



Papers di
**DIRITTO
EUROPEO**

www.papersdidirittoeuropeo.eu
ISSN 2038-0461

2021, n. 1

DIRETTORE RESPONSABILE

Maria Caterina Baruffi (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Verona).

COMITATO DI DIREZIONE

Francesco Bestagno (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano; Consigliere giuridico presso la Rappresentanza permanente d'Italia all'UE); **Andrea Biondi** (Professor of European Law e Director of the Centre of European Law, King's College London); **Fausto Pocar** (Professore emerito, Università di Milano); **Lucia Serena Rossi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Bologna; Giudice della Corte di giustizia dell'Unione europea).

COMITATO SCIENTIFICO

Adelina Adinolfi (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Firenze); **Elisabetta Bani** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Bergamo); **Matteo Borzaga** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Trento); **Susanna Cafaro** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università del Salento); **Laura Calafà** (Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Verona); **Javier Carrascosa González** (Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Murcia); **Luigi Daniele** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma "Tor Vergata"); **Angela Di Stasi** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Salerno); **Davide Diverio** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano); **Franco Ferrari** (Professor of Law e Director of the Center for Transnational Litigation, Arbitration, and Commercial Law, New York University); **Costanza Honorati** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano-Bicocca); **Paola Mori** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro); **Matteo Ortino** (Associato di Diritto dell'economia, Università di Verona); **Carmela Panella** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Messina); **Lorenzo Schiano di Pepe** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Alessandra Silveira** (Profesora Associada e Diretora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Universidade do Minho); **Eleanor Spaventa** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Bocconi" di Milano); **Stefano Troiano** (Ordinario di Diritto privato e Direttore del Dipartimento di Scienze giuridiche, Università di Verona); **Michele Vellano** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino).

Segretario: **Caterina Fratea** (Associato di Diritto dell'Unione europea e Direttore del Centro di documentazione europea, Università di Verona).

COMITATO DEI REVISORI

Stefano Amadeo (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Trieste); **Bruno Barel** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova); **Silvia Borelli** (Associato di Diritto del lavoro, Università di Ferrara); **Laura Carpaneto** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Marina Castellaneta** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Bari "Aldo Moro"); **Federico Casolari** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Bologna); **Gianluca Contaldi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Macerata); **Matteo De Poli** (Ordinario di Diritto dell'economia, Università di Padova); **Giacomo di Federico** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Bologna); **Fabio Ferraro** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Federico II"); **Daniele Gallo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, LUISS Guido Carli); **Pietro Manzini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Bologna); **Silvia Marino** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Francesca Ragno** (Associato di Diritto internazionale, Università di Verona); **Carola Ricci** (Associato di Diritto internazionale, Università di Pavia); **Giulia Rossolillo** (Ordinario di Diritto internazionale, Università di Pavia); **Vincenzo Salvatore** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Andrea Santini** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); **Cristina Schepisi** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Napoli "Parthenope"); **Martin Schmidt-Kessel** (Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Verbraucherrecht und Privatrecht sowie Rechtsvergleichung, Universität Bayreuth); **Chiara Enrica Tuo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova).

COMITATO EDITORIALE

Diletta Danieli (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona); **Simone Marinai** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa); **Teresa Maria Moschetta** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Roma Tre); **Rossana Palladino** (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno); **Cinzia Peraro** (Ricercatore t.d. di Diritto dell'Unione europea, Università di Bergamo); **Federica Persano** (Ricercatore di Diritto internazionale, Università di Bergamo); **Emanuela Pistoia** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo); **Angela Maria Romito** (Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Bari "Aldo Moro"); **Sandra Winkler** (Associato di Diritto della famiglia, Università di Rijeka).

I contributi sono sottoposti ad un procedimento di revisione tra pari a doppio cieco (*double-blind peer review*).

Fascicolo 2021, n. 1

INDICE

PRESENTAZIONE	I
Fabio Bassan <i>Editoriale. Piattaforma Europa</i>	1
Ruggiero Cafari Panico <i>Le imprese multinazionali, la protezione dei dati nello spazio cibernetico e l'efficacia extraterritoriale del diritto dell'Unione europea</i>	7
Giandonato Caggiano <i>Il contrasto alla disinformazione tra nuovi obblighi delle piattaforme online e tutela dei diritti fondamentali nel quadro del Digital Service Act e della co-regolamentazione</i>	45
Gianluca Contaldi <i>La proposta della Commissione europea di adozione del "Digital Markets Act"</i>	73
Greta Bonini <i>Minori 4.0 e tutela dei diritti fondamentali nell'era della digitalizzazione: quali sfide per l'Unione europea?</i>	89
Mattia Mengoni <i>La nuova strategia della Commissione europea in tema di finanza digitale: quid iuris per i (futuri) servizi finanziari offerti dalle società Tech?</i>	111
Carlo Valenti <i>La rilevanza delle competenze professionali della forza lavoro nella transizione digitale europea</i>	139

La proposta della Commissione europea di adozione del “Digital Markets Act”

Gianluca Contaldi*

SOMMARIO: 1. Le caratteristiche dei mercati digitali. – 2. Le difficoltà di applicazione delle norme antitrust ai mercati digitali. – 3. La proposta della Commissione europea sul *Digital Markets Act* (DMA). – 4. Il rapporto intercorrente tra il *Digital Markets Act* e la normativa sulla concorrenza.

1. Le caratteristiche dei mercati digitali.

La *digital economy* costituisce il comparto produttivo più dinamico negli ultimi anni. Tale settore commerciale ha, infatti, registrato elevatissimi tassi di crescita a livello mondiale. Le multinazionali operanti in questo ambito (abituamente identificate con l’acronimo GAFA¹) hanno, d’altro canto, dimostrato di possedere una capacità di capitalizzazione eccezionalmente ampia, tanto è vero che i bilanci delle società operanti nel settore ammontano, ormai, a svariati miliardi di euro e possono equipararsi al PIL di paesi di media grandezza. I proventi complessivi del comparto non sono arretrati neppure negli anni della crisi finanziaria internazionale² e sono addirittura cresciuti, a seguito dell’aumento della domanda di impiego di piattaforme online, durante la pandemia da COVID-19³.

Il principio di base dell’economia digitale è apparentemente semplice e consiste nello sfruttamento dei dati degli utenti al fine di profilare con la maggiore precisione possibile le offerte di servizi e di prodotti commerciali⁴. Più esattamente, esso consiste nell’elaborazione dei dati forniti dagli utenti attraverso sistemi algoritmici e di intelligenza artificiale. Tale processo presuppone, innanzitutto, l’anonimizzazione e, successivamente, l’elaborazione dell’insieme dei dati ricavati dalla navigazione su

* Professore ordinario di Diritto dell’Unione europea, Università degli Studi di Macerata.

¹ L’acronimo sta per Google, Amazon, Facebook, Apple (appunto: GAFA). In realtà, dal punto di vista concorrenziale, queste quattro piattaforme (alle quali, alle volte, si aggiunge anche Microsoft, nel qual caso, l’acronimo diviene GAFAM) presentano modelli di *business* fortemente differenziati (v., in generale, S. GALLOWAY, *The Four. The Hidden DNA of Amazon, Apple, Facebook and Google*, USA, 2018), che possono essere accomunati solo per il fatto di sfruttare commercialmente i dati degli utenti.

² V. lo *Special Report: the Data Economy*, in *The Economist*, February 22-28th 2020, p. 40 ss.

³ I profitti delle cinque maggiori società operanti nel settore sarebbero aumentati del 43% nel corso dell’ultimo trimestre del 2020 ed i ricavi complessivi nel corso dell’anno supererebbero i mille miliardi di euro (così E. LIVINI, *I cinque giganti dell’hi-tech sono la terza potenza mondiale*, in *La Repubblica*, del 4 febbraio 2021, p. 24).

⁴ H. THOMÉ, *Data: the Fuel of the Third Industrial Revolution*, in *Fondation Robert Schuman, European Issues*, 25th February 2020, reperibile [online](#).

internet degli utenti attraverso sistemi algoritmici e di intelligenza artificiale. Ciò che rileva dal punto di vista economico, pertanto, sono non tanto i dati personali singolarmente individuati, quanto piuttosto l'accumulazione e la loro successiva elaborazione attraverso strumenti algoritmici. Una volta compiuto questo processo, le masse di dati vengono normalmente cedute a produttori, società di marketing, partiti politici, gruppi di influenza, i quali vi fanno ricorso per indirizzare proposte mirate in funzione ai profili degli utenti. D'altro canto, i sistemi di intelligenza artificiale sono ormai divenuti così sofisticati che consentono non solo di individuare le preferenze dei consumatori, ma finanche di anticiparle e, in qualche modo, di indirizzarle⁵: così come, alla stessa stregua, si riesce alle volte a prevedere l'esito di determinate tornate elettorali, l'evoluzione dei flussi migratori, l'espansione territoriale delle pandemie⁶.

I mercati digitali presentano abitualmente taluni caratteri peculiari, che li distinguono marcatamente da quelli tradizionali⁷. Il primo di questi è l'esistenza di un accentuato carattere di *network* ed un conseguente effetto di *lock-in*. Questi consistono nel fatto che più persone usano una determinata piattaforma, più aumenta l'attrattiva per coloro che, su detta piattaforma, offrono determinati servizi commerciali. Al contempo, l'incremento del numero degli iscritti determina, a propria volta, un aumento del "costo" per gli utenti di spostarsi su una piattaforma diversa. In altri termini, se tutti i miei "contatti" si trovano su *Facebook*, io non sono indotto a spostarmi sulla piattaforma di un concorrente, se non posso al contempo portare con me tutti i miei contatti.

Il secondo carattere è il rilievo assunto dalle economie di scala. La costruzione delle piattaforme online presuppone, infatti, ingenti investimenti in potenti elaboratori, dotati di un'estesa capacità di calcolo e un ampio spazio di archiviazione. Tuttavia, i costi fissi tendono ad assorbirsi, man mano che aumenta il numero degli utenti di una data piattaforma: quest'ultimo può, infatti, aumentare potenzialmente all'infinito, senza

⁵ In concreto gli spazi pubblicitari vengono venduti all'asta, tramite sistemi informatici con effetto immediato (c.d. *Real Time Bidding*, RTB) tra i potenziali inserzionisti, in funzione dell'interesse suscitato dalle caratteristiche del singolo utente. V. G. PROIETTI, *La pubblicità nell'era delle nuove tecnologie*, in G. ALPA (a cura di), *diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, p. 161 ss.

⁶ V., in generale, S. QUINTARELLI, *Capitalismo immateriale. Le tecnologie digitali e il nuovo conflitto sociale*, Torino, 2019; A. VESPIGNANI, *L'algoritmo e l'oracolo. Come la scienza predice il futuro e ci aiuta a cambiarlo*, Milano, 2019.

⁷ Le caratteristiche dei mercati digitali sono accuratamente descritte in vari rapporti e indagini da parte delle autorità antitrust e delle commissioni legislative competenti: per l'Unione europea, v. J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era, Final Report*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2019, reperibile [online](#); per la Francia e la Germania, v. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and Data*, 2016, reperibile [online](#); per l'Italia, v. AGCM, AGCOM, GARANTE PROTEZIONE DATI PERSONALI, *Indagine conoscitiva sui Big Data*, Roma, 2019, reperibile [online](#); per il Regno Unito, v. J. FURMAN e a., *Unlocking Digital Competition - Report of the Digital Competition Expert Panel*, London, 2019, reperibile [online](#); negli Stati Uniti, v. F. FUKUYAMA, B. RICHMAN, A. GOEL, R. R. KATZ, A. DOUGLAS MELAMED, M. SCHAAKE, *Report of The Working Group On Platform Scale*, Stanford University, 2020, reperibile [online](#); v., sempre con riferimento al sistema statunitense, il rapporto della SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, *Investigation of Competition in Digital Markets*, reperibile [online](#).

determinare incrementi rilevanti dei costi variabili. Sotto questo profilo, l’entità dell’investimento iniziale induce una sorta di barriera naturale all’ingresso dei concorrenti, perché occorrono ingenti spese per creare l’infrastruttura e per consentire alla stessa di arrivare ad un livello di utenti sufficientemente ampio da disporre di una massa di dati abbastanza estesa da rendere il loro sfruttamento economicamente vantaggioso.

Gli effetti di network congiuntamente con il rilievo delle economie di scala ha contribuito a determinare un assetto oligopolistico del mercato. Talune piattaforme sono, infatti, talmente sviluppate che finiscono per stabilire, esse stesse, le condizioni per accedere a quel particolare mercato. Detta situazione tende a verificarsi con maggiore frequenza per le piattaforme c.d. “ecosistema”⁸, le quali consentono, da un lato, agli utenti di effettuare ricerche e di svolgere altre attività online; ma dall’altro operano, a propria volta, come operatori commerciali. Queste piattaforme funzionano, in altri termini, sia come piazze di mercato per operatori terzi, sia come negozi virtuali per offrire, al contempo, taluni prodotti autonomamente sviluppati.

Si ritiene sovente che tale peculiare struttura del mercato, caratterizzata di fatto dall’esistenza di pochi operatori in posizione dominante e dalla tendenza delle piattaforme presenti ad estendere le proprie attività commerciali anche in settori economicamente molto distanti, abbia determinato diverse conseguenze nefaste. Innanzitutto, esso ha indotto con una certa frequenza chi occupa le posizioni apicali (in termini di quote di mercato) ad abusarne, praticando, di fatto, condizioni poco trasparenti, nei rapporti con gli operatori commerciali che offrono i propri prodotti su una data piattaforma; oppure, utilizzando lo stesso mezzo per promuovere i prodotti confezionati dal gestore del sistema sfruttando, al contempo, i dati generati anche dall’attività degli altri operatori⁹.

In secondo luogo, esso ha determinato una minore innovazione tecnologica: vi è, infatti, la diffusa sensazione che non convenga spendere somme per sostenere una nuova impresa che propone un modello di business alternativo rispetto ad un operatore che possiede una rilevante quota di mercato in uno specifico sistema digitale, perché l’investimento rischia di essere troppo impegnativo prima che lo stesso produca qualche frutto¹⁰. D’altro canto, nel momento in cui viene creata un’impresa che, per la tipologia di *software* utilizzato o perché ha inventato un sistema di intelligenza artificiale particolarmente efficiente, rischia di porsi come concorrente di una determinata piattaforma, accade sovente che la *start-up* venga rilevata dalla piattaforma dominante,

⁸ V. A. CANEPA, *I mercanti dell’era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Torino, 2020, p. 39 ss.

⁹ V. G. MUSCOLO, A. MASSOLO, *Data Driven Economy. Trade-off Between Competition and Cybersecurity*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2019, p. 189 ss., 195.

¹⁰ V. il rapporto della SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, *Investigation of Competition in Digital Markets*, cit., pp. 46-48.

sia per eliminarla (c.d. *killer acquisitions*), sia per acquisirne la tecnologia ed integrarla all'interno del proprio sistema digitale: in tal modo la piattaforma dominante riesce ad aumentare il numero e la tipologia dei servizi offerti e, corrispondentemente, ad incrementare la quantità di dati disponibili¹¹. Queste acquisizioni sfuggono, in genere, al controllo delle autorità preposte, perché, di fatto, la quota di mercato ed il valore economico della società oggetto di incorporazione non è, in genere, tale da determinare il superamento della soglia di attenzione da parte delle autorità antitrust¹².

Sotto altro profilo, poi, la stessa presenza di piattaforme dominanti, che possiedono quote rilevanti del mercato, finisce per determinare un declino dei settori produttivi tradizionali, quali, ad esempio, quelli della piccola distribuzione o della pubblicità sui media tradizionali (giornali, radio, televisione), la quale risulta evidentemente meno efficace, non potendo raggiungere in tempo reale gli utenti potenzialmente interessati. In questo contesto, non solo l'esistenza delle piattaforme ecosistema ha determinato una minore innovazione nel settore digitale, ma ha anche indotto gli operatori economici a rivedere le proprie strategie di mercato e a ridurre gli investimenti nei settori tradizionali¹³.

2. Le difficoltà di applicazione delle norme antitrust ai mercati digitali.

Le autorità antitrust dei vari paesi constatano diverse difficoltà ad applicare le norme sulla concorrenza ai mercati digitali. Ciò si verifica per una pluralità di circostanze.

Innanzitutto, per il fatto che le disposizioni antitrust, essendo state concepite in passato, non sono generalmente strutturate per affrontare il funzionamento della *digital economy*. Un primo evidente ostacolo discende dalla circostanza che i servizi, nell'economia digitale, sono offerti con modalità gratuite. Gli utenti delle piattaforme, per accedere ad un determinato social network o per potere effettuare determinate ricerche sui motori appositi, usano, quale moneta di scambio, i propri dati personali. La concorrenza tra le imprese operanti nel settore non avviene pertanto sui prezzi, come si verifica generalmente nei mercati tradizionali, nei quali le imprese cercano di offrire i medesimi beni ad un prezzo inferiore, quanto piuttosto sui servizi offerti all'utente, in modo da acquisire il maggior numero di dati ed elaborare in maniera più precisa le loro

¹¹ V. J. CRÉMER, Y.-A. DE MONTJOYE, H. SCHWEITZER, *Competition Policy for the Digital Era, Final Report*, cit., p. 110 ss.; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, BUNDESKARTELLAMT, *Competition Law and Data*, cit., p. 16 s.

¹² Secondo il rapporto predisposto dalla società di consulenza Lear per l'Autorità garante della concorrenza italiana (*Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, Final report, Document prepared by Lear for the Competition and Market Authority*, Rome, 9 May 2019) circa il 60% delle acquisizioni nel settore digitale hanno riguardato società particolarmente giovani, entro i quattro anni di vita.

¹³ V. il rapporto della SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, *Investigation of Competition in Digital Markets*, cit., p. 57 ss.

preferenze commerciali (c.d. profilazione)¹⁴. In questo contesto, viene necessariamente meno uno degli abituali strumenti di misurazione della concorrenza, quale è il prezzo del prodotto o del servizio¹⁵.

D’altro canto, neppure nelle ipotesi nelle quali il prezzo diventa un elemento del rapporto contrattuale, le autorità garanti della concorrenza possono fare su di esso affidamento per valutare l’esistenza di illeciti. La concertazione sul prezzo non dimostra necessariamente l’esistenza di un’intesa restrittiva della concorrenza, dal momento che la stessa determinazione del prezzo di offerta è sovente frutto di un’operazione algoritmica, priva, in quanto tale, dell’elemento di concertazione che necessariamente contraddistingue gli accordi restrittivi della concorrenza¹⁶.

Sotto altro profilo, poi, pure la determinazione del mercato rilevante appare un’operazione problematica. Infatti, il mercato geografico, proprio per l’assenza di confini che caratterizza il *world wide web*, risulta di difficile individuazione: il mercato rilevante, rispetto alle piattaforme più diffuse, finisce, di fatto, per coincidere con il mondo intero¹⁷. Tale difficoltà definitoria è poi ulteriormente incrementata per la circostanza che, sovente, le piattaforme dominanti sono spesso imprese che operano su più mercati ovvero come gestori di una pluralità di attività commerciali (c.d. piattaforme “multiversante”)¹⁸. In questo contesto, anche la definizione del mercato del prodotto finisce per essere un’operazione altamente problematica¹⁹.

Da ultimo, la stessa determinazione di una posizione dominante solleva interrogativi di difficile soluzione. Dal momento che i mercati digitali sono fortemente dinamici, una determinata quota di mercato potrebbe non essere effettivamente rappresentativa di un’effettiva posizione di dominio, nel caso in cui un’altra impresa sia in grado di inventare un algoritmo che sia in condizione di svolgere le stesse operazioni in maniera più efficiente o nel caso in cui un’altra impresa offra un servizio nuovo, capace

¹⁴ V. P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act*, p. 31, reperibile [online](#).

¹⁵ V. M.E. STUCKE, A.P. GRUNES, *Big Data and Competition Policy*, Oxford, 2016, p. 122 s.; nonché S. MANNONI, G. STAZI, *Is Competition a click away? Sfida al monopolio nell’era digitale*, Napoli, 2018, p. 32 s.

¹⁶ J. B. BAKER, *The Antitrust Paradigm. Restoring a Competitive Economy*, Cambridge, 2019, p. 101 ss.

¹⁷ V. F. VESSIA, *Big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2018, p. 1064 ss.

¹⁸ In via esemplificativa, Amazon opera come intermediario tra consumatori e commercianti per la vendita dei prodotti, come produttore e venditore della propria linea di prodotti, come venditore di pubblicità, come piattaforma per la diffusione di film e serie tv, come gestore di un ampio repertorio musicale, come piattaforma alla quale si può ricorrere come spazio di archiviazione di dati. Sulla base di un’indagine, sembra che il mercato dei prodotti offerti sulla piattaforma, da *core business* dell’azienda di Bezos, rappresenti ormai solo un’attività marginale rispetto al volume di affari ricavabile dagli altri settori commerciali.

¹⁹ V., in questo senso, V. BAGNOLI, *The Big Data Relevant Market*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, p. 73 ss.

di incontrare un maggiore riscontro da parte degli utenti²⁰. In altri termini, le posizioni dominanti potrebbero essere prive di quel carattere di stabilità che, invece, rappresenta un elemento determinante della definizione.

In questo contesto i tradizionali rimedi del diritto antitrust, della nullità delle intese o della sanzione dell'abuso di posizione dominante, che normalmente intervengono solo *ex post*, allorché l'illecito si è già verificato, appaiono spesso insufficienti. Sia perché essi non consentono di risolvere il problema dell'esistenza di posizioni oligopolistiche in un determinato momento, sia perché i rimedi intervengono in maniera tardiva: solo una volta che l'algoritmo ha già determinato il prezzo o nel momento in cui una determinata piattaforma dominante ha già utilizzato i dati degli utenti per promuovere i propri prodotti a scapito di quelli dei concorrenti. Tanto più che le stesse sanzioni che vengono erogate nel diritto antitrust, difficilmente producono gli effetti auspicati, perché non possono certo determinare una modifica dei gusti degli utenti. È, d'altro canto, azzardato ipotizzare che si possano mutare le preferenze dei consumatori, una volta che questi siano abituati all'uso di una determinata piattaforma o di un dato *social network*.

Neppure i rimedi più innovativi, quali quelli correntemente utilizzati nei mercati caratterizzati da alta innovazione tecnologica, risultano funzionali. Da parte di taluni autori, si è infatti pensato che, per facilitare l'accesso al mercato dei nuovi operatori, si potrebbero costringere le piattaforme dominanti a condividere i dati in proprio possesso, attraverso il ricorso alla nota dottrina delle *essential facilities*²¹. Sembra tuttavia difficile configurare i dati alla stregua di *asset* insostituibili, perché è sempre possibile produrne all'infinito, semplicemente tracciando l'ulteriore attività degli utenti del web ovvero ricorrendo a fonti alternative di informazione. D'altro canto, i dati stessi sono facilmente spostabili, sia da parte della piattaforma, sia da parte dello stesso utente che li ha prodotti, che ha sempre il diritto di accedervi, di chiedere delle modifiche ovvero di portarli con sé su una diversa piattaforma²².

E comunque un siffatto rimedio strutturale si rivelerebbe nella maggior parte dei casi scarsamente efficiente perché, nel momento in cui dovesse intervenire l'ordine dell'autorità, i dati stessi sarebbero ormai inattuali, in quanto superati dall'attività online

²⁰ Nota è l'affermazione, che viene correntemente addebitata al Ceo di Google, Eric Schmidt: "Competition is just one click away", in audizione davanti al Senato statunitense, Subcommittee on antitrust, competition and consumer rights, riferendosi al fatto che Google non era l'unico motore di ricerca disponibile (la notizia è tuttora riportata [online](#)).

²¹ V., in questo senso, N. DESSARD, *EU Competition Policy in the Big Data Industry. Merger Review and Application of the essential Facility Doctrine*, Beau Bassin, 2018, p. 35 ss.

²² V. art. 20 del [Regolamento \(UE\) 2016/679](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), e art. 6 del [Regolamento \(UE\) 2018/1807](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea.

sopravvenuta²³. In altri termini, i *big data* sono caratterizzati da un determinato valore che muta in maniera considerevole in rapporto alla loro istantaneità e alla loro quantità. Qualunque sanzione che intervenga in un momento successivo e che abbia lo scopo di diffondere la conoscenza che discende dal loro possesso pregresso (riferito, cioè, ad un momento trascorso nel tempo) risulta di norma inefficace rispetto all’obiettivo di consentire l’accesso al mercato a nuovi operatori.

3. La proposta della Commissione europea sul *Digital Markets Act* (DMA).

Proprio muovendo dalla constatazione della difficoltà di applicazione delle norme antitrust ai mercati digitali che la Commissione europea, in data 15 dicembre 2020, ha presentato una proposta normativa di regolamentazione delle piattaforme online (c.d. DMA, *Digital Markets Act*²⁴), al fine di ridurre l’impatto anticoncorrenziale determinato dalla presenza di diffusi monopoli nel settore²⁵.

Con questa proposta normativa, la Commissione si propone di intervenire nel funzionamento dei mercati digitali, stabilendo una serie di obblighi in capo alle imprese che si pongono come punti di riferimento centrali nel disciplinare l’accesso al mercato. Lo scopo del DMA è, infatti, di contenere la posizione dominante delle grandi piattaforme *online* e favorire un sistema economico nel quale anche le imprese europee, di minori dimensioni e di ridotto potere di mercato, possono partecipare al mercato dei dati. La finalità di questa proposta, in altri termini, è identificabile in quello di creare un sistema nel quale possa prosperare una sorta di sovranità digitale europea²⁶.

Il legislatore europeo mira, infatti, ad anticipare l’effetto delle misure restrittive, predisponendo un’apposita regolamentazione applicabile *ex-ante*²⁷. L’idea di fondo

²³ V. F. VESSIA, *Big data: dai vantaggi competitivi alle pratiche abusive*, cit., note 61-62 e testo relativo.

²⁴ Commissione europea, 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](#) del 15 dicembre 2020.

²⁵ Dette proposte appaiono, per la verità, riduttive rispetto ai progetti inizialmente diffusi. Secondo l’idea originaria, infatti, la Commissione mirava ad articolare una proposta normativa strutturata in tre pilastri. Gli altri due atti concernevano, rispettivamente, la regolamentazione dei servizi digitali (v. la 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](#) del 15 dicembre 2020, c.d. DSA, *Digital Services Act*); e l’introduzione di uno strumento di azione rapida, maggiormente rispondente alle caratteristiche dei mercati digitali (il c.d. *New Competition Tool*; v. la consultazione pubblica lanciata in data 2 luglio 2020: *Impact Assessment for a possible New Competition Tool*, reperibile [online](#)). Di fatto, mentre il DSA ed il DMA, menzionato nel testo, sono stati effettivamente introdotti, il nuovo strumento concorrenziale è stato abbandonato.

²⁶ G.M. RUOTOLO, *Le proposte di disciplina di digital services e digital markets della Commissione del 15 dicembre 2020*, in *DPCE on line*, 2020/4, reperibile [online](#).

²⁷ Già in una lettera datata 4 febbraio 2020, i Governi tedesco, francese, italiano e polacco chiedevano alla Commissaria europea alla concorrenza di predisporre una regolamentazione specifica per le piattaforme di grandi dimensioni: «We believe that the Commission should identify systemic actors against objective criteria taking into account specificities of digital market, such as emergence of digital

sembra quindi individuabile nella *ratio* di porre taluni obblighi aggiuntivi, in modo di anticipare, per quanto possibile, l'effetto di garantire un mercato aperto e concorrenziale, che l'applicazione *a posteriori* della normativa antitrust, per le peculiari caratteristiche di questo settore economico, non era in grado di garantire.

Le disposizioni principali del DMA sono, infatti, gli articoli 5 e 6, che impongono talune obbligazioni supplementari a quelle piattaforme particolarmente rilevanti nel rispettivo settore economico, denominate, appunto, “*gatekeepers*”. Esse vengono individuate – per effetto di una decisione della Commissione, a seguito di autodichiarazione ovvero di indagini – sulla base di taluni elementi oggettivi, astrattamente idonei a stabilire l'esistenza di una quota rilevante di mercato, in termini di fatturato e di utenti attivi su una data piattaforma²⁸.

Le previsioni principali stabiliscono una serie alquanto eterogenea di obblighi (ben diciotto), rispetto ai quali non è agevole individuare un filo conduttore. La distinzione principale concerne gli obblighi autonomamente applicabili (art. 5), da quelli applicabili a seguito di eventuale specificazione, da disporsi caso per caso, a cura della Commissione (art. 6)²⁹.

I principali tra gli obblighi del primo tipo riguardano gli abusi abitualmente commessi in questo settore economico dalle piattaforme digitali di grandi dimensioni. Al riguardo, tali obblighi possono suddividersi in due gruppi distinti³⁰. Nel primo di questi, si possono includere tutti gli abusi di *sfruttamento*, sia degli utenti, sia degli operatori commerciali. In tale ambito, gli obblighi più rilevanti appaiono quello di astenersi dal combinare i dati ricavati dai principali servizi della piattaforma con quelli desumibili da

platforms with paramount importance for competition, that should be subject to specific scrutiny and, in relevant, to a specific regulatory framework» (la lettera è tuttora consultabile [online](#)).

²⁸ L'art. 3, DMA, stabilisce che il fornitore dei servizi di una piattaforma è considerato un *gatekeeper* se gestisce un servizio essenziale e se occupa una posizione consolidata e duratura. Si presume che sussistano tali presupposti se l'impresa raggiunge un fatturato di sei miliardi e mezzo (negli ultimi tre bilanci) o se la capitalizzazione è almeno di sessantacinque miliardi di euro e se ha attivi almeno quarantacinque milioni di utenti al mese.

²⁹ In realtà, nonostante il titolo della previsione, che per l'appunto sembra affermare che occorra, ai fini della loro applicazione, una specificazione ulteriore (“*Obblighi dei gatekeeper che potranno essere oggetto di ulteriori specifiche*”), talune previsioni sembrano autonomamente applicabili, senza necessità di ulteriori interventi. Tra questi, un certo rilievo presenta l'obbligo del *gatekeeper* di astenersi dall'utilizzare, in concorrenza con gli operatori commerciali che fanno accesso alla medesima piattaforma, dati non accessibili al pubblico generati attraverso le attività dei predetti utenti commerciali: sembra ovvio che un particolare abuso di una piattaforma multiversante possa consistere, per l'appunto, nell'utilizzare i dati generati dall'attività di coloro che fanno ad essa ricorso per offrire in vendita i propri prodotti, quale strumento per fare concorrenza ai medesimi operatori (prassi abitualmente denominata del *data grabbing*: art. 6, lett. *a*). Del pari, non sembra richiedere ulteriore specificazione l'obbligo incombente al *gatekeeper* di consentire agli utenti finali di disinstallare qualsiasi applicazione software preinstallata sul proprio servizio di piattaforma di base (art. 6, lett. *b*); ovvero di astenersi dal garantire un trattamento più favorevole in termini di posizionamento ai servizi e prodotti offerti dal *gatekeeper* stesso o da terzi che appartengono alla stessa impresa rispetto a servizi o prodotti analoghi di terzi e applica condizioni eque e non discriminatorie a tale posizionamento (c.d. *self preferencing*: art. 6, lett. *d*); o, infine, di garantire la portabilità dei dati generati mediante l'attività di un utente commerciale o utente finale (art. 6, lett. *f*).

³⁰ V. P. MANZINI, *Equità e contendibilità nei mercati digitali*, cit., p. 40.

altri servizi offerti dalla medesima impresa; precludere la possibilità agli utilizzatori commerciali di offrire gli stessi prodotti e servizi ai consumatori finali a prezzi e condizioni diversi da quelli ottenibili sulla piattaforma; restringere il potere degli operatori commerciali, che fanno ricorso alla piattaforma, di rivolgersi all’autorità giudiziaria; escludere l’obbligo per gli operatori commerciali di registrarsi alla piattaforma e di obbligarli ad offrire i propri beni e servizi in via esclusiva tramite quella piattaforma.

Nella seconda tipologia rientrano, invece, le pratiche c.d. *leganti*, tra le quali si possono ricomprendere, le clausole di cui all’art. 5, lett. e), f), concernenti, rispettivamente, il divieto per il *gatekeeper* di costringere gli operatori commerciali ad utilizzare un servizio o un identificativo della piattaforma di base (non si possono, pertanto, discriminare tali operatori, in base alla circostanza che essi facciano o meno uso della logistica del medesimo *gatekeeper* per consegnare i beni agli utenti finali) ovvero di costringere gli operatori commerciali o gli utenti finali a registrarsi o a fare uso di un altro servizio del *gatekeeper*, come presupposto per essere presenti sulla piattaforma di base.

L’art. 6, del DMA, stabilisce, inoltre, taluni obblighi supplementari. Tale seconda disposizione precisa che questi obblighi sono suscettibili di essere ulteriormente specificati da parte della Commissione ovvero dell’autorità antitrust competente. A differenza delle ipotesi previste dalla prima disposizione, l’art. 6 contempla solo condotte *escludenti*.

Le disposizioni ora menzionate appaiono, per la verità, assai singolari. Ad un’analisi più attenta, talune delle ipotesi si configurano verosimilmente come specificazioni di obblighi incombenti alle imprese che risultano già desumibili da altre normative europee di carattere generale. Da questo punto di vista, si ha, infatti, l’impressione che il legislatore europeo abbia solo indicato quali obblighi *preventivi* quelle che, in realtà, rappresentano abituali violazioni della concorrenza ovvero del regolamento sulla tutela dei dati personali.

Tale connessione è particolarmente evidente allorché si tratta di obblighi evidentemente desunti da precedenti desumibili dalla giurisprudenza ovvero dalla prassi della Commissione europea. In tale ambito possono verosimilmente ricomprendersi: i) l’obbligo incombente al *Gatekeeper* di non confondere i dati propri con quelli ricavati da altre attività offerte dal medesimo soggetto (art. 5, lett. a, del *Digital Markets Act*)³¹; ii)

³¹ Questo caso presenta evidenti analogie con il caso *Facebook – Whatsapp*. Nella specie, secondo i termini di utilizzo, Facebook poteva combinare i dati degli utenti ricavabili da altri servizi, oggetto di precedenti operazioni di concentrazioni, quali Instagram e WhatsApp. Secondo l’autorità della concorrenza tedesca, tale prassi costituiva sia una violazione della privacy, sia, al contempo, una violazione delle norme sulla concorrenza. Ovvero, detto in altri termini, una violazione delle norme antitrust che si concretizzava, di fatto, in un abuso delle norme sulla tutela dei dati personali (decisione n. B6-22/16, del 6 febbraio 2019, la decisione è consultabile [online](#)). Il ricorso in primo grado venne respinto e la decisione del Bundeskartellamt confermata (OLG Düsseldorf - Beschluss vom 26. August 2019 – VI-Kart 1/19 (V),

l'obbligo di consentire ai terzi di offrire gli stessi prodotti a condizioni diverse da quelle previste dal *gatekeeper* (art. 5, lett. *b*, della proposta DMA)³²; *iii*) il divieto di creare dei legami tra i vari servizi offerti dall'operatore (art. 5, lett. *f*, della proposta: c.d. *tying clauses*)³³; *iv*) l'obbligo del *gatekeeper* di permettere agli utenti finali di disinstallare il software preinstallato per accedere alla piattaforma (art. 6, lett. *b*, della proposta)³⁴; *v*) il divieto di introdurre meccanismi che determinano una preferenza degli utenti finali per i prodotti sviluppati autonomamente dal *gatekeeper*, nel caso in cui sulla medesima piattaforma siano rinvenibili prodotti di terzi potenzialmente concorrenti (art. 6, lett. *d*, della proposta)³⁵.

Più limitate appaiono, invece, le analogie tra la proposta in esame ed il regolamento sulla protezione dei dati personali. In questo caso, l'aspetto che presenta maggiori analogie è rappresentato dall'obbligo imposto al *gatekeeper* di garantire la portabilità dei dati personali (art. 6, lett. *h*, della proposta). In concreto, si tratta di un obbligo già desumibile dall'analoga previsione di cui agli artt. 20, del regolamento 2016/679 sulla tutela dei dati personali, e 6 del regolamento 2018/1807, sulla circolazione dei dati non personali³⁶: si tratta, pertanto, di una previsione già vigente nell'ordinamento europeo ed

Wettbewerb in Recht und Praxis, 2019, 1333). Il Bundesgerichtshof ha, del pari, respinto l'impugnazione e confermato la decisione dell'Autorità garante, ma ne ha modificato la motivazione. Secondo la Corte federale, infatti, il problema era rappresentato dalla restrizione della possibilità di scelta degli utenti (v. il comunicato stampa Bundesgerichtshof bestätigt vorläufig den Vorwurf der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch Facebook, del 23.6.2020, reperibile [online](#)).

³² Questa a previsione è tratta dal caso *Expedia e Booking*. A seguito della denuncia di un'associazione di albergatori, l'autorità garante della concorrenza francese ha sanzionato il comportamento di taluni portali di soggiorni alberghieri, per la prassi di imporre agli albergatori che offrivano le proprie stanze sulla piattaforma l'obbligo di non praticare prezzi e condizioni diverse (c.d. clausole di parità o *MFN-Most favoured Nation Clause*): v. la *Décision n° 19-D-23 du 10 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne*, reperibile [online](#). Sul tema, v. P. MANZINI, *Le restrizioni verticali al tempo di internet*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, p. 289 ss., par. 7; S. MAKRIS, *Antitrust Governance in an Era of Rapid Change*, in B. LUNDQVIST, M.S. GAL (eds.), *Competition Law for the Digital Economy*, Cheltenham, UK, 2019, p. 325 ss., p. 353 ss.

³³ Tale divieto è evidentemente ricavabile dagli articoli dall'art. 101, lett. *e*) e 102, lett. *d*, TFUE.

³⁴ La disposizione di cui all'art. 6, lett. *b*), DMA, è chiaramente desunta dalla decisione della Commissione europea nel caso *Google-Android* (18 luglio 2018, [caso COMP/AT.40099](#)), nella quale la Commissione europea ha qualificato come abusiva l'imposizione di Google ai produttori di dispositivi che usavano Android come sistema operativo di preinstallare Google Search e Google Chrome, come prerequisito per ottenere, al contempo, anche la licenza di uso di Play Store, che costituisce il portale attraverso il quale gli utenti di tale sistema operativo possono acquisire le app necessarie a garantire un'efficiente utilizzazione dei propri dispositivi mobili. Sul caso v. P. MANZINI, *Prime riflessioni sulla decisione Google Android*, in *Eurojus.it*, 11 settembre 2018, reperibile [online](#).

³⁵ Si tratta di una previsione che trae evidentemente spunto dal caso *Google Search (Shopping)*, nel quale la Commissione europea ha sanzionato Google perché il motore di ricerca collocava i prodotti offerti dal proprio servizio di vendita in cima alla lista, mentre i prodotti dei concorrenti si trovavano solo in terza e quarta pagina. La decisione della Commissione è stata impugnata davanti al Tribunale e la causa è ancora pendente ([causa T-612/17, Google e Alphabet c. Commissione](#)).

³⁶ La distinzione tra le due previsioni menzionate nel testo è determinata dalla natura dei dati dei quali viene garantita la portabilità. I dati oggetto del regolamento 2016/679 sono i dati personali, che consentono di individuare l'utente che li ha generati. L'oggetto del regolamento 2019/1807 sono, invece, i dati anonimi: ovvero proprio quelli normalmente impiegati nell'ambito dei c.d. *big data* e che sono

autonomamente applicabile nel caso in cui la piattaforma in posizione dominante sia, al contempo, qualificabile come responsabile del trattamento (come avverrà nella maggior parte delle ipotesi).

L'impressione di una sorta di sovrapposizione tra i vari settori normativi dell'ordinamento dell'Unione europea, risulta d'altro canto ulteriormente rafforzata, laddove si prenda in considerazione il fatto che tutti e tre gli strumenti normativi che stabiliscono specifici rimedi procedurali in ognuno dei settori in esame (rispettivamente, il DMA, da un lato ed i regolamenti 1/03 e 2016/679, dall'altro³⁷) prevedono, nella sostanza, analoghi poteri di indagine e simili poteri sanzionatori.

Più dettagliatamente: l'autorità di controllo, in tutti e tre i sistemi normativi considerati, può richiedere informazioni nell'ambito di un'analisi del settore³⁸, richiedere informazioni all'impresa sottoposta alle indagini³⁹ ovvero effettuare accertamenti *in loco*⁴⁰.

Del pari, profonde somiglianze sussistono tra il potere sanzionatorio riconosciuto alle autorità competenti nei medesimi tre sistemi normativi. In tutti i casi le autorità di controllo dispongono del potere di imporre misure provvisorie⁴¹; possono accettare ovvero imporre impegni⁴²; erogare sanzioni⁴³, di importo variabile dall'1% (in ipotesi di violazione dei soli obblighi di carattere procedurale), al 4% (irrogabile per gravi violazioni della privacy: es.: mancata richiesta del consenso), fino ad arrivare al 10% del fatturato complessivo di una determinata impresa (in caso di gravi violazioni della concorrenza, ovvero di mancato rispetto degli impegni o di mancata ottemperanza alle misure provvisorie). In altri termini, il dubbio che si pone legittimamente all'interprete è che vi sia una duplicazione di poteri di indagine e di quelli sanzionatori in capo a diverse autorità competenti, anche in presenza di illeciti a carattere unitario, laddove questi, per la loro particolare natura, rientrino nel campo di applicazione sia della normativa antitrust, sia di quella posta a tutela della privacy, sia del *Digital Markets Act*.

4. Il rapporto intercorrente tra il *Digital Markets Act* e la normativa sulla concorrenza.

suscettibili di sfruttamento commerciale (v. G.M. RUOTOLO, *Scritti di diritto internazionale ed europeo dei dati*, Bari, 2021, pp. 160-162).

³⁷ Oltre alla proposta denominata *Digital Markets Act*, gli altri testi normativi ai quali facciamo riferimento nel testo sono il [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, ed il citato reg. 2016/679, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali.

³⁸ V. art. 17 reg. 1/03; art. 15 DMA.

³⁹ V. art. 18 reg. 1/03; art. 58, par. 1, lett. a, reg. 2016/679; art. 19 DMA.

⁴⁰ Art. 20 reg. 1/03; art. 58, par. 1, lett. e-f, reg. 2016/679; art. 21 DMA.

⁴¹ Art. 8 reg. 1/03; art. 58, par. 2, lett. a-c, reg. 2016/679; art. 22 DMA.

⁴² Art. 9 reg. 1/03; art. 23 DMA.

⁴³ Art. 23 reg. 1/03; art. 83, reg. 2016/679; art. 26 DMA.

Date le sovrapposizioni rilevate tra i vari settori normativi dell'ordinamento europeo sopra rilevati, risulta fondamentale accertare quali siano i rapporti tra i tre sistemi normativi. Perché è evidente che se sussiste una sovrapposizione tra i vari sistemi, potrebbe accadere che le sanzioni irrogate nell'ambito di un sistema escludano un analogo potere da parte delle autorità competenti in un altro ambito⁴⁴.

Il DMA è abbastanza laconico sul punto. Esso si limita, infatti, a precisare che il regolamento si applica senza pregiudizio delle norme sulla concorrenza⁴⁵; ovvero che lo stesso è complementare rispetto alle norme sulla tutela dei dati personali⁴⁶.

È bene chiarire che le ipotesi nelle quali, in relazione ad una medesima fattispecie, si possano applicare tutti e tre i sistemi normativi sopra indicati appare, invero, alquanto remota. Si potrebbe in astratto ipotizzare, che talune violazioni della normativa antitrust determinino, a propria volta, una lesione dei dati personali, come potrebbe avvenire nel caso in cui taluni problemi anticoncorrenziali discendano proprio dall'acquisizione di un concorrente che, nel proprio "patrimonio", possiede un'estesa massa di dati. In questo caso, se la piattaforma incorporante procede ad incrociare i dati presenti su entrambi i *network*, senza avere previamente avvisato gli utenti dell'una e dell'altra piattaforma, potrebbe verosimilmente porre in essere sia un comportamento anticoncorrenziale, sia una violazione della normativa posta a protezione della *privacy*, sia, infine, una violazione del disposto dell'art. 6, par. 1, lett. a), DMA⁴⁷. In questo caso, cosa dovrebbero fare le autorità competenti per l'applicazione dell'uno e dell'altro strumento normativo (che, nell'ipotesi ora formulata, sarebbero la Commissione – o l'autorità garante della concorrenza nazionale –, per quanto riguarda l'applicazione della normativa antitrust; la Commissione, nel caso del DMA; e l'autorità garante della protezione dei dati all'interno dell'ordinamento nazionale coinvolto)?

In via preliminare vale la pena di precisare che i rapporti tra le diverse fonti regolatorie non appaiono risolvibili con i consueti criteri ermeneutici, i quali, d'altro canto, forniscono elementi contraddittori. Se da un lato, infatti, nella prospettiva della Commissione, il DMA è destinato a divenire una fonte regolamentare – pertanto subordinata agli artt. 101 e 102 TFUE – dall'altro è agevole osservare che lo stesso rappresenta una fonte speciale, quindi ipoteticamente destinata a prevalere sui

⁴⁴ Non è per la verità certo che il principio del *ne bis in idem* si estenda anche alle sanzioni amministrative. Esso è, infatti, espressamente previsto dall'art. 50, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, come un solo in riferimento alla materia penale. Secondo le [Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali](#), il principio farebbe già autonomamente parte del diritto dell'Unione europea.

⁴⁵ Considerando n. 9; art. 1, par. 6, DMA.

⁴⁶ Considerando 11, DMA.

⁴⁷ Come potrebbe accadere nel caso *Facebook-WhatsApp*, laddove si seguisse l'impostazione del *Bundeskartellamt* (*supra*, nt. 39). In generale, le autorità competenti tendono a distinguere i profili di lesione della concorrenza da quelli di tutela dei dati personali, senza che si determini un assorbimento dei due diversi aspetti, i quali, appunto attengono alla protezione di beni giuridici diversi (V. L. CALZOLARI, *International and EU Enforcement in the Age of Big Data*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2017, p. 855, par. IV).

regolamenti 1/03, relativo all’applicazione delle norme antitrust e 2016/679, sulla tutela dei dati personali.

Per la verità, il principio di specialità non appare – in questa specifica ipotesi – risolutivo. Secondo la nostra opinione, la soluzione del problema dipende, infatti, dalla visione che riteniamo più confacente della regolamentazione europea sui mercati digitali.

Al riguardo, è opportuno avvertire che, nonostante una formulazione sostanzialmente simile delle norme antitrust nell’Unione europea e negli Stati Uniti d’America, un analogo problema tenderebbe a non porsi oltreoceano⁴⁸. Innanzitutto perché in quel sistema è la stessa autorità che regola la concorrenza che, al contempo, tutela i consumatori e, in parte, i dati personali degli utenti⁴⁹. In questo ordinamento, pertanto, la stessa autorità può modulare il proprio potere sanzionatorio a seconda della gravità della violazione dei dati, della mancanza di innovazione in un determinato settore indotta da quel particolare comportamento abusivo, nonché della posizione dominante occupata dalla piattaforma che ha posto in essere l’illecito sullo specifico mercato di riferimento. In questo caso, infatti, l’autorità garante della concorrenza statunitense, verosimilmente, adotterà sanzioni lievi nell’ipotesi in cui la violazione della privacy sia di scarso rilievo e se la percentuale di mercato detenuta dalla piattaforma sia di dimensioni contenute. Viceversa, essa irrognerà sanzioni pesanti, fino ad arrivare a veri e propri rimedi strutturali (quali potrebbero essere la separazione delle società che gestiscono i diversi programmi software o tra i diversi rami operativi di una medesima piattaforma), nell’ipotesi in cui il danno arrecato allo sviluppo del mercato sia profondo e tendenzialmente irreversibile⁵⁰.

Diversamente dall’approccio statunitense, quello europeo si configura, piuttosto, come di carattere “sistemico”, dal momento che esso è articolato in una pluralità di regolamentazioni, ognuna caratterizzata da una propria finalità specifica.

Questo aspetto è evidente per quanto concerne la normativa antitrust. L’ordinamento statunitense è, infatti, ispirato ad un maggiore liberismo, nel senso che tutto ciò che non è espressamente regolamentato, è rimesso al mercato e allo spirito imprenditoriale dei singoli. Nell’ordinamento dell’Unione europea, al contrario, la

⁴⁸ Non si intende qui prendere posizione sulla questione della validità della tesi, mai del tutto sconfitta, propugnata dai c.d. *Hipster Antitrust*, secondo la quale l’antitrust non dovrebbe occuparsi solo del benessere del consumatore, ma dovrebbe porsi anche altri obiettivi (quali, in particolare, il potere di mercato). Sul tema v. J.D. WRIGHT, E. DORSEY, J. RYBNICEK, J. KLICK, *Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust*, in *Arizona State Law Journal*, 2019, p. 293 ss.; H.J. HOVENKAMP, *Is Antitrust’s Consumer welfare Principle Imperiled?*, University of Pennsylvania Law School, Research paper No. 18-15, 2019, p. 3 ss.

⁴⁹ Si tratta, nella specie, della *Federal Trade Commission*. Sul tema della tutela della privacy da parte dell’autorità normalmente competente per l’applicazione delle norme anticoncorrenziali, v. C.J. HOOFNAGLE, *Federal Trade Commission Privacy Law and Policy*, Cambridge, 2016, secondo il quale il ruolo della FTC si sarebbe evoluto, nel corso degli anni, da guardiano del potere di mercato, a controllore del rispetto della privacy.

⁵⁰ Come i procuratori dei vari Stati federati sembrerebbero ora intenzionati a fare nel *complaint* contro Google (v. *State of Colorado et al. vs. Google*, 17 dicembre 2020, consultabile [online](#)).

funzione delle regole antitrust, un tempo concepita in funzione essenzialmente integrazionista, ora assolve essenzialmente allo scopo di contenere il potere di mercato, al fine di evitare che determinate aziende acquistino un ruolo eccessivamente preponderante e, in un certo senso, finiscano per sostituirsi al legislatore, stabilendo in via autonoma le regole di accesso ad un determinato mercato⁵¹.

Al contrario, la tutela della *privacy* serve per tutelare gli individui e i loro dati personali. Ovviamente non perché si possa loro riconoscere un diritto di proprietà del singolo utente sui dati prodotti attraverso la navigazione sul *web*⁵², ma nel senso che ogni individuo può sempre opporsi al trattamento e alla profilazione ovvero chiedere la cancellazione dei dati personali che lo riguardano⁵³.

Il DMA, dal canto suo, serve per intervenire con una regolazione *ex ante*, di modo che il commercio online non sia dominato solo da talune piattaforme, che di fatto restringono, con la loro stessa esistenza, la competizione e deprimono l'innovazione. In questo modo, il legislatore dell'Unione europea, con l'adozione di detto atto normativo, intende passare dall'*enforcement* della normativa antitrust, alla regolamentazione del settore.

Se queste riflessioni sono corrette, è necessario affermare che i tre gruppi normativi individuati (antitrust, *privacy*, DMA) rispondono a logiche divergenti.

In questo contesto, sembra logico affermare che non intercorre alcun rapporto di sovrapposizione tra i diversi settori normativi. Questo ci porta innanzitutto a dire che non sussiste alcun rapporto di *bis in idem* tra le varie procedure. Le indagini devono essere condotte per uno scopo specifico; gli elementi acquisiti nel corso dell'una non possono essere utilizzati anche per un'indagine di tipo diverso, perché altrimenti si incorrerebbe in violazioni di principi cardine del diritto dell'Unione europea, quali i diritti nella difesa ed il rispetto del principio del contraddittorio.

⁵¹ Il punto di svolta si può verosimilmente individuare nella relazione della Commissione sulla politica della concorrenza nel 2013 (*Relazione sulla politica di concorrenza 2013*, [COM\(2014\) 249 final](#) del 6 maggio 2014, p. 2). Si può infatti leggere nella relazione della Commissione sulla politica di concorrenza per il 2013 che: «la concorrenza svolge un ruolo cruciale nella promozione di fattori di crescita economica quali la produttività e l'innovazione. Ciò significa che la politica di concorrenza, che intensifica la concorrenza, stimola la crescita. Ciò vale per tutti gli strumenti della politica di concorrenza: l'applicazione della normativa antitrust può *contrastare i tentativi delle imprese dominanti di tenere nuovi operatori lontani dal mercato, impedendo loro di competere efficacemente* e può creare le condizioni per una riduzione dei prezzi dei fattori produttivi per l'industria UE; il controllo delle concentrazioni può mantenere i mercati aperti ed efficienti (...). Inoltre, la concorrenza e la politica di concorrenza sono parte integrante delle condizioni generali necessarie affinché *prosperi l'innovazione*. Esse incentivano le imprese innovative e quelle di nuova costituzione, incoraggiano le aziende a diventare più efficienti e promuovono la concessione di sovvenzioni destinate a *stimolare la R&S e l'innovazione*» (corsivi aggiunti).

⁵² Per la disamina critica della tesi che tende a ravvisare un diritto di proprietà del singolo utente sui propri dati personali v. J. CIANI, *Property Rights Model v. Contractual Approach: How Protecting Non-Personal Data in Cyberspace?*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2017, p. 831, spec. parr. 7 e 8.

⁵³ V., rispettivamente, M. FRAIOLI, *Il diritto di opposizione e la revoca del consenso*, e A. BERTI SUMAN, *Il diritto alla cancellazione*, entrambi pubblicati in R. PANETTA (a cura di), *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole del mercato*, Milano, 2019, pp. 239 ss. e 199 ss.

Ne consegue, inoltre, che non vi è alcuna sovrapposizione nell’applicazione delle sanzioni. Se così è, nella rara ipotesi in cui una determinata impresa (che sia, al contempo, una piattaforma dominante) ponga in essere, con un unico comportamento, una violazione di tutti e tre i settori normativi, dovremmo giungere alla conclusione che ogni autorità possa, nei limiti dei rispettivi regolamenti attributivi del potere, irrogare le proprie sanzioni.

L’assenza di sovrapposizioni logiche e normative determina quindi l’ulteriore conseguenza che, nella rara ipotesi in cui con un unico comportamento la piattaforma dominante sia incorsa in violazione di tutti e tre i settori normativi, le sanzioni applicabili per effetto della normativa antitrust si possono – in punto di fatto – sommare a quelle applicabili per violazione del regolamento sulla protezione dei dati, che, a propria volta si possono aggiungere agli obblighi supplementari imposti ai colossi del *web* dal legislatore. Con la conseguenza che potremmo arrivare a comminare ad una determinata piattaforma sanzioni che, nel loro complesso, ammontano addirittura il 24% del fatturato globale dell’impresa: quindi, una cifra di assoluto rilievo, che risulta di entità tale da scoraggiare effettivamente finanche un’impresa di grandi dimensioni, quali sono oggi i giganti del mondo digitale, a porre in essere comportamenti abusivi e che, verosimilmente, consente di porre un freno allo strapotere di queste multinazionali.

Se così stanno le cose, si dovrebbe concludere che l’introduzione di una regolamentazione applicabile *ex ante*, quale quella contenuta nel DMA, avrebbe finanche una finalità intimidatoria, in modo tale da prevenire concretamente gli illeciti e favorire effettivamente lo sviluppo dell’innovazione e la nascita di un effettivo mercato digitale europeo.

ABSTRACT: I mercati digitali presentano caratteristiche molto peculiari, che ne hanno determinato una struttura fortemente oligopolistica. Questo assetto ha, fino a questo momento, prodotto diverse conseguenze dannose, sia sul funzionamento del mercato che sullo sviluppo di nuove imprese e nuovi prodotti. In questo contesto, diversi Stati hanno cercato di contrastare il fenomeno attraverso l'intervento delle autorità antitrust. Tuttavia, al momento, i tentativi sembrano non aver prodotto gli effetti sperati. L'approccio ora tentato dalla Commissione europea, che sta cercando di introdurre una specifica regolamentazione *ex ante* delle piattaforme online, fa sperare in una parziale soluzione del problema. La proposta non appare, tuttavia, molto chiara su una questione cruciale, che è il rapporto della stessa con la normativa antitrust. A parere dell'Autore, il *Digital Markets Act* deve essere considerato come una fonte di diritto complementare, il che significa che gli obblighi previsti al suo interno devono sommarsi agli obblighi previsti dagli artt. 101 e 102 TFUE.

PAROLE CHIAVE: concorrenza nei mercati digitali; piattaforme digitali; tutela dei dati personali; *Digital Markets Act*.

The European Commission's Proposal for a Digital Markets Act

ABSTRACT: *Digital markets present very peculiar characteristics, which have determined a strongly oligopolistic structure of the market. This structure has produced several harmful consequences, both on the functioning of the market and on the development of new businesses and new products. In this context, several States have tried to tackle the phenomenon through the intervention of the antitrust authorities. However, at the moment, the attempts do not seem to have produced the desired effects. In this context, the approach now attempted by the European Commission, which is trying to introduce specific ex ante regulation of online platforms, gives hope for a partial solution to the problem. The proposal is not very clear on a crucial matter, which is the relationship between the proposal itself and the antitrust rules. According to the opinion of the Author, the Digital Markets Act must be regarded as a complementary source of law, which means that the obligations provided within should add up to the obligations provided for by Articles 101 and 102 TFEU.*

KEYWORDS: *Antitrust Law in Digital Markets; Digital Platforms; Privacy; Digital Markets Act.*