



Papers di
**DIRITTO
EUROPEO**

www.papersdidirittoeuropeo.eu
ISSN 2038-0461

2023, n. 2

DIRETTORE RESPONSABILE

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

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, "Alma Mater Studiorum" 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** (Ordinario 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 f.r. di Diritto internazionale, Università di Messina); **Lorenzo Schiano di Pepe** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova); **Alessandra Silveira** (Profesora Asociada e Directora 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, Università di Verona); **Michele Vellano** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Torino).
Segretario: **Caterina Fratea** (Associato di Diritto dell'Unione 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** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, "Alma Mater Studiorum" 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, "Alma Mater Studiorum" 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, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Silvia Marino** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università dell'Insubria); **Emanuela Pistoia** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo); **Francesca Ragno** (Ordinario di Diritto internazionale, "Alma Mater Studiorum" Università di Bologna); **Carola Ricci** (Associato di Diritto internazionale, Università di Pavia); **Giulia Rossolillo** (Ordinario di Diritto dell'Unione europea, 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** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno); **Cinzia Peraro** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Bergamo); **Federica Persano** (Ricercatore di Diritto internazionale, Università di Bergamo); **Angela Maria Romito** (Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Bari "Aldo Moro"); **Sandra Winkler** (Associato di Diritto della famiglia, Università di Rijeka).

RESPONSABILE DI REDAZIONE

Isolde Quadranti (Documentalista, Centro di documentazione europea, Università di Verona).

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

Non sono sottoposti a referaggio esclusivamente i contributi di professori emeriti, di professori ordinari in quiescenza e di giudici di giurisdizioni superiori e internazionali.

Fascicolo 2023, n. 2

INDICE

Stefano Armellini, Bruno Barel <i>La proposta di regolamento europeo in materia di filiazione e il problema del riconoscimento dello status filiationis in situazioni transfrontaliere</i>	1
Ruggiero Cafari Panico <i>L'intreccio apparentemente inestricabile degli effetti riflessi ed orizzontali: la saga dell'addizionale all'accisa sull'energia elettrica</i>	41
Giovanna Ligugnana <i>Agenzie europee, reti e tutela dell'ambiente</i>	95
Danijela Vrbljanac <i>Regulation 2016/1103 on matrimonial property regimes in Croatian courts: an assessment after nearly five years of application</i>	119
Michele Migliori <i>Alcune riflessioni a margine della sentenza Unilever Italia, con particolare riferimento alla nozione di singola entità economica: un'estensione del principio anche al di là dell'art. 101 TFUE?</i>	141
Relazioni a convegni	
Ruggiero Cafari Panico <i>Il DMA nel prisma della strategia digitale dell'UE: la scelta europea e la competizione fra sistemi</i>	159

Il DMA nel prisma della strategia digitale dell'UE: la scelta europea e la competizione fra sistemi

Ruggiero Cafari Panico*

SOMMARIO: 1. La scelta europea nella disciplina del mercato e dei servizi digitali: il ruolo dei valori fondanti dell'UE. – 2. Motivi ispiratori del DMA nel contesto della strategia globale dell'Unione. Connotazioni innovative e interessi giuridici tutelati: il coordinamento con le diverse regolamentazioni di settore. – 3. Il continuo confronto con gli Stati Uniti in una prospettiva di cooperazione. – 4. Prospettive evolutive.

1. La scelta europea nella disciplina del mercato e dei servizi digitali: il ruolo dei valori fondanti dell'UE.

Sono da poco trascorsi cinque anni da quando, il 25 maggio 2018, è entrato in vigore il regolamento generale sulla protezione dei dati (RGPD, anche GDPR nell'acronimo inglese)¹; il 2 maggio 2023 è iniziata l'applicazione del *Digital Markets Act* (DMA)², decorsi sei mesi dal 1° novembre 2022, data della sua entrata in vigore. Il *Digital Services Act* (DSA) è in vigore dal 16 novembre 2022, ma attende di divenire applicabile³, mentre l'*iter* di approvazione della proposta di regolamento sulla intelligenza artificiale⁴ pare

Il presente contributo rielabora, con gli opportuni aggiornamenti e le necessarie modifiche, la relazione presentata il 9 giugno 2023 in occasione della conferenza «Concorrenza e regolamentazione nei mercati digitali. Lo stato dell'arte dopo l'entrata in vigore del *Digital Market Act*», organizzata dall'Università Bocconi e da ICC Italia.

* Professore ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano.

¹ [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).

² [Regolamento \(UE\) 2022/1925](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2022, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

³ [Regolamento \(UE\) 2022/2065](#) del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali), entrato in vigore il 16 novembre 2022, ma applicabile decorsi quindici mesi (17 febbraio 2024). Il regolamento va a ridefinire le regole delle piattaforme *online* in particolare modificando la direttiva *e-commerce* ([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), principale riferimento per la responsabilità dei fornitori di servizi digitali. Si tratta di una disciplina orizzontale incentrata appunto su questioni quali la responsabilità degli intermediari *online* per i contenuti di terze parti, la sicurezza degli utenti *online* o gli obblighi asimmetrici in materia di dovere di diligenza per i diversi fornitori di servizi della società dell'informazione, in funzione dei rischi che tali servizi rappresentano per la società.

⁴ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, [COM\(2021\) 206 final](#) del 21 aprile 2021.

prossimo alla conclusione. Intanto il livello di scontro con le grandi piattaforme tecnologiche statunitensi sul trasferimento dei dati in quel paese si è nuovamente innalzato e, soprattutto, i fronti di battaglia si moltiplicano, investendo l'ambito fiscale, e si surriscaldano, anche per la recente decisione, di fine maggio, di Twitter di non aderire più al codice di condotta contro la disinformazione, in linea con gli obiettivi del DSA. Incerte erano divenute così le prospettive di accordo, ora infine raggiunto, tra l'Unione e l'amministrazione Biden in un contesto mondiale dove il declino definitivo dell'idea di globalizzazione rende ancora più arduo il conseguimento della sovranità digitale europea e sempre più serrato invece il confronto fra regolamentazione ed *enforcement*, tra competenze accentrate nella Commissione e autonomia delle autorità nazionali, fra diritti (e valori) del cittadino dell'Unione e interessi (economici) del mercato.

L'odierna giornata di studio offre pertanto la possibilità di una riflessione sulla disciplina complessiva del mercato digitale quale si è venuto delineando in questi anni a seguito dell'intervento del legislatore europeo. Lo sviluppo di iniziative legislative dell'Unione europea in settori nello spazio digitale propri della vita di relazione reale pone degli interrogativi in ordine alle risposte giuridiche che provengono dalla stessa Unione, sul piano sia internazionale sia interno all'Unione stessa. Quanto al primo, da tempo l'Unione sta propugnando una strategia volta all'affermazione della propria sovranità digitale, intesa come capacità di determinare autonomamente le proprie norme e la capacità di agire di conseguenza⁵. Le conseguenze del COVID-19 hanno contribuito a rendere centrale il tema della dipendenza dai dati, dalla stabilità dei *network* e, più in generale, dalla digitalizzazione. Posta dalla presidente Ursula von der Leyen fra i temi qualificanti l'azione della Commissione⁶, la sovranità tecnologica nel settore digitale è oggetto di un vivace dibattito, che ha avuto come oggetto i diversi interventi legislativi nel settore digitale, tra cui, da ultimo, il DSA e DMA. Ci si chiede, dunque, in particolare, se trattasi di mera regolamentazione o del profilarsi di un diverso disegno ordinamentale destinato a divenire uno degli assi portanti della sempre più stretta integrazione fra gli Stati membri, con l'adozione di soluzioni in linea con i principi e i valori fondanti dell'Unione. Diversi indicatori inducono a ritenere che la dichiarata sovranità digitale rappresenti non una mera regolamentazione, ma una configurazione identitaria, volutamente diversa da quella degli altri Stati della comunità internazionale, che sottende un modello europeo di *Internet governance*⁷, risultato di un diverso modo di atteggiarsi dell'Unione nei rapporti sia con gli Stati membri sia con i paesi terzi, dove sempre più

⁵ C. POLITO, *La governance globale dei dati e la sovranità digitale europea*, in *IAI Papers*, marzo 2021, pp. 1-11, reperibile [online](#).

⁶ U. VON DER LEYEN, *Un'Unione più ambiziosa. Il mio programma per l'Europa*, p. 14 ss., reperibile [online](#); e, da ultimo, discorso della Presidente von der Leyen sullo stato dell'Unione, 13 settembre 2023, reperibile [online](#).

⁷ M. SANTANIELLO, *Sovranità digitale e diritti fondamentali: un modello europeo di Internet governance*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2022, n. 1, pp. 47-51, reperibile [online](#).

marcata appare la configurazione identitaria europea. Nel nuovo ecosistema che si è sviluppato nel mondo digitale si assiste, peraltro, ad una progressiva erosione della sovranità degli Stati a favore, da un lato, in specie dell'UE, e, dall'altro dei c.d. «baroni del *web*». In questa sorta di neofeudalesimo digitale la sfida diviene quella sulle regole in cui i valori fondanti dell'Unione si traducono⁸. In tale spazio l'Unione europea svolge, o almeno aspirerebbe a svolgere, il ruolo di regolatore universale⁹, quale portatore dei valori fondamentali¹⁰, la cui promozione e conseguente tutela vengono poste al centro di una regolamentazione che, per effetto del suo riconosciuto carattere extraterritoriale¹¹.

Nel promuovere questo cambiamento sistemico l'Unione si scontra sul piano operativo con evidenti problematicità quali, da un lato, la dipendenza europea da tecnologie e servizi esteri e l'inadeguatezza degli investimenti finora effettuati e, dall'altro, il potere negoziale di cui godono i giganti statunitensi e cinesi del *high tech*. Il mercato digitale, nelle sue diverse declinazioni, è il terreno di scontro e le grandi piattaforme digitali sono ancora una volta, con il DMA, le controparti con cui fare i conti.

La sfida è a tutto campo e se il *soft power*, inteso quale forza dell'esempio (c.d. effetto *Brussels*), è lo strumento principale¹² col quale l'Europa intende far valere i suoi valori, l'efficacia extraterritoriale delle sue norme ne è il necessario corollario. Ancora una volta, peraltro, il parametro della protezione dei dati personali (genericamente *privacy*)¹³ assume ad elemento di differenziazione fra i diversi approcci, anche se sullo sfondo, come avrò modo ancora di osservare, assume una rilevanza sempre maggiore la spinta alla ricerca di forme di cooperazione transatlantica nei confronti del problema rappresentato dalla presenza cinese in un mercato digitale che risente, al pari di altri, della crisi della idea di globalizzazione.

⁸ R. CAFARI PANICO, *Le imprese multinazionali, la protezione dei dati nello spazio cibernetico e l'efficacia extraterritoriale del diritto dell'Unione europea*, in *Papers di diritto europeo*, 2021, n. 1, pp. 7-44, reperibile [online](#).

⁹ *Ivi*, p. 9. Vedi anche R. CAFARI PANICO, *L'identità digitale quale diritto del cittadino dell'Unione, fra tutela dei dati personali e concorrenza*, in AA.VV., *Tem e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, pp. 815-840.

¹⁰ In tal senso, Parlamento europeo, Consiglio, Commissione europea, [Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale](#), 23 gennaio 2023. Sulla interazione tra l'evoluzione dello spazio digitale dell'Unione e l'art. 2 TUE, F. FERRI, *Transizione digitale e valori fondanti dell'Unione: riflessioni sulla costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2022, pp. 277-326.

¹¹ Da intendersi, alla luce della giurisprudenza *Schrems* formatasi nell'ambito della pronuncia della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 6 ottobre 2015, [causa C-362/14](#), EU:C:2015:650, sia come applicazione anche al di fuori dei confini territoriali dell'Unione, ogniqualvolta sussista un possibile nesso che lo giustifichi sia come valutazione dell'adeguatezza del livello di protezione previsto dalla legislazione e dalle pratiche in vigore in un paese terzo: R. CAFARI PANICO, *Le imprese multinazionali*, cit., p. 34 ss.; C. PERARO, *Protezione extraterritoriale dei diritti: il trasferimento dei dati personali dall'Unione europea verso Paesi terzi*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2021, pp. 666- 691, reperibile [online](#).

¹² R. CAFARI PANICO, *Le imprese multinazionali*, cit., p. 11.

¹³ C. PERARO, *Quando la violazione della privacy costituisce un illecito antitrust: quali rimedi nell'ordinamento UE?*, in *Eurojus*, 2023, n. 3, pp. 50-79, p. 50, reperibile [online](#).

La narrativa della sovranità digitale europea acquista così connotazioni nuove in un mutato quadro internazionale, facendo sorgere interrogativi sulla presunta ambiguità della politica digitale dell'UE, sospesa tra regolamentazione ed *enforcement*, tra una normativa sviluppata in maniera trasparente ed equamente applicata e un approccio centrato su azioni legali e coercitive, tra la garanzia del buon funzionamento del mercato interno e la promozione della crescita delle sue imprese e la tutela dei valori sanciti nei trattati. Il DMA è la più recente, ma non certamente l'ultima, manifestazione di questo sforzo di conciliare la affermazione dei valori e la salvaguardia del mercato e delle sue regole. Di qui l'ambiguità dell'azione del legislatore europeo incerto nel definire le modalità con cui i due piani di tutela si intersecano e concorrono tra loro in un rapporto di apparente reciproca complementarità.

Ambiguità che emergerebbero in tutta la loro evidenza ove si considerasse il piano interno, ovvero la disciplina del mercato digitale tra i paesi membri, arricchitosi dei due strumenti DSA e DMA, ma ancora lungi dal trovare un assetto definitivo. È vero, infatti, che con l'accrescersi degli interventi di regolamentazione crescono parimenti i dubbi sull'approccio finora tenuto, largamente dipendente dalle soluzioni accolte in ambito concorrenziale, soggette ora di certo ad una rivisitazione, anche importante, ma rimaste immutate nella visione sottostante. Il cambiamento di prospettiva da *ex post* a *ex ante* e altre novità importanti introdotte, come l'accentramento del potere di *enforcement* in capo alla Commissione, si pongono sicuramente in una linea di mutamento, ma non risolvono la questione di fondo dei rapporti fra le diverse autorità competenti sia a livello europeo e nazionale sia in relazione ai diversi ambiti materiali di competenza in relazione al concorrere dei diversi interessi giuridici tutelati. Il tentativo di alcune autorità della concorrenza di rivendicare spazi di intervento, apparentemente loro sottratti col DMA, non fa che sottolineare un disagio di fondo che non potrà non riverberarsi, temo, in sede di attuazione delle nuove misure.

In realtà, in tutta la regolamentazione europea vi è una linea di coerenza, che la rende diversa da ogni altro sistema, rintracciabile proprio nella persistente ricerca di salvaguardare i valori identitari anche nel mercato digitale introducendo, come si avrà modo di rilevare, l'obbligo di rispetto della *privacy* come elemento specifico di valutazione del comportamento delle piattaforme al di là di quello che può essere l'effetto anticoncorrenziale.

Vi è sicuramente il rischio, cui accennavo con riguardo alla supposta ambiguità della strategia digitale dell'Unione, che la cifra valoriale accompagnandosi a quella concorrenziale finisca per creare per le imprese europee problemi concorrenziali, anziché eliminarli, segnando la loro debolezza in un mercato mondiale dove la crisi della globalizzazione pare favorire rapporti fondati più sulla forza economica, che su quella delle regole. Si può condividere o meno la scelta europea, che peraltro trova già correttivi nella crescente valutazione degli interessi strategici, ma quella dei diritti fondamentali

rappresenta e, a mio avviso, è opportuno continui a rappresentare la vera cifra distintiva dell'Unione quale comunità appunto di valori, senza ovviamente cadere nell'eccesso opposto di quello che Oreste Pollicino battezza come «novismo tecnologico»: vale a dire che lo «strumentario giuridico, anche quello relativo alla protezione dei diritti, debba essere rinnovato, se non stravolto, tutte le volte in cui una nuova tecnologia si affaccia all'orizzonte»¹⁴.

Alla base di tutto il percorso compiuto e ancora da compiere per l'Unione vi è la configurazione della identità digitale del cittadino dell'Unione che nasce dalla consapevolezza dell'Unione di come «il processo digitale non si può presentare circoscritto al solo ambito del mercato»¹⁵. In questa prospettiva anche il DMA si rivela come un superamento di un approccio che guardi all'utente come mero portatore di interessi economici e la cui tutela è circoscritta ai comportamenti abusivi sul piano concorrenziale, bensì quale titolare di situazioni giuridiche ben più ampie di cui l'identità digitale è il contenitore e che meritano un livello di protezione «per il solo fatto di entrare in contatto con il mondo virtuale»¹⁶. Più in generale, le iniziative legislative dell'Unione in tema di digitale, il DSA, il DMA e, in prospettiva, l'AIA (*Artificial Intelligence Act*) testimoniano il processo di ibridazione del mercato interno e dei valori: «essi muovono dalla premessa comune della necessità di proteggere i diritti fondamentali dei cittadini dell'UE e i principi di governance delle istituzioni europee». Su tali fondamenta viene costruita «una complessa architettura di poteri di controllo e sanzione che rende effettivi e azionabili le garanzie poste a difesa dei diritti e le limitazioni all'esercizio del potere digitale da parte di organismi statali e di corporation private»¹⁷. Quello cui si è assistito negli ultimi anni è un progressivo spostamento da una prospettiva economica di impronta liberale ad una più «costituzionale», con al centro i valori dell'Unione¹⁸. Il tutto non senza frizioni fra la protezione di tali valori e la libertà di mercato declinata in termini di concorrenza. Se dunque è vero, come evidenziato da Gabriella Muscolo nella sua odierna relazione, che senza *l'enforcement antitrust* non ci sarebbe stato il DMA e che senza di esso il DMA non potrebbe operare, è anche vero che dopo oltre cinque miliardi di sanzioni comminate, senza venire apparentemente a capo del problema, qualche domanda dobbiamo porcela.

¹⁴ G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, *La Costituzione ci tutela dalle novità della digitalizzazione. Diritto & Intelligenza artificiale*, in *IlSole24ore*, 6 maggio 2023, p. 13, reperibile [online](#).

¹⁵ F. BUONOMENNA, *Verso la «cittadinanza digitale» dell'Unione europea*, in A. DI STASI, M.C. BARUFFI, L. PANELLA (a cura di), *Cittadinanza europea e cittadinanza nazionale. Sviluppi normativi e approdi giurisprudenziali*, Napoli, 2023, pp. 595-613, spec. p. 613.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ M. SANTANIELLO, *Sovranità digitale e diritti fondamentali*, cit., p. 49.

¹⁸ O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *The Quest for Balancing Rights in the Digital age: Perspective from the Metaverse*, 27 aprile 2023, reperibile [online](#).

2. Motivi ispiratori del DMA nel contesto della strategia globale dell'Unione. Connotazioni innovative e interessi giuridici tutelati: il coordinamento con le diverse regolamentazioni di settore.

A tutti è noto quali siano le caratteristiche del mercato digitale, *species* del *genus* mercato interno e dunque specificazione del processo di integrazione, e quali siano le conseguenze della presenza di talune piattaforme, che si pongono come veri e propri *gatekeepers*, nel senso che stabiliscono esse stesse le condizioni per accedere a quel particolare mercato¹⁹. Altrettanto noto è il fatto che il fondamento del potere di mercato delle *Big Tech* sia il possesso di un numero sterminato di dati. È parso perciò naturale che nell'affrontare il problema si sia fatto riferimento alla disciplina della concorrenza, quale strumento potenzialmente idoneo a contrastare gli oligopoli. Si è però affermata ben presto la generale convinzione che le forze di mercato non siano in grado di correggere da sole i problemi di scarsa contendibilità e pratiche sleali nei mercati digitali e che occorresse rivedere le legislazioni esistenti, in particolare *antitrust*, o introdurre, come avvenuto, nuove regole che nell'affrontare tali fallimenti e nel limitare le conseguenze negative del potere economico e sociale delle grandi piattaforme *online* tenessero conto dei valori che costituiscono l'asse portante dell'Unione²⁰. Il DMA si pone così in una posizione di complementarità con gli artt. 101-102 TFUE e con il regolamento in materia di concentrazioni²¹, mirando a superare gli esistenti squilibri commerciali, le pratiche commerciali sleali dei *gatekeepers* e gli effetti negativi che ne conseguono, come la minore contendibilità dei mercati delle piattaforme²².

Tuttavia, una risposta meramente anticoncorrenziale ai problemi posti a diversi livelli e in differenti ambiti dalla attività delle piattaforme *online* è parsa subito insoddisfacente. Vi sono peculiarità, infatti, che rendono difficile già la mera trasposizione delle usuali categorie. Basti osservare che nell'economia digitale i servizi sono offerti con modalità gratuite, in quanto la concorrenza fra le imprese operanti nel settore non avviene sui prezzi, ma sui servizi offerti, in modo da acquisire il maggior numero di dati per poterli elaborare secondo le preferenze degli utenti. Lo stesso potremmo dire per la determinazione del mercato rilevante, per sua natura senza limiti territoriali e tendenzialmente mondiale, come pure, per la natura dinamica del mercato, per la stessa nozione di posizione dominante. Soprattutto, lo stesso intervenire *a posteriori*, proprio dei rimedi *antitrust*, è difficilmente compatibile con il funzionamento

¹⁹ G. CONTALDI, *Il DMA (Digital Market Act) può contribuire alla protezione dei dati degli utenti online?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, pp. 77-93, spec. p. 79.

²⁰ ASSONIME, *Circolare 9/2023 – Le nuove regole per le piattaforme 'gatekeeper': il Digital Markets Act*, 31 marzo 2023, pp. 1-75, p. 6 ss., reperibile [online](#).

²¹ [Regolamento \(CE\) n. 139/2004](#) del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese («Regolamento comunitario sulle concentrazioni»).

²² F. BUONOMENNA, *Lo spazio digitale nell'Unione europea: verso un federalismo digitale dell'Unione europea?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2023, pp. 313- 332, spec. p. 327.

del mercato digitale, risultando non solo comunque tardivo, ma anche di fatto inidoneo ad incidere su di esso e a modificarne l'andamento.

Con queste premesse, il legislatore europeo, di fronte alla necessità di intervenire nel funzionamento dei mercati digitali, ha dovuto prendere atto della impossibilità di pervenire agli obiettivi prefissati tramite gli strumenti tradizionali di controllo e i *tools* propri della disciplina concorrenziale.

In quest'ottica, la finalità del regolamento²³ non si limita ad evitare gli abusi anticoncorrenziali e a proteggere il benessere del consumatore (vale a dire, contenere la posizione dominante delle grandi piattaforme *online* e favorire un sistema economico nel quale anche le imprese europee, di minori dimensioni e con ridotto potere di mercato, possano partecipare al mercato dei dati, ovvero dare vita ad una effettiva sovranità digitale europea), ma mira a tutelare ulteriori beni, quali i dati personali e la vita privata *online*, in stretta connessione con gli altri atti di regolamentazione del settore. L'idea sembra essere quella²⁴ di imporre *ex ante* obblighi aggiuntivi che in qualche modo possano tenere conto anche della tutela di valori ulteriori rispetto al mero divieto di situazioni di tradizionale rilevanza concorrenziale. Il risultato è una nozione più ampia di benessere del consumatore, che comprende, oltre la fornitura di servizi ad un prezzo basso, anche il rispetto dei diritti fondamentali, *in primis* della *privacy online*, con l'imposizione di relativi obblighi al *gatekeeper*.

Vengono in considerazione, anzitutto, il considerando n. 12, dove si precisa che il regolamento non intende pregiudicare la normativa derivante «da altri atti di diritto dell'Unione che disciplinano», in via generale, il rispetto della *privacy*, e soprattutto, l'art. 8, par. 1. Quest'ultima disposizione stabilisce, con riferimento agli obblighi declinati nelle norme precedenti, che «[i]l gatekeeper garantisce che l'attuazione di tali misure sia conforme al diritto applicabile, in particolare, al regolamento (UE) 2016/679, alla direttiva 2002/58/CE, alla legislazione in materia di cibersecurity, protezione dei consumatori e sicurezza dei prodotti, nonché ai requisiti di accessibilità». Dal che la dottrina²⁵ ha tratto il convincimento che, da un lato, svariati obblighi imposti dal regolamento al *gatekeeper* «si configurano, in realtà, come specificazioni di determinate prerogative degli utenti già previste dal GDPR», cui si accompagna, con riguardo all'obbligo di garantire un'effettiva portabilità dei dati, ci cui all'art. 6, par. 9, anche un incremento di tutela rispetto al RPGD, garantendo il legislatore europeo «non solo un mero diritto astratto di portabilità», ma anche «un vero e proprio accesso *in-situ*, in modo da mantenere integro il valore economico e l'attualità delle informazioni acquisite, laddove questo si renda necessario per l'esercizio effettivo del diritto»²⁶. La *ratio* è rinvenibile proprio in quella volontà, non espressa così chiaramente, ma presente, di dare

²³ G. CONTALDI, *Il DMA*, cit., p. 77.

²⁴ *Ivi*, p. 84.

²⁵ *Ivi*, p. 90.

²⁶ *Ivi*, p. 91.

maggiore spazio alla tutela dei valori legati alla identità digitale, facendo rientrare nella «speciale responsabilità» in capo al *gatekeeper*, di derivazione prettamente concorrenziale, «anche il rispetto delle norme poste a presidio della privacy degli utenti»²⁷. Questa commistione fra obblighi legislativi e valori conferisce a questi ultimi una concretezza tale da incidere sulle grandi piattaforme, in specie di derivazione extraeuropea, «riducendone il margine di azione ed elevandone gli *standard* di responsabilità», potenziando «quella che può essere vista come la dimensione più interna della sovranità digitale europea»²⁸

In altri termini, il DMA, vale la pena sottolinearlo, non appartiene propriamente al (solo) diritto della concorrenza. Come evidenziato nel considerando n. 11, il regolamento non persegue, a differenza delle norme europee e nazionali in materia di concorrenza, quale obiettivo, «la protezione della concorrenza non falsata sul mercato»; esso si prefigge un obiettivo «diverso», anche se «complementare», ovvero quello di «garantire che i mercati in cui sono presenti *gatekeeper* rimangano equi e contendibili», a prescindere dagli «effetti (...) sulla concorrenza in un dato mercato derivanti dal comportamento di un dato *gatekeeper* contemplato dal presente regolamento». Proprio in ragione dell'interesse giuridico protetto, diverso appunto da quello che si prefiggono le norme sulla concorrenza, l'applicazione del DMA deve avvenire senza pregiudizio per tali norme. Di conseguenza, la sua base giuridica è rappresentata dall'art. 114 TFUE e non dall'art. 103 TFUE relativo alla implementazione delle misure di cui agli artt. 101-102 TFUE, in un distacco da una visione meramente concorrenziale che, sul piano istituzionale, si traduce in un accentramento dei poteri di *enforcement* in capo alla Commissione²⁹, a fronte del tradizionale decentramento a favore della concorrente competenza delle autorità nazionali. Il diverso approccio *ex ante* della nuova regolamentazione si concretizza in una significativa lista di «dos and don't's», e richiama inevitabilmente l'attenzione dell'interprete sulle interrelazioni con la normativa *antitrust* in tema di (*public*) *enforcement*; a ciò aggiungerei un ulteriore elemento di natura testuale, che ben dimostra, da un lato, forse una certa fretta nell'adozione dell'atto, tanto da attribuirgli, ad avviso del moderatore di questa sessione del convegno, una qualifica «emergenziale», e, dall'altro, una intrinseca vaghezza che denota la volontà di superare le usuali categorie concorrenziali. Mi riferisco, ad esempio, all'uso della nozione di «equità» e alle conseguenze che ne derivano sul piano della ripartizione degli obblighi per gli operatori³⁰. È vero che le nozioni di equità (e trasparenza) compare, ad esempio,

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ F. FERRI, *Transizione digitale e valori fondanti dell'Unione*, cit., p. 324.

²⁹ Sulla (difficile) relazione fra DMA e normativa sulla concorrenza, vedi G. COLANGELO, *The European Digital Markets Act and antitrust enforcement: a liaison dangereuse*, in *European Law Review*, 2022, pp. 597-621; nonché G. CONTALDI, *La proposta della Commissione europea di adozione del "Digital Markets Act"*, in *Papers di diritto europeo*, 2021, n. 1, pp. 73-78, p. 76 ss., reperibile [online](#).

³⁰ L.J. HOFFMANN, *Fairness in the Digital Market Act*, in *European Papers*, 2023, n. 1, pp. 17-23, reperibile [online](#).

già nella stessa intitolazione del regolamento 2019/1150 sui servizi di intermediazione *online*³¹, ma è nel DMA che si pone prepotentemente il problema del significato da attribuire a tale nozione. Nella versione inglese il termine «fair», o sue declinazioni, compare, come è stato rilevato, ben 90 volte, di cui 23 nei considerando. La domanda da porsi è se, sul piano del contenuto sostanziale delle norme, ad esso debba essere attribuito un significato specifico, oppure esso abbia una valenza generica. Il dubbio è avvalorato dal fatto che nella traduzione italiana i termini «equo» e «leale» sono utilizzati senza una apparente ragione che ne giustifichi l'uso nelle diverse disposizioni, non fosse, a mio avviso, per una naturale inclinazione a ricondurre la previsione nell'alveo della terminologia corrente in ambito concorrenziale, perdendo così la possibile valenza innovativa della terminologia accolta nel regolamento. Esempi di tale uso non sincronico del termine «fair» sono i considerando n. 11 e n. 33. Nel primo, già ricordato, si prevede che i mercati in cui sono presenti i *gatekeepers* «siano e rimangano equi e contendibili»³², nel secondo, dovendosi specificare il significato da attribuire, ai fini del regolamento, allo stesso vocabolo, lo si traduce con «carattere sleale», riferito ad «squilibrio tra i diritti e gli obblighi degli utenti commerciali in cui il gatekeeper trae un vantaggio sproporzionato», quando al precedente considerando n. 31 compare ancora una volta il termine «equità». Mi sembra evidente che l'intenzione del legislatore comunitario fosse quella di ragionare in tutti i casi, ed altri esempi potrebbero farsi, con riguardo ad un mercato in cui l'equilibrio fra i diversi operatori non è riducibile al contenimento delle pratiche sleali, ma è frutto di un suo riassetto mediante l'adozione di misure che lo riconducano ad «equità», concetto tutto da declinare nella futura prassi applicativa, ma premessa indispensabile per una esatta comprensione della portata innovativa, anche se spesso ancora «indefinita» del nuovo regolamento. Come è stato scritto, «[f]airness in the DMA is about equity» e «[f]airness in the DMA means that firms receive different entitlement according to their market power»³³. Vale a dire che diritti e obblighi dovrebbero essere equamente declinati anche secondo la posizione sul mercato delle imprese interessate.

Non vi è dubbio che l'utilizzo di una nozione di così ampio spettro introduca un elemento di forte discrezionalità sul piano regolamentare, ma mi sia consentito non essere così critico nei confronti di tale scelta. Mi sbaglierò, ma non condivido l'opinione di chi ritiene di fatto, a differenza di quanto accade in altri settori del diritto dove il ricorso al metro qualitativo e di equità è usuale, lo stesso non appartenga propriamente alla concorrenza. Si tratterebbe non già di un «legal standard, but a gut feeling»³⁴. Non penso che il continuo riferimento a elementi equitativi sia solo una sorta di «reazione istintiva

³¹ [Regolamento \(UE\) 2019/1150](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*.

³² Vedi anche considerando n. 5 del regolamento.

³³ L.J. HOFFMANN, *Fairness in the Digital Market Act*, cit., p. 20.

³⁴ *Ivi*, p. 22.

di pancia», priva di un reale fondamento in diritto. In effetti, come già osservato, il DMA non è solo concorrenza, attingendo esso ad altri principi e perseguendo anche altri obiettivi. In questa prospettiva anche il ricorso a principi di equità, che si rifanno ad una più vasta cornice di valori, non appare fuori luogo, ponendo semmai nuove sfide, consapevoli che i diritti fondamentali non sono assoluti nel loro contenuto, ma declinati nei diversi Stati, e che un loro bilanciamento non è contrario alle finalità del Trattato, anzi può favorire l'uguaglianza nella diversità. Se ciò vale tra gli Stati dell'Unione può ben valere anche nei rapporti fra l'Unione e gli Stati terzi, ove vi sia, come con gli Stati Uniti, una condivisione dei valori di base di democrazia.

Semmai va osservato che l'intera regolamentazione tradisce a volte la difficoltà di far coesistere le diverse anime, quella di disciplinare i profili concorrenziali e quello di dettare regole più ampie volte a far funzionare l'economia digitale in futuro nel rispetto dei più ampi principi dell'Unione³⁵. La sovrapposizione dei diversi regimi e discipline è peraltro ben evidente³⁶, concorrendo tra loro il mercato unico digitale, la concorrenza, la tutela dei consumatori, la *privacy*, con la conseguenza che istituti tratti da un settore finiscono per essere riletti in contesti molto differenti, come accade allo stesso concetto di «consumatore» digitale che deve adattarsi alle peculiarità dello specifico contesto.

Volendo riassumere le connotazioni del disegno istituzionale del DMA, al fine di garantire un'applicazione armonizzata e coerente in tutta l'Unione, esso delinea, come già osservato, un modello di applicazione ed enforcement delle sue disposizioni centralizzato in capo alla Commissione europea, cui è attribuita la competenza esclusiva in merito alla designazione dei *gatekeepers*³⁷. Essa adotta anche le decisioni con cui vengono specificate, ove occorra, le misure che i *gatekeepers* devono attuare per garantire l'osservanza degli obblighi regolatori, nonché ogni altro provvedimento, anche sanzionatorio, che si rendesse necessario³⁸.

Non sorprende perciò che nel corso dell'iter legislativo che ha portato all'adozione del DMA da più parti sia stato invocato un maggior coinvolgimento degli Stati membri e

³⁵ European Parliament, *Deal on Digital Markets Act: EU rules to ensure fair competition and more choices for users*, press release 24 March 2022, reperibile [online](#).

³⁶ G.M. RUOTOLO, *Mercati e servizi digitali in Europa: valori fondanti e 'regimi' in competizione*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, pp. 71-75, spec. p. 75.

³⁷ Il 6 settembre 2023 la Commissione europea ha così designato sei *gatekeepers*, ossia Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta e Microsoft. I *gatekeepers* hanno sei mesi di tempo per garantire la piena osservanza degli obblighi sanciti dal regolamento sui mercati digitali per ciascuno dei loro servizi di piattaforma di base designati. In totale i servizi di piattaforma di base designati sono 22. Il 9 ottobre 2023 la Commissione ha pubblicato il modello per la relazione sulla conformità ai sensi del regolamento sui mercati digitali: *Template Form for Reporting Pursuant To Article 11 Of Regulation (EU) 2022/1925 (Digital Markets Act) (Compliance Report)*, reperibile [online](#). In merito al contenzioso insorto con riguardo alla designazione di *gatekeeper*, vedi, con riferimento alla posizione assunta da Amazon, M. MIDIRI, *I Signori del Tech e la sfida sulle regole: il caso Amazon*, in *federalismi.it*, 2023, n. 28, pp. 100-119, spec. p. 104 s., reperibile [online](#).

³⁸ ASSONIME, *Le nuove regole*, cit., p. 62 ss.

delle autorità nazionali nell'attuazione del DMA, specie avvalendosi dei meccanismi già esistenti di cooperazione tra la DG Concorrenza e le autorità nazionali *antitrust*.

Queste istanze sono state in parte recepite nel testo finale del regolamento, senza però mutare l'impianto centralizzato del nuovo sistema, ma introducendo meccanismi di cooperazione e coordinamento, che lasciano tuttavia impregiudicata la possibilità di imporre ai *gatekeepers*, in via parallela o complementare, il rispetto di strumenti normativi diversi. In particolare, per quanto riguarda i rimedi sanzionatori, il considerando n. 86 espressamente richiede che la Commissione e le autorità nazionali competenti coordinino i loro sforzi di applicazione per garantire il rispetto dei principi di proporzionalità e *ne bis in idem*³⁹. Alla stessa stregua, più in generale, il considerando n. 109 stabilisce che il DMA deve essere interpretato e applicato nel rispetto di una serie di principi della Carta, tra cui quello del *ne bis in idem*, nella accezione accolta dalla Corte di giustizia. Ad imporre del resto la coerenza fra i diversi istituti del diritto UE, e di conseguenza sulla loro attuazione a livello nazionale, è lo stesso TFUE (art. 7) che impone appunto che l'Unione assicuri detta coerenza «fra le sue varie politiche e azioni, tenendo conto dell'insieme dei suoi obiettivi e conformandosi al principio di attribuzione delle competenze», rimettendo ovviamente tale compito alla Corte di giustizia che sicuramente troverà nel DMA ampio spazio di intervento, a partire, come ricordato da chi mi ha preceduto, dalla stessa qualificazione di *gatekeepers*.

Nel prossimo futuro, dunque, le grandi piattaforme digitali saranno sottoposte a diverse cornici normative potenzialmente sovrapponibili⁴⁰ all'interno del mercato digitale, vale a dire, da un lato, il diritto *antitrust* europeo in rapporto di complementarietà con le norme nazionali in materia di concorrenza, incluse quelle poste specificamente a tutela della concorrenza nei mercati digitali; dall'altro, le normative di settore a protezione e tutela dell'identità digitale dei consumatori, *in primis*, ma non solo il RGPD, ma anche, ad esempio, la direttiva *copyright*⁴¹ o quella sulle pratiche commerciali sleali⁴², e così via; e infine, come raccordo e punto di intersezione fra le diverse componenti, ecco intervenire

³⁹ *Ivi*, p. 65. Il considerando n. 86 prevede che la Commissione e le pertinenti autorità nazionali coordinino i loro sforzi di applicazione al fine di garantire il rispetto dei «principi di proporzionalità e *ne bis in idem*». In particolare, la Commissione «dovrebbe tenere conto di eventuali ammende e penalità irrogate alla stessa persona giuridica per gli stessi fatti mediante una decisione definitiva nei procedimenti relativi a una violazione di altre norme dell'Unione o nazionali, in modo da garantire che l'importo complessivo delle ammende e delle penalità irrogate corrisponda alla gravità delle infrazioni commesse».

⁴⁰ N.M.F. FARAONE, *Della serie «a volte ritornano» (o non sono mai veramente andati): il principio del ne bis in idem alla prova delle piattaforme digitali*, in *federalismi.it*, 2023, n. 6, pp. 68-97, spec. p. 91, reperibile [online](#).

⁴¹ [Direttiva \(UE\) 2019/790](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE.

⁴² [Direttiva 2005/29/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»).

il DMA che non si sostituisce ma concorre con tutti gli strumenti che costituiscono la cassetta degli attrezzi dell'Unione. Lo stesso art. 1, par. 5 precisa che il DMA non impedisce agli Stati membri di imporre obblighi alle imprese, comprese quelle che forniscono servizi di piattaforma di base, per questioni che non rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento, purché tali obblighi siano compatibili con il diritto dell'Unione e non derivino dal fatto che le imprese hanno lo *status* di *gatekeeper* ai sensi del regolamento stesso⁴³. Un esempio di questa moltiplicazione di fonti, in specie concorrenziali, che ci riguarda da vicino è, sempre in via esemplificativa, la recente modifica dell'istituto dell'abuso di dipendenza economica, a seguito dell'approvazione dell'art. 33 del d.d.l. concorrenza⁴⁴, relativo appunto ai mercati digitali, che sicuramente persegue fini diversi da quelli del DMA e si completa con esso, ma che altrettanto sicuramente può far immaginare scenari di potenziale conflitto. Si potrebbe «ipotizzare che, se una piattaforma digitale che ha acquisito un concorrente il quale, nel proprio “patrimonio”, possiede un'estesa massa di dati, procedesse ad incrociare i dati presenti su entrambi i network, senza avere previamente avvisato gli utenti dell'una e dell'altra piattaforma, essa potrebbe verosimilmente porre in essere (i) sia un comportamento anticoncorrenziale, (ii) sia una violazione della normativa posta a protezione della privacy, (iii) sia, infine, una violazione del DMA»⁴⁵. Un unico comportamento esporrebbe così l'impresa che ha così violato tutti e tre i settori normativi alle possibili sanzioni, nei limiti dei rispettivi regolamenti, da parte delle autorità rispettivamente competenti. Il tutto ovviamente limitandoci ai rimedi di *public enforcement*, per tacere di quelli di *private enforcement* con i quali i titolari dei dati possono agire per far valere il proprio diritto alla protezione dei dati personali, richiedendo la cessazione della condotta illegittima nonché il risarcimento dei danni, pur mancando nel DMA un riferimento ai rimedi giurisdizionali o almeno una disposizione che imponga agli Stati di prevedere mezzi di tutela effettivi⁴⁶.

Stante dunque l'impostazione seguita dal DMA, con il sovrapporsi di diversi piani e livelli di regolamentazione, il rischio del sovrapporsi anche di differenti procedimenti sanzionatori della medesima condotta, anche su diverse basi giuridiche, pare inevitabile e in un certo senso, ritengo, già messo in conto, essendosi preferita una applicazione la più ampia possibile del regolamento e quindi ammettere la possibilità di procedimenti

⁴³ ASSONIME, *Le nuove regole*, cit., p. 63.

⁴⁴ [Legge 5 agosto 2022, n. 118](#), Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, che modifica l'art. 9 della [legge 18 giugno 1998, n. 192](#), Disciplina della subfornitura nelle attività produttive. Per una applicazione della nuova disciplina sull'abuso di dipendenza economica, vedi AGCM, A559 – *Avviata istruttoria per presunto abuso di dipendenza economica da parte di Meta nei confronti di Siae*, comunicato stampa 5 aprile 2023, reperibile [online](#).

⁴⁵ In merito, ampiamente, C. PERARO, *Quando la violazione*, cit., p. 54; nonché, P. MANZINI, *Antitrust e privacy: la strana coppia*, in *I Post di AISDUE*, 15 settembre 2023, pp. 196-220, reperibile [online](#).

⁴⁶ C. PERARO, *Quando la violazione*, cit., p. 69 ss.

paralleli per scopi diversi. A questo riguardo a soccorrere ancora una volta è la giurisprudenza della Corte di giustizia in merito al principio *ne bis in idem*, con tutte le criticità legate alla sua applicazione al mondo digitale, quando si tratti di allocare i diversi casi tra DMA, legislazione nazionale ispirata ad esso e diritto della concorrenza, al fine di scongiurare una proliferazione di indagini parallele e/o di sovrapposizioni di istruttorie relative alla stessa condotta. La Corte (Grande Sezione), infatti, ha elaborato nelle sentenze, del 22 marzo 2022, *bpost*⁴⁷ e *Nordzucker*⁴⁸ un test basato su un duplice criterio che sicuramente non sarà di agevole applicazione, ma non scoprirei nulla di nuovo evidenziando come la convivenza all'interno del DMA di finalità e scopi anche tra loro eterogenei sarà certamente fonte di difficoltà sul piano operativo. La due sentenze, che hanno ispirato l'introduzione nella versione finale del DMA di uno specifico considerando (n. 86) riferito al principio del *ne bis in idem*, rappresentano effettivamente un punto di svolta nell'interpretazione giurisprudenziale dei presupposti per applicare di detto principio⁴⁹. Esso è destinato ad operare non solo nel caso in cui i procedimenti sanzionatori relativi alla stessa fattispecie siano condotti da due autorità di concorrenza di Stati membri diversi, che applicano in parallelo il diritto *antitrust* europeo e le corrispondenti regole di concorrenza previste dal proprio ordinamento nazionale, come nel citato caso *Nordzucker*, ma anche e soprattutto, con riguardo al tema che ci interessa in questa sede, in tutti quei casi in cui, più in generale, può comunque configurarsi un cumulo di procedimenti e sanzioni incompatibile con l'art. 50 della Carta. La sentenza *bpost*, sopra richiamata, riguarda appunto una condotta consistente in un particolare sistema di tariffazione ritenuta sia discriminatoria, ai sensi della direttiva 97/67/CE⁵⁰ e delle corrispondenti norme nazionali di recepimento, sia anticoncorrenziale e come tale oggetto rispettivamente di sanzione, formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale, da parte, rispettivamente, della Autorità belga di regolamentazione del settore postale e di quella garante della concorrenza. Alla Corte di giustizia venne così chiesto di chiarire se fosse compatibile con il principio del *ne bis in idem* imporre ad una impresa una sanzione per una violazione del diritto europeo della concorrenza qualora, per quegli stessi fatti (o, forse, anche per fatti analoghi⁵¹), l'impresa sia stata oggetto di una decisione definitiva emessa, previa valutazione nel merito della causa, al termine di un procedimento relativo ad una infrazione di un settore distinto da quello della concorrenza.

⁴⁷ [Causa C-117/20](#), EU:C:2022:202.

⁴⁸ [Causa C-151/20](#), EU:C:2022:203. Per un commento, v. M. CAPPAL, G. COLANGELO, *Applying ne bis in idem in the Aftermath of bpost and Nordzucker: the Case of EU Competition Policy in Digital Markets*, in *Common Market Law Review*, 2023, pp. 431-456.

⁴⁹ ASSONIME, *Il ne bis in idem e i procedimenti sanzionatori in materia antitrust: le sentenze bpost e Nordzucker della Corte di giustizia*, Note e Studi 5/2022, pp. 1-15, reperibile [online](#).

⁵⁰ [Direttiva 97/67/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 1997, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento nella qualità del servizio.

⁵¹ Lo esclude l'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nelle conclusioni del 30 marzo 2023, [causa C-27/22](#), *Volkswagen Group Italia e Volkswagen Aktiengesellschaft*, EU:C:2023:265, punto 71.

Se su questo secondo elemento costitutivo del principio («bis»), non occorre soffermarsi in questa sede, maggiore interesse desta l'«idem», riguardo al quale la Corte precisa che i fatti materiali vanno intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro che hanno condotto all'assoluzione o alla condanna dell'interessato. Non assumono invece rilevanza ai fini della dell'«identità» la qualificazione giuridica dei fatti nel diritto nazionale e l'interesse giuridico tutelato, in quanto la portata della tutela conferita dall'art. 50 della Carta non può variare da un paese all'altro⁵². L'obiettivo della Corte di giustizia è di assicurare una applicazione omogenea del principio in tutti i settori del diritto europeo, estendendo anche al diritto della concorrenza l'approccio per il quale occorre guardare all'identità dell'autore e del fatto, prescindendo dall'interesse giuridico tutelato, che peraltro, introducendo sicuramente un elemento di incertezza, riemerge quando si passa a considerare le limitazioni ammesse dal par. 1 dell'art. 52 della Carta. Limitazione che può ricorrere quando, in particolare, essa risponda effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione ed è necessaria e proporzionata per perseguire tale finalità.

Di tutta evidenza procedimenti su fatti identici potranno verificarsi in ragione del sovrapporsi degli ambiti di intervento delle varie autorità e dei corrispondenti diversi plessi normativi che concorrono tra loro nel completare la disciplina del DMA. Troverà dunque in tal caso una (non agevole) applicazione il principio sancito nella sentenza *bpost*, secondo cui il cumulo può risultare giustificato in base all'art. 52, par. 1 della Carta, nella misura in cui, come osservato, sia strettamente necessario e proporzionato rispetto ad una finalità di interesse generale riconosciuta dal diritto dell'Unione europea. Difficile prevedere l'esito in concreto delle valutazioni della Corte nella ponderazione degli interessi in gioco⁵³, fermo restando che la prevalenza dei diritti valoriali dell'utente non può essere discussa. Soprattutto, l'applicazione dei criteri indicati dalla Corte rischierebbe di divenire oltremodo riduttiva se si seguisse l'opinione espressa dall'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nella causa *Volkswagen*, dove, nell'interpretare il requisito del carattere strettamente necessario del cumulo, lo riconduce all'accertamento della circostanza che «i due procedimenti siano stati condotti in modo sufficientemente coordinato e ravvicinato nel tempo e se la sanzione eventualmente inflitta in occasione del primo procedimento sul piano cronologico sia stata presa in considerazione al momento della valutazione della seconda sanzione»⁵⁴. Indagine che, nel caso di specie, conduce l'Avvocato generale ad escludere che tra le procedure sanzionatorie italiana e tedesca sussista un «sufficiente» coordinamento⁵⁵, con la conseguenza, tra l'altro, di

⁵² ASSONIME, *Il ne bis in idem*, cit. p. 6.

⁵³ Vedi al riguardo M. MESSINA, *Il ne bis in idem nel diritto europeo della concorrenza: segnali di uniformità applicativa nell'Unione?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, pp. 170-182, spec. p. 182, reperibile [online](#).

⁵⁴ Conclusioni Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, *Volkswagen*, cit., punto 91.

⁵⁵ *Ivi*, punto 115.

incentivare, nel caso di danni verificatisi in più paesi, un fenomeno di *forum shopping*⁵⁶, alla ricerca della giurisdizione meno «punitiva».

In realtà, i timori espressi hanno trovato conferma in quanto le considerazioni dell'Avvocato generale sono state accolte dalla Corte di giustizia nella sentenza del 14 settembre 2023⁵⁷, ove viene statuito che l'art. 52, par. 1, della Carta deve essere interpretato nel senso che esso autorizza la limitazione dell'applicazione del principio del *ne bis in idem*, di cui all'art. 50 della stessa Carta, «in modo da consentire un cumulo di procedimenti o di sanzioni per gli stessi fatti»⁵⁸, purché siano soddisfatte le condizioni previste al successivo art. 52, come precisate dalla giurisprudenza. In particolare, occorre che ricorrano tre condizioni, vale a dire che, «in primo luogo, tale cumulo non rappresenti un onere eccessivo per l'interessato, in secondo luogo, esistano norme chiare e precise che consentano di prevedere quali atti e omissioni possano essere oggetto di cumulo e, in terzo luogo, i procedimenti di cui trattasi siano stati condotti in modo sufficientemente coordinato e ravvicinato nel tempo»⁵⁹. A quest'ultimo riguardo la Corte mostra di essere consapevole del rischio evocato dalla Commissione nelle sue osservazioni scritte «che un singolo cerchi di ottenere una condanna penale in uno Stato membro al solo fine di premunirsi da procedimenti e da sanzioni relativi agli stessi fatti in un altro Stato membro»⁶⁰. I giudici di Lussemburgo si limitano però a rilevare che nessun elemento portato a conoscenza della Corte «consente di affermare che un siffatto rischio possa concretizzarsi nell'ambito della controversia di cui trattasi nel procedimento principale»⁶¹, lasciando così la porta aperta ad una diversa soluzione laddove possa ravvisarsi nel comportamento del soggetto interessato un abuso del diritto comunitario, con tutte le incertezze che ciò può comportare.

Le conseguenze nel mondo del digitale di una tale applicazione del principio in oggetto sono di immediata evidenza. Ma non è tutto. Sempre l'Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona nelle conclusioni presentate il 27 aprile 2023 in relazione alla nozione di responsabilità del titolare del trattamento dei dati personali ai sensi dell'RGPD si è posto, seppure in via ipotetica, la questione del carattere oggettivo della violazione, che prescinderebbe così dall'accertamento del dolo o colpa⁶². L'opinione dell'Avvocato generale è che quando si tratti di applicare l'RGPD gli Stati membri devono adottare una soluzione unitaria, per rispettare il principio per cui le violazioni devono essere punite

⁵⁶ M. BARENNE, *Why the CJEU should not follow the AG Opinion on the application of ne bis in idem in the pending Volkswagen case*, in *European Law Blog*, 18 May 2023, reperibile [online](#).

⁵⁷ [Causa C-27/22, Volkswagen](#), EU:C:2023:663.

⁵⁸ *Ivi*, punto 106.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ivi*, punto 105.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona, conclusioni del 27 aprile 2023, [causa C-807/21, Deutsche Wohnen](#), EU:C:2023:360, punto 64 ss., specie punto 65.

con sanzioni equivalenti⁶³. La conclusione è che per l'imposizione delle sanzioni occorrerebbe che sia accertato «il carattere doloso o colposo nella condotta che costituisce la violazione sanzionata»⁶⁴.

Non si può che condividere l'auspicio, ma al contempo occorre chiedersi come può incidere questa lettura del regime sanzionatorio non già e non solo con riguardo al medesimo ambito regolamentare, ma quando a porsi il problema è quello del concorso di sanzioni proprie di più ambiti, come accadrebbe per le sanzioni inflitte in base all'RGPD, alla normativa *antitrust* o al DMA. Quale nozione è destinata a prevalere ai fini di una soluzione «equa»?

3. Il continuo confronto con gli Stati Uniti in una prospettiva di cooperazione.

Il confronto tra distinti plessi normativi non è interno unicamente al mercato unico, ma è destinato ovviamente a ripetersi a livello interstatale in ragione delle differenze esistenti fra i principi accolti nei diversi ordinamenti. Della inclinazione europea a porsi come regolatore universale già si è detto, va ora precisato che le possibilità di soluzioni divergenti sono nella pratica frequenti quando le piattaforme tecnologiche statunitensi operino nel nostro continente, tanto da rendere, a mio avviso, non solo opportuna ma anche inevitabile la ricerca di un punto di incontro che almeno riduca le antinomie esistenti. Con l'amministrazione Biden è divenuto più serrato il confronto con gli Stati Uniti sulla regolamentazione in particolare delle attività *online* delle piattaforme di grandi dimensioni. Già si è osservato come il parametro della *privacy* assurga, ancora una volta, anche nel DMA, ad elemento di differenziazione, rendendo più complicata la convergenza con gli USA su politiche condivise. Come noto, il Congresso statunitense sta dibattendo la proposta di introduzione di una normativa che regolamenti le attività *online* delle piattaforme di grandi dimensioni. Le posizioni all'interno del fronte statunitense rimangono peraltro diversificate, anche perché gli strascichi della saga *Schrems*, con le bocciature operate dalla Corte di giustizia, hanno lasciato tracce ben visibili. Nel frattempo, però, un segnale di distensione era intervenuto con il terzo tentativo di trovare un accordo transatlantico per il trasferimento dei dati dei cittadini europei negli Stati Uniti, con l'ordinanza esecutiva (*executive order*) n. 14086 sul rafforzamento delle salvaguardie per le attività di intelligence dei segnali statunitensi, firmata dal Presidente USA il 7 ottobre 2022⁶⁵. Come suggeriva Oreste Pollicino⁶⁶,

⁶³ *Ivi*, punto 86.

⁶⁴ *Ivi*, punto 87.

⁶⁵ *Executive Order 14086 of October 7, 2022, Enhancing Safeguards for United States Signals Intelligence Activities*, reperibile [online](#).

⁶⁶ G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, *Le aperture americane meritano un approccio più realista della UE. L'accordo transatlantico sulla privacy*, in *IlSole24ore*, 27 ottobre 2022, p. 16. Per quanto riguarda questo e i successivi riferimenti ad articoli pubblicati ne *IlSole24ore* non liberamente accessibili *online*, si rinvia alla banca dati [My Desk 24](#).

all'indomani di quell'atto, il segnale avrebbe dovuto essere colto, specie ora che il DMA è destinato a riproporre prepotentemente la questione, alla luce anche del recente attivismo delle autorità nazionali europee nei confronti dei giganti tecnologici americani, come dimostra il caso italiano. Due sono fundamentalmente le critiche⁶⁷ mosse anche dalla amministrazione Biden nei confronti dell'Unione: un certo lassismo nei confronti della minaccia cinese e un antiamericanismo della idea di sovranità digitale europea, dal momento che quasi tutte le principali piattaforme *online* occidentali sono americane (Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft: i c.d. GAFAM). L'iniziativa statunitense non era però parsa sufficiente al Parlamento europeo che, ricordando come i trasferimenti dei dati «dovrebbero essere effettuati nel pieno rispetto del diritto» alla loro protezione e «del diritto alla riservatezza», ai fini della protezione dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta⁶⁸, ha concluso che i meccanismi di ricorso giurisdizionale introdotti con l'ordinanza in oggetto non soddisfano le condizioni necessarie per assicurare la tutela dei diritti dei cittadini dell'UE e che pertanto «il quadro UE-USA in materia di privacy non crea un'equivalenza essenziale del livello di protezione»⁶⁹. La Commissione era pertanto invitata a proseguire le trattative e a non adottare alcuna decisione di adeguatezza fino a quando non saranno state pienamente attuate tutte le raccomandazioni così formulate dallo stesso Parlamento nella sua risoluzione. A sbloccare la vicenda è finalmente intervenuta la conclusione, in data 10 luglio 2023, delle negoziazioni basate sul c.d. *Transatlantic Data Privacy Framework*. In quella data la Commissione ha infatti adottato l'attesa decisione di adeguatezza, volta a consentire il trasferimento legittimo dei dati dall'Unione agli Stati Uniti⁷⁰.

Al di là delle evidenti incomprensioni e degli interessi contrastanti che dividono le due sponde del «*pond*» e che hanno ritardato il raggiungimento di un accordo, la posizione europea si rivela ancora una volta ambigua. La necessità di arginare l'avanzata cinese (fra gli otto maggiori operatori del mercato digitale, che ne controllano l'80%, sei sono statunitensi e due cinesi) ha giustificato il moltiplicarsi degli sforzi della Commissione

⁶⁷ M. VELLIET, *Digital Sovereignty: European Policies, American Dilemmas, Notes de l'IFri*, January 2023, pp. 1-26, reperibile [online](#).

⁶⁸ Risoluzione del Parlamento europeo dell'11 maggio 2023 sull'adeguatezza della protezione offerta dal quadro UE-USA in materia di privacy dei dati ([2023/2501\(RSP\)](#)), considerando F.

⁶⁹ *Ivi*, punto 19. In senso altrettanto critico si era espresso, il 28 febbraio 2023, il Comitato europeo per la protezione dei dati, che riunisce i garanti dei paesi UE (EDPB), pur accogliendo con favore i miglioramenti sostanziali presenti nel nuovo quadro di accordo: European Data Protection Board, *Opinion 5/2023 on the European Commission Draft Implementing Decision on the adequate protection of personal data under the EU-US Data Privacy Framework*, reperibile [online](#).

⁷⁰ [Decisione di esecuzione \(UE\) 2023/1795](#) della Commissione, del 10 luglio 2023, a norma del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio sul livello di protezione adeguato dei dati personali nell'ambito del quadro UE-USA per la protezione dei dati personali, notificata con il numero C(2023)4745. Con ordinanza del 12 ottobre 2023, il presidente del Tribunale ha rigettato, per l'assenza della prova di un rischio di danno grave e irreparabile pendente in capo al ricorrente, la domanda di sospensione, ai sensi degli artt. 278 e 279 TFUE, dell'esecuzione della decisione, senza quindi che si rendesse necessario procedere all'esame del *fumus* e al bilanciamento degli interessi in gioco: [causa T-553/23 R](#), *Latombe*, EU:T:2023:621.

per convergere su una soluzione di compromesso, infine raggiunta, che apra la strada verso una possibile alleanza digitale transatlantica; d'altro canto, la posizione intransigente del Parlamento europeo rispetto al progetto di decisione di adeguatezza sul *Data Privacy Framework* pubblicato dalla Commissione il 13 dicembre 2022 pareva invece spingere verso un ennesimo nulla di fatto che avrebbe avuto come risultato l'aumentare del contenzioso con le imprese americane e la debolezza della risposta europea alla minaccia cinese. Gli Stati Uniti, «sinora meno sensibili all'approccio regolatorio, sembrano muoversi nella direzione di un maggiore allineamento con l'Europa», osservava in una sua recente analisi Gabriella Muscolo⁷¹, oggi relatrice al convegno, traendone il convincimento che un punto di incontro fosse non solo raggiungibile ma anche auspicabile nel contesto attuale dei rapporti economici internazionali.

Da un esame delle varie proposte formulate negli Stati Uniti per giungere ad una riforma della legislazione ivi vigente, se raffrontate alla regolamentazione europea, la prima osservazione che se ne può trarre è che se sul piano dei comportamenti vietati vi è una sostanziale analogia fra le due impostazioni. A fare la differenza sono ancora una volta i valori che, come rilevato, l'Unione ha voluto tutelare anche nel DMA, introducendo il ricordato riferimento agli obblighi previsti nel RGPD a tutela dei diritti digitali degli utenti, mentre l'iniziativa legislativa statunitense si focalizza, come per tradizione, sulla tutela della concorrenza. Le conseguenze non sono sicuramente trascurabili, in quanto nella prospettiva d'oltre oceano taluni comportamenti che determinino una lesione dei dati personali assumono rilevanza solo quando «arrechino, al contempo, un pregiudizio all'assetto concorrenziale del mercato»⁷², mentre nel contesto europeo le violazioni nell'utilizzo dei dati degli utenti commesse dalle piattaforme sono sanzionate a «prescindere da quello che è il loro impatto anticoncorrenziale»⁷³.

A imporre la ricerca di un dialogo tra le parti potrebbe aver concorso la vicenda relativa alla sanzione irrogata, il 22 maggio 2023, dalla *Irish Data Protection Commission* (DPC)⁷⁴ a Meta Platforms Ireland di 1.200 milioni di euro per la violazione dell'art. 46, par. 1, del RGDP. A giocare un ruolo potrebbe essere infatti la coincidenza dei tempi. Sei mesi di tempo sono stati concessi a Meta (in realtà, all'intero gruppo inclusa Meta Platforms Inc.) perché trovi una soluzione che ponga termine alle irregolarità rilevate che

⁷¹ *Biden's antitrust: verso una nuova alleanza transatlantica? Cenni di comparazione tra Stati Uniti e Europa*, in F. ROSSI DAL POZZO (a cura di), *Politiche di concorrenza e politica industriale, sinergia o conflitto?*, in *Eurojus*, fascicolo speciale, 3 aprile 2023, pp. 108-127, spec. p. 127, reperibile [online](#).

⁷² G. CONTALDI, *Il DMA*, cit., p. 93.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Decision of the Data Protection Commission pursuant to Section 111 of the Data Protection Act, 2018 and Articles 60 e 65 of the General Data Protection Regulation*, reperibile [online](#).

comprendono il trattamento dei dati negli USA⁷⁵. Nel frattempo, però, l'Unione ha deciso di accogliere la proposta di accordo formulata dalla amministrazione Biden. Non può perciò escludersi che, proprio per la sua rilevanza, il caso irlandese di Meta possa aver contribuito ad accrescere gli sforzi per la ricerca di un accordo, favorendo così il raggiungimento di una soluzione che, auspicabilmente, assicuri la stabilità delle attività delle imprese e al contempo una sostanziale equivalenza dei livelli di protezione, ferma restando l'eventualità, più che probabile, che il sig. Schrems si attivi per contestare la legittimità anche della nuova intesa. Non si dimentichi però che ad essere in gioco è forse la stessa capacità delle imprese di utilizzare le nuove tecnologie.

4. Prospettive evolutive.

L'indagine svolta induce a riflessioni sul modello di regolamentazione seguito da ultimo con l'adozione del DMA, avendo comunque come termine principale, ma non esclusivo, di riferimento l'*enforcement antitrust*, e sulla opportunità di accompagnare questo processo con l'introduzione di altri strumenti, nella consapevolezza che la disciplina introdotta dallo stesso DMA presenta profili di incertezza e che la difesa dei valori dell'Unione non può prescindere dalla ricerca di un più ampio consenso a livello internazionale e soprattutto dalla salvaguardia sul piano economico delle imprese europee in un contesto in cui, come pure osservava Oreste Pollicino, «le insidie potrebbero arrivare – più che da una democrazia comunque liberale come quella americana, seppure con una stella cometa diversa dal modello europeo (libertà di espressione *vs privacy*)- da una parte dal modello cinese, sempre più incombente e che per definizione sacrifica le libertà individuali (*privacy* compresa) all'interesse collettivo e dall'altra, paradossalmente, dalla stessa UE»⁷⁶, dove il riferimento è alla deriva presa anche sotto questo profilo dalle democrazie illiberali dell'est Europa. Il tema dell'*antitrust*, e non sono certo io a doverlo ricordare, è talmente complesso e dinamico che le stesse categorie tradizionali della disciplina concorrenziale vengono poste in dubbio. Si ragiona in termini di quote di mercato e di prezzi dei prodotti, quando invece in gioco è la libertà di innovare e di poter ottenere servizi migliori. L'effetto rete, è stato osservato⁷⁷, «genera un gigantismo organico dei servizi di maggior successo», ma questo, a sua volta, può «rallentare l'innovazione, impedendo alle *startup* e alle piccole imprese di competere con le *BigTech*.

⁷⁵ Nella decisione non si esclude, infatti, che «new measures, not currently in operation, may yet be capable of being developed and implemented by Meta Ireland and/or Meta US to compensate for the deficiencies» (par. 9.46).

⁷⁶ G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, *Le aperture americane*, cit., p. 16.

⁷⁷ L. DE BIASE, *UE alla ricerca di un patto tra mercato, diritto e innovazione*, in *Il Sole24ore*, 12 maggio 2023, p. 8.

In questo contesto quale ruolo può svolgere la singola autorità nazionale competente? La risposta, a riprova di come di fronte ai nuovi, continui e repentini progressi tecnologici si imponga la ricerca di strade sempre nuove, nel rispetto comunque di quei valori che sono alla base della integrazione europea, può giungere dalla recente vicenda della piattaforma ChatGPT. In un ambito quindi, quello dell'intelligenza artificiale, in pieno divenire e in cui è in discussione una proposta di regolamentazione, il Garante per la protezione dei dati è intervenuto per riaffermare i principi della *privacy*. E poi, nel giro di pochi giorni, ecco intervenire un'altra *authority* italiana, l'*Antitrust*, prima aprendo un'istruttoria, l'11 maggio 2023, nei confronti di Apple⁷⁸, cui è contestata la dominanza restrittiva del mercato delle *app*, ed avviando così una vertenza che potrà probabilmente trovare una soluzione con le nuove regole del DMA, e poi, in rapida successione, aprendo un'altra istruttoria, cui già si è fatto cenno, sulla base dell'asserito abuso da parte di Meta di dipendenza economica⁷⁹.

Ciò che importa invece ora sottolineare è che ben venga l'attivismo delle *authority* italiane, ma non va dimenticato che la difesa dei valori deve rimanere centrale anche quando la tecnologia è innovativa e gli stessi principi devono ispirare il mercato digitale. Da un lato dunque, la regolamentazione, intesa anche come ricerca di soluzioni condivise a livello internazionale, deve svolgere una funzione che va al di là del mero fatto repressivo, proprio della regolamentazione *antitrust* con la sua connotazione di strumento *ex post*, dall'altro, di certo la singola autorità nazionale non può essere lasciata sola, novella *Don Chisciotte*⁸⁰, nel pretendere il rispetto delle regole (concorrenziali, ma non solo) europee. In attesa che venga dipanato il nodo del sovrapporsi delle competenze⁸¹,

⁷⁸ AGCM, A561 – *Avviata istruttoria nei confronti di Apple per presunto abuso di posizione dominante nel mercato delle app*, comunicato stampa 11 maggio 2023, reperibile [online](#) con annesso testo del provvedimento.

⁷⁹ AGCM, [provvedimento 4 aprile 2023, n. 30570](#), A559 – Meta/Siae.

⁸⁰ Così, C. MELZI D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *La sfida di far convivere i nostri principi con le regole di domani. I nodi della privacy*, in *IlSole24 Ore*, 8 aprile 2023, p. 11.

⁸¹ Si veda al riguardo quanto deciso dalla Corte di giustizia (Grande Sezione) nella sentenza del 4 luglio 2023, [causa C-252/21](#), *Meta Platforms e a. (Condizioni generali d'uso di un social network)*, EU:C:2023:537. La Corte ha ritenuto che, nell'ambito dell'esame di un abuso di posizione dominante da parte di un'impresa, l'autorità garante della concorrenza dello Stato membro interessato possa, ove risulti necessario, esaminare anche la conformità del comportamento della stessa impresa a norme diverse da quelle sulla concorrenza, quali le norme previste dal RGPD (punto 43 ss., spec. punto 48). Tuttavia, nel caso tale autorità ravvisi una violazione del RGPD, essa non si sostituisce alle autorità di controllo istituite da detto regolamento, limitandosi la sua valutazione al solo scopo di constatare un abuso di posizione dominante e di imporre misure volte a far cessare tale abuso secondo le norme del diritto della concorrenza (punto 49). Per una applicazione coerente del RGPD (punto 52), le autorità nazionali della concorrenza devono comunque concertarsi e cooperare lealmente con le autorità che garantiscono il rispetto del regolamento, fermo restando che le prime non possono discostarsi da eventuali decisioni già adottate da parte dell'autorità di controllo competente, pur restando libere di trarne le proprie conclusioni sotto il profilo dell'applicazione del diritto della concorrenza (punto 56). Per un commento, I. GRAEF, *The European Court of Justice in Meta Platforms leaves competition and data protection authorities with an assignment*, in *European Law Blog*, 19 July 2023, reperibile [online](#); e A. RIBERA MARTÍNEZ, *The Appropriation of Article 5(2) DMA: Google's Commitments under Section 19a of the German Competition Act*, in *Kluwer*

solo una collaborazione forte fra le diverse autorità dei paesi membri⁸² e un coordinamento delle loro operazioni *antitrust*⁸³ possono assicurare che in nome del progresso non vengano superati i limiti invalicabili del nostro modo di essere europei, in attesa che, da un lato, la sovranità digitale europea e la connessa identità digitale del cittadino europeo si consolidino, e, dall'altro, finalmente si pervenga, se non ad una governance mondiale, fondata su regole comuni, almeno ad un rafforzamento dell'intesa faticosamente raggiunta con gli Stati Uniti per una proficua collaborazione, che superi le antinomie esistenti.

Tornando, per concludere, al contesto europea, l'accesso alla rete, la tutela dei dati personali, il diritto ai servizi digitali, lo sviluppo di un mercato digitale non solo concorrenziale ma anche imperniato sulla tutela dei dati personali sono tutti divenuti pilastri di una regolamentazione che da settoriale è divenuta ordinamentale, mediante l'affermazione, fortemente «politica», della centralità, da un lato, della sovranità digitale europea, e dall'altro, come sua prima manifestazione, della identità digitale dei cittadini dell'Unione. Assume dunque una sua concretezza la proposta di adozione di una Carta dei diritti digitali dell'Unione europea⁸⁴ che tratteggi in maniera organica i diritti ed i doveri digitali di questo nuovo ordinamento digitale, complementare ed autonomo rispetto al sistema concorrenziale e soggetto unicamente al sistema valoriale dell'Unione. Spetterebbe poi al legislatore europeo intervenire per risolvere le aporie create dall'affastellarsi di strumenti normativi in parte sovrapponibili, mentre le relative competenze sono esercitate a diversi livelli, nazionale e sovranazionale, per la tutela di interessi giuridici distinti, con il rischio, da un lato, di una «inflazione di diritti», evocata da Oreste Pollicino, che aumenterebbe la possibilità di conflitti fra le giurisdizioni competenti, e, dall'altro, di concomitanti e paralleli procedimenti sanzionatori, che il ricorso al solo principio del *ne bis in idem* non può evitare.

Per concludere, la tutela dei diritti fondamentali nell'innovazione tecnologica impone a mio avviso una riflessione sul rapporto con gli Stati Uniti. Se gli algoritmi hanno bisogno di una massa sterminata di dati per «allenarsi» e se l'estrazione di tali dati, anche sensibili, presenti sul *web* avviene senza ovviamente chiedere il consenso, peraltro impossibile, la questione cruciale è che neppure è garantita la necessaria trasparenza sulle modalità di tale raccolta⁸⁵. In tali circostanze, nel momento in cui iniziamo ad interrogarci sulla adeguatezza della proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale, la vera domanda è se una strategia di difesa basata sulla regolamentazione, sicuramente figlia di

Competition Law Blog, 9 October 2023, reperibile [online](#), anche per ulteriori indicazioni in merito alla vicenda davanti al *Bundeskartellamt*.

⁸² Sulle forme di collaborazione fra le varie autorità, vedi, anche per gli opportuni riferimenti, C. PERARO, *Quando la violazione*, cit., p. 59 ss.

⁸³ C. FERNÁNDEZ, *A New Kid on the Block: How Will Competition Law Get along with DMA?* in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2021, pp. 271-272.

⁸⁴ F. BUONOMENNA, *Lo spazio digitale*, cit., p. 315.

⁸⁵ C. MELZI D'ERIL, G.E. VIGEVANI, *La sfida di far convivere i nostri principi*, cit.

una illusione di globalizzazione, è idonea a tenere il passo ai repentini progressi tecnologici. Di certo la ricerca di soluzioni condivise con i nostri principali *partner* tecnologici, fra questi includo non solo i governi ma anche i giganti del *web* ormai assurti ad un ruolo planetario, diviene essenziale, ma il modo a mio avviso più corretto per affrontare le sfide del futuro non può essere solo quello di imporre divieti ed ostacoli. Se, infatti, non può ammettersi la pretesa di qualcuno di agire al di fuori di ogni quadro normativo, in una sorta di immunità del *web*, allo stesso tempo la ricerca di nuove regole, anche di necessario compromesso, deve avvenire senza tradire i principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione, accettandone semmai una declinazione che rifletta il divenire continuo degli strumenti tecnologici. In una fase in cui le alleanze geopolitiche si riconfigurano a livello globale, la relazione di fiducia tra i partner occidentali ha una rilevanza sicuramente strategica, ma il rispetto dei diritti «costituzionali» della persona assume e mantiene un'importanza identitaria⁸⁶ per l'Unione. Ho perciò sempre ritenuto inimmaginabile che non si riuscisse a trovare un terreno comune di condivisione con gli Stati Uniti cui ci unisce la adesione ai principi di democrazia. Se su questo i fatti paiono avermi dato ragione, le questioni da risolvere rimangono però ancora numerose e certamente di non facile soluzione.

⁸⁶ G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, *La Costituzione ci tutela dalle novità della digitalizzazione*, cit., dove si dà atto che la missione dell'Unione è di «tenere alto il vessillo della protezione dei dati europei come stella cometa del costituzionalismo europeo, non disponibile ad alcuna opzione al ribasso».