

The Social Dilemma: come disciplinare le piattaforme digitali?

Sintesi del convegno inaugurale della IX edizione del Master di II livello in Diritto della Concorrenza e dell'Innovazione

19 Marzo 2021

Il convegno si apre con i saluti del Magnifico Rettore dell'Università Luiss Guido Carli, il Professor Andrea Prencipe.

Introduzione del Professor Gustavo Olivieri, Direttore del Master in Diritto della Concorrenza e dell'Innovazione, Luiss School of Law.

Il Professor Olivieri, Direttore del Master in Diritto della Concorrenza e dell'Innovazione, introduce i lavori spiegando le ragioni della tematica scelta per il convegno. In particolare, occorre premettere che il tema delle piattaforme digitali e della loro disciplina è innanzitutto un'occasione per tornare a riflettere sul rapporto tra concorrenza e innovazione, quest'ultima intesa come realtà di carattere normativo, economico e scientifico. A tal proposito, si nota come, da un lato, la crescita impetuosa dell'innovazione a partire dall'inizio del nuovo millennio non abbia impedito il consolidamento di posizioni dominanti nei mercati di riferimento; allo stesso tempo, d'altro canto, gli interventi di enforcement antitrust sembrano non essere riusciti a disciplinare efficacemente i comportamenti di mercato delle grandi piattaforme digitali.

Quanto sopra appare evidente già da una lettura della relazione al Digital Markets Act ("DMA")¹, dove le piattaforme sono espressamente descritte come "gatekeepers". Emerge, quindi, a ben vedere un quadro opposto rispetto al circolo virtuoso che dovrebbe intercorrere tra innovazione e concorrenza, come descritto nei modelli teorici di riferimento.

Una seconda prospettiva sul tema è, invece, quella del dilemma, inteso sotto un profilo sociale e politico, che evoca ed esalta un altro e più risalente dilemma che i cultori del diritto antitrust si sono trovati storicamente ad affrontare, ovvero, citando l'aureo libretto di Giuliano Amato, il dilemma fra i poteri privati e l'antitrust².

¹ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali). COM/2020/842 final.

² G. AMATO, Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato, Il Mulino, 1998.

Intervento del Professor Pierluigi Parcu, Direttore Communications & Media Area, European University Institute

Apra la serie di interventi la relazione del Professor Parcu, il quale dopo aver convenuto sull'esistenza di un vero dilemma con riferimento ai temi in discorso, individua le ragioni di fondo che sono alla base degli interventi contenuti nelle proposte di Regolamento DMA e nel Digital Services Act ("DSA")³ e gli obiettivi da questi rispettivamente perseguiti. Quanto al DMA, è possibile rintracciare sottese *rationes* di carattere tecnico e politico: le ragioni tecniche risiedono nella percepita insufficienza ed inefficacia degli strumenti tipici del diritto antitrust; sul piano politico ed anche geopolitico, invece, l'idea è quella di contrastare la frammentazione normativa in atto in Europa nei confronti delle piattaforme, oltre alla percezione di un ritardo di intervento rispetto alla Cina. Il DSA, diversamente, intende intervenire sull'idea ispiratrice della Direttiva *e-commerce*⁴ di libera circolazione dei contenuti su Internet, la quale non viene più ritenuta accettabile alla luce dei nuovi fenomeni di *fake news*, *hate speech*, informazioni illecite e, in parallelo, aumento di vendita di prodotti contraffatti sulle piattaforme. Il DSA – si nota – affronta tematiche legate alla tutela di diritti fondamentali e, tipicamente, lo fa discutendo di mercati.

Infine, vengono individuati due obiettivi perseguiti dalla nuova disciplina europea. Il primo è quello di favorire una contendibilità dei mercati digitali; il secondo è il tentativo ripristinare un certo livello di *fairness*. Per perseguire questi obiettivi si prescinde dai concetti tipici del diritto antitrust e si introducono nozione nuove, come quella di "gatekeepers" che, anzi, prescinde in alcuni casi dall'esistenza di una posizione dominante. In questo senso, quindi, il DMA si discosta dalla regolazione delle comunicazioni elettroniche ed appare più simile a regole di tutela dei consumatori. Secondo quest'ottica, DMA e DSA devono essere concepiti come plessi normativi complementari perché abbracciano la prospettiva economica e quella della tutela dei diritti.

Il secondo obiettivo è, invece, quello di tentare di fissare degli standard di comportamento per i servizi digitali: l'Europa può porsi come modello di riferimento per una regolazione digitale che abbia valenza globale.

Intervento del Professor Giovanni Pitruzzella, Avvocato Generale, Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Prende la parola il Professor Pitruzzella, il quale svolge due brillanti osservazioni. In primo luogo, viene evidenziata la novità di un problema – il grande potere economico delle piattaforme – che tocca al tempo stesso il funzionamento del mercato e il funzionamento della democrazia. Il DMA e il DSA affrontano contestualmente un problema unitario da due diversi, ma intrecciati, angoli visuali: rispettivamente, il mercato e la democrazia.

La seconda osservazione torna sul rapporto tra l'intervento regolatorio proposto e l'innovazione. I benefici dell'innovazione sono stati insonorizzati nel mondo di Internet proprio grazie all'assenza di regolazione. Orbene, ci si chiede se queste regole siano compatibili con l'innovazione o piuttosto non

³ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE. COM/2020/825 final.

⁴ Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»).

ne costituiscano una barriera. La risposta va ricercata nella base normativa di intervento della Commissione europea, ossia la realizzazione del mercato interno che intende abbattere le barriere regolatorie nazionali che ostacolano l'innovazione.

Il Professor Pitruzzella si discosta dall'idea che questa regolazione asimmetrica porterà a forme di protezionismo in Europa e, d'accordo con Parcu, crede che l'ambizione sia quella di creare degli standard legali globali. Ciò avviene, peraltro, in una temperie culturale e politica, in atto anche negli Stati Uniti, che tende verso un *enforcement* antitrust rinvigorito nei confronti delle grandi piattaforme. Si pongono, quindi, le condizioni per un dialogo forte sul tema dell'Internet per le tecno-democrazie. Tutto ciò pone anche grandi rischi da tenere in considerazione: il rischio della politicizzazione delle attività della Commissione e, a valle, della politicizzazione degli *enforcers* nazionali.

Intervento della Dottoressa Gabriella Muscolo, Componente, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

La relazione della Dottoressa Muscolo si articola in tre punti: la contestualizzazione del DMA nel sistema del diritto della concorrenza; l'identificazione delle sinergie e delle complementarità tra il sistema del DMA e quello di *enforcement* della concorrenza; e, per finire, la discussione in merito ad alcune questioni aperte e discendenti dal DMA.

Partendo dal primo punto, nel dilemma europeo tra regolazione ed *enforcement*, il DMA è stato visto come un passo in avanti per la regolazione dei settori digitali. Tuttavia, esso si inserisce in un sistema di diritto della concorrenza fondato su un principio di decentramento nell'applicazione degli attuali articoli 101 e 102 TFUE da parte delle Autorità nazionali di concorrenza, derivante, a sua volta, da un accentramento dei poteri presso la Commissione (definito come "esercizio di decentralizzazione controllata"). Questo sistema, si nota, ha cominciato a vacillare con l'avvento dell'economia digitale. Tuttavia, il DMA non viene visto soltanto come un passo avanti nella regolazione, ma, contenendo anche principi e regole generali accanto alla lista di comportamenti vietati (art. 5 e 6 della proposta), mantiene comunque un rapporto con l'*enforcement* e questa lista di comportamenti viene tracciata sui precedenti dell'*enforcement* antitrust.

Facendo un parallelo rispetto al Regolamento 1/2003⁵ ed anche rispetto ai modelli di regolazione proposti in Stati quali la Germania ed il Regno Unito, si ritiene che i meccanismi di cooperazione previsti dal DMA (in particolare, art. 1, par. 6 e 7) siano meno chiari e più confusi. Sulla sinergia, invece, il DMA pare avvicinare la Commissione alla Federal Trade Commission (FTC) americana, avendo quest'ultima poteri sia regolatori che di *enforcement*.

Vengono, infine, esposte quattro questioni aperte, che possono essere così accennate:

- quali sono le *rationes* sottostanti ad un accentramento dei poteri presso la Commissione? Si tratta di una sfiducia nei confronti dei regolatori antitrust, o, piuttosto, la ragione è sempre quella di non frammentazione dell'intervento?

⁵ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (Testo rilevante ai fini del SEE).

- Come coordinare l'intervento delle autorità di concorrenza nazionali con quello della Commissione?
- Non è forse che la compresenza nel sistema di una regolazione *ex ante* e di un *enforcement ex post* pubblico e privato possa condurre ad una situazione di *over enforcement*?
- Quale conformazione giuridica può pregiudicare meno l'innovazione intesa in senso sostenibile?
- Questi ed altri, dunque, gli spunti che dovranno essere analizzati sul tema.

Intervento della Professoressa Elisa Giomi, Commissario, Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni

Conclude il dibattito la Professoressa Giomi, con una riflessione sul modo in cui le piattaforme vengono concettualizzate nella sociologia e nella comunicazione. In particolare, viene messo in evidenza un forte "contrasto tra narrazioni". Nelle teorie della comunicazione "The Social Dilemma", come altre simili narrative, costituisce un esempio di riflessività narrativa: è un sistema che parla di se stesso, una piattaforma che parla delle piattaforme, descrivendone gli elementi costitutivi (dati e algoritmi) e i conflitti di valori esistenti (tra *disruption* e *datification*). È molto interessante che la risposta che questa e simili narrative danno ai grandi dilemmi sopra esposti sia una risposta in chiave assolutamente distopica ed apocalittica. Questa narrazione che le piattaforme fanno del loro ruolo sociale e culturale nei confronti delle istituzioni è fortemente in contrasto con la retorica delle piattaforme come aziende. La percezione circa la necessità di una regolazione, quindi, non è più ormai propria solo del regolatore, ma anche dei soggetti regolati.

La Professoressa Giomi coglie altresì l'occasione per presentare l'Indagine Conoscitiva avviata da AGCOM, descrivendone l'impostazione di fondo ed i tratti distintivi. In particolare, tale Indagine si focalizza sull'individuazione dell'oggetto di studio, le piattaforme, che è proteiforme e, in quanto tale, intercettato da interventi regolatori di fonti diverse. La finalità dell'Indagine è di mappare e ricostruire tale regolazione, cogliendone le diverse ricadute pratiche.

Conclusioni del Professor Gustavo Ghidini, Condirettore del Master in Diritto della Concorrenza e dell'Innovazione, Luiss School of Law

Il Professor Ghidini conclude il convegno dando ulteriore risalto alle suggestioni stimulate dagli interventi precedenti. In particolare, il Professore ritiene che, in ultima analisi, anche quando le piattaforme agiscono sotto le loro più classiche vesti, queste devono essere inquadrare come *media companies* capaci di influenzare i modi di formazione dell'opinione pubblica e privata. In questo senso, un ulteriore spunto per la regolazione potrebbe essere offerto dal modello italiano della regolazione antitrust dell'informazione, contenuta nella Legge Maccanico⁶.

⁶ Legge 31 luglio 1997, n. 249.

A cura di

Valeria Caforio Cultrice della materia in Intellectual Property, Business Cyberlaw, Università Luiss Guido Carli

Francesca Di Lazzaro Cultrice della materia in Diritto industriale e delle comunicazioni, Intellectual Property e Docente, Università Luiss Guido Carli

Luiss

School of Law

Viale Pola 12

00198 Roma

T. +39.06.85225459/875

F. +39.06.85225339

lsl@luiss.it