato da quelle che la Corte di giustizia ha definito posizioni di “super dominanza” che rendono ancora più rigide le barriere all'ingresso.

Quanto detto, quindi, ci induce ad una riflessione anche relativamente al paradigma del consenso, su cui si fonda sostanzialmente la normativa sui dati personali. A tal riguardo, si è detto come la disciplina contenuta nel RGDP ricalchi sostanzialmente quella di cui alla direttiva [95/46](#), pensata in un contesto del tutto differente da quello attuale, in cui le

tecnologie digitali avevano un impatto minimo sulla vita quotidiana delle persone (cfr. G. CONTALDI, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale e la protezione dei dati personali*, in P. MANZINI, G. CONTALDI, G. CAGGIANO (a cura di), *Verso una legislazione europea su mercati e servizi digitali*, Bari, 2021, pp. 207-230). In assenza di una normativa sul consenso che tenga conto di talune peculiarità del mercato digitale, come quelle di cui si è dato conto, si è creata una situazione in cui gli utenti prestano il proprio consenso in maniera sempre più frequente e sempre meno consapevole. Di fronte a tale situazione, non è sufficiente l'intervento della Corte di giustizia, che ha pure tentato di interpretare in maniera restrittiva le norme del RGDP, né quello delle autorità di regolamentazione. Basti considerare che la saga *Facebook* è iniziata nel 2016, se non nel 2014, quando era stata aperta una prima istruttoria per la concentrazione Facebook/Whatsapp, e da allora poco è cambiato nella sostanza.

Il caso pendente davanti alla Corte, quindi, può costituire la possibilità per compiere un ulteriore passo in avanti verso l'affermazione di regole più rigide sull'utilizzo dei dati, ma la strada verso un sistema in cui l'utilizzo di taluni servizi digitali sia veramente libero da condizioni che comportano eccessive compressioni della vita privata degli utenti è ancora lunga.

FRANCESCO BATTAGLIA