



Corso di laurea in Giurisprudenza

Cattedra di Diritto della Concorrenza e dell’Innovazione

Digital Markets Act

*Analisi, prospettive e possibile impatto sui mercati digitali
del nuovo Regolamento europeo*

Chiar.mo Prof. Gustavo Olivieri

RELATORE

Chiar.mo Prof. Gian Domenico Mosco

CORRELATORE

Francesco Giuseppe de Sanctis

matricola n. 155593

CANDIDATO

ANNO ACCADEMICO 2022/2023

INDICE

INTRODUZIONE	- 6 -
I. Il diritto antitrust dell'Unione Europea e i mercati digitali	- 10 -
1. I primi passi dell'integrazione: la "dichiarazione Schuman" e la CECA	- 10 -
2. Il Trattato di Roma e la Comunità Economia Europea	- 13 -
3. Il Trattato di Maastricht, l'Unione Europea e i regolamenti in materia <i>antitrust</i>	- 16 -
3.1. L'applicazione delle norme del Trattato ed il Regolamento 1/2003	- 17 -
3.2. La disciplina delle concentrazioni: il Regolamento 139/2004	- 19 -
4. Lisbona, l'ultimo Trattato e gli articoli 101 e 102 del TFUE	- 22 -
4.1. Il divieto di accordi nocivi alla concorrenza	- 23 -
4.2. L'abuso di posizione dominante	- 25 -
5. La concorrenza e i mercati digitali	- 27 -
5.1. I mercati e le piattaforme digitali	- 28 -
5.2. Le criticità della concorrenza nei mercati digitali	- 30 -
5.3. L'applicazione delle norme <i>antitrust</i> nei mercati digitali	- 32 -
5.3.1. Il caso <i>Google Search (Shopping)</i>	- 33 -
II. Il Regolamento europeo sui mercati digitali	- 37 -
1. Origini e sviluppo	- 37 -
1.1. La proposta di un Regolamento sui mercati digitali	- 39 -
2. Il <i>Digital Markets Act</i>	- 41 -
2.1. Le rilevanti considerazioni preliminari	- 42 -
2.2. I <i>gatekeeper</i>	- 44 -
2.2.1. Le caratteristiche dei <i>gatekeeper</i>	- 45 -
2.2.2. La designazione dei <i>gatekeeper</i>	- 47 -
2.3. Gli obblighi imposti ai <i>gatekeeper</i>	- 51 -
2.3.1. Gli obblighi direttamente esecutivi	- 52 -
2.3.2. Gli obblighi suscettibili di ulteriori specifiche	- 57 -
2.3.3. L'obbligo di interoperabilità dei servizi di comunicazione	- 62 -
2.4. La disciplina in merito all'adempimento degli obblighi	- 64 -
2.4.1. L'osservanza degli obblighi	- 64 -
2.4.2. La sospensione e l'esenzione dagli obblighi	- 66 -
2.4.3. L'onere di relazione	- 69 -
2.4.4. L'aggiornamento degli obblighi	- 69 -

2.4.5.	Le disposizioni antielusive	- 72 -
2.4.6.	Gli obblighi di informazione	- 74 -
2.5.	L'attuazione del Regolamento e la centralità del ruolo della Commissione	- 76 -
2.5.1.	Le indagini di mercato	- 77 -
2.5.2.	I poteri di indagine, esecuzione e monitoraggio	- 80 -
2.5.3.	La constatazione di inosservanze e l'irrogazione di sanzioni	- 85 -
2.5.4.	L'onere di relazione e la cooperazione con le autorità <i>antitrust</i>	- 89 -
2.6.	Le disposizioni finali	- 91 -
III. L'impatto del Digital Markets Act su mercati e diritto antitrust		- 95 -
1.	Il previsto impatto del Regolamento sui mercati	- 95 -
1.1.	<i>Segue: L'Impact Assessment Report</i>	- 95 -
1.2.	<i>Segue: Ulteriori considerazioni: le criticità osservate</i>	- 102 -
2.	I rapporti tra il DMA e la disciplina <i>antitrust</i>	- 108 -
2.1.	La collocazione del Regolamento nel diritto europeo	- 108 -
2.2.	La sovrapposizione con le norme <i>antitrust</i>	- 111 -
2.2.1.	Il principio del <i>ne bis in idem</i> nel diritto della concorrenza	- 112 -
2.2.2.	Il <i>Digital Markets Act</i> e il principio del <i>ne bis in idem</i>	- 115 -
3.	L'applicazione del <i>Digital Markets Act</i>	- 118 -
3.1.	L' <i>enforcement</i> centralizzato	- 119 -
3.2.	La relazione con gli Stati membri e le autorità garanti	- 121 -
3.2.1.	Lo spazio per il diritto nazionale	- 123 -
3.2.2.	La partecipazione dei garanti <i>antitrust</i>	- 125 -
4.	Il rischio di contrasti nell'applicazione	- 127 -
5.	I <i>gatekeeper</i> designati e l'entrata in vigore del Regolamento	- 130 -
IV. Un case study: l'App Store di Apple		- 133 -
1.	Il mercato degli <i>app store</i>	- 133 -
2.	Le pratiche anti-competitive degli <i>app store</i>	- 136 -
3.	Il caso: <i>Spotify contro Apple</i>	- 138 -
4.	La lettura del caso alla luce del <i>Digital Markets Act</i>	- 143 -
CONCLUSIONI		- 150 -
BIBLIOGRAFIA		- 154 -

INTRODUZIONE

Il 1° novembre 2022, quasi due anni dopo la prima proposta, è entrato in vigore, nell'Unione europea, il Regolamento 1925/2022, anche denominato Regolamento sui mercati digitali, o *Digital Markets Act*, in inglese.

Nelle parole del Commissario europeo alla concorrenza Vestager, pubblicate all'indomani del raggiungimento di un'intesa politica sul testo definitivo del Regolamento, si evince l'obiettivo del nuovo strumento legislativo. Vestager, infatti, afferma che: *“quello che vogliamo è semplice: mercati equi anche nel digitale. Ora stiamo facendo un enorme passo avanti per raggiungere questo obiettivo: che i mercati siano equi, aperti e contendibili. Le grandi piattaforme hanno impedito alle imprese e ai consumatori di beneficiare dei vantaggi di mercati digitali competitivi. I gatekeeper dovranno ora rispettare una serie ben definita di obblighi e divieti. Questo regolamento, insieme a una forte applicazione della legge sulla concorrenza, porterà a condizioni più eque per i consumatori e le imprese per molti servizi digitali in tutta l'Unione europea”*.¹

Le parole del Commissario Vestager fanno evincere la maggior criticità recentemente riscontrata dal diritto *antitrust* nella sua applicazione: lo strapotere acquisito da poche grandi piattaforme. Queste piattaforme, a cui fanno capo un numero estremamente ridotto di imprese multinazionali, forniscono servizi diretti ad utenti sia commerciali che finali e sono divenute controllori dell'accesso ai mercati di riferimento: servizi, pertanto, definiti “servizi di piattaforma di base”. Le caratteristiche di tali imprese, ed in particolare i forti effetti di rete che ne caratterizzano l'azione, le estreme economie di scala e i costi marginali pressoché nulli, determinano il rischio di squilibri gravi in termini di potere contrattuale e, di conseguenza, pratiche sleali e condizioni inique tanto per gli utenti commerciali quanto per gli utenti finali dei servizi di piattaforma di base forniti dai *gatekeeper*, a discapito dei prezzi, della qualità, della concorrenza leale, della scelta e dell'innovazione nel settore digitale.²

¹ Commissione europea (2022). *Digital Markets Act: Commission welcomes political agreement on rules to ensure fair and open digital markets*. Comunicato stampa del 25 marzo 2022.

² *Digital Markets Act*, considerando nn. 2, 3, 4.

Le questioni appena “sfiorate” sono, quindi, le ragioni che hanno portato all’approvazione del *Digital Markets Act*, con il fine di tentare di correggere le criticità concorrenziali che si sono sviluppate parallelamente al rapidissimo sviluppo dei mercati digitali.

Il fine di questa trattazione è la comprensione del Regolamento, di ciò che è alla base dello stesso, dalle sue fondamenta ai suoi contenuti, da quale impatto potrebbe avere sui mercati alle possibili problematiche a questo inerenti e di come potrebbe essere applicato.

Questa analisi sarà intrapresa introducendo il contesto in cui il Regolamento sui mercati digitali è stato inserito: quello del diritto della concorrenza eurounionale. Si ritiene, difatti, necessaria la comprensione dell’evoluzione del diritto *antitrust* dell’Unione e degli strumenti di cui le autorità europee dispongono ai fini dell’*enforcement* dello stesso, oltre che del modo in cui i mercati digitali si sono rapportati con il diritto della concorrenza sinora. Solo compresa la situazione del diritto *antitrust* dell’Unione si può, infatti, ottenere una completa consapevolezza di quelli che sono i problemi presenti all’interno delle relazioni tra il diritto della concorrenza ed i mercati digitali, tema la cui conoscenza è ritenuta imprescindibile per poter compiutamente analizzare il *Digital Markets Act*.

Successivamente, oggetto della trattazione è il *Digital Markets Act* in sé. Si vuole comprendere quali sono i problemi nei mercati digitali ad opinione del legislatore europeo, a contrasto dei quali il Regolamento è stato adottato. Si analizzeranno, quindi, le disposizioni del *Digital Markets Act*, dalle modalità in cui sono individuate le imprese che devono sottostare ai suoi obblighi a quali sono effettivamente gli imperativi dallo stesso contenuti, fino alle modalità con cui la Commissione europea, organo esecutivo del diritto della concorrenza eurounionale, potrà procedere all’*enforcement*.

Compreso il contenuto del Regolamento, le sue disposizioni, l’attenzione della trattazione potrà essere sull’impatto che l’entrata in vigore potrebbe avere sui mercati e sul diritto *antitrust*. In particolare, sarà rilevante capire come la Commissione nel

proporre il Regolamento ha teorizzato il suo impatto con i mercati e quelle che, invece, sono le opinioni della dottrina, non sempre aderenti a pieno con le idee delle autorità europee e spesso evidenziando possibili criticità nell'interazione del nuovo strumento con i mercati. Inoltre, sarà necessario, ai fini di una completa analisi e comprensione del *Digital Markets Act*, lo studio delle sue interazioni con il diritto della concorrenza, e, segnatamente, delle varie criticità esplorate dalla dottrina in merito alla possibile sovrapposizione delle discipline, sia in merito alla disciplina sostanziale, che relativamente all'*enforcement*, con il rischio dello sviluppo di contrasti tra le autorità europee, gli Stati membri ed i loro garanti *antitrust*.

L'ultimo capitolo di questa trattazione, infine, si concentrerà sull'analisi di un caso di diritto *antitrust*, il caso dell'App Store di Apple, muovendo, in particolare dai reclami di Spotify del 2019. Sarà, quindi, introdotto il tema degli *app store*, comprendendo il mercato in cui questi operano e quali sono le criticità concorrenziali che li caratterizzano. Successivamente, verrà illustrato il caso *Spotify contro Apple*, le problematiche lamentate dalla società svedese di *streaming* musicale e le comunicazioni da parte della Commissione europea in merito. In seguito, si potrà analizzare l'applicabilità del *Digital Markets Act* al caso e potranno essere individuate le disposizioni applicabili agli *app store*, per poi, in conclusione, ipotizzare l'impatto del Regolamento sul caso in questione.

Lo scopo di questa trattazione, dunque, è, una volta comprese le necessità che hanno spinto il legislatore europeo all'adozione del Regolamento sui mercati digitali ed i contenuti dello stesso, analizzare le modalità con cui il Regolamento potrà essere applicato e cogliere quali criticità e sfide sono poste di fronte al corretto sviluppo del nuovo strumento *antitrust* messo in mano alle autorità eurounionali.

I. Il diritto *antitrust* dell'Unione Europea e i mercati digitali

SOMMARIO: 1. I primi passi dell'integrazione: la "dichiarazione Schuman" e l'istituzione della CECA. - 2. Il Trattato di Roma e la Comunità Economica Europea. - 3. Il Trattato di Maastricht, l'Unione Europea e i regolamenti in materia *antitrust*. - 3.1. L'applicazione delle norme del Trattato ed il Regolamento 1/2003. - 3.2. La disciplina delle concentrazioni: il Regolamento 139/2004. - 4. Lisbona, l'ultimo Trattato e gli articoli 101 e 102 del TFUE. - 4.1. Il divieto di accordi nocivi alla concorrenza. - 4.2. L'abuso di posizione dominante. - 5. La concorrenza nei mercati digitali. - 5.1. I mercati e le piattaforme digitali. - 5.2. Le criticità della concorrenza nei mercati digitali. - 5.3. L'applicazione delle norme *antitrust* nei mercati digitali. - 5.3.1. Il caso *Google Search (Shopping)*.

1. I primi passi dell'integrazione: la "dichiarazione Schuman" e la CECA

L'attuale Unione Europea, come noto, si è sviluppata negli ultimi settanta anni da quella che era l'originaria idea di un patto di collaborazione economica. Fin dall'origine, caratteristica fondamentale del processo di integrazione europea è stata la scelta politica esplicita di garantire pienamente la libertà di concorrenza agli operatori del mercato. Come evidenziato dal professor Moavero Milanese in *The History of the European Union: constructing utopia* (2019), nei primi anni '50, la direzione presa dalle comunità europee non era ovvia, ciò a causa della spinta esercitata dallo schema alternativo di economia pianificata, applicato in un'Europa orientale ad influenza Sovietica, ma anche per via della notevole incidenza che i governi dei paesi dell'Europa occidentale erano abituati ad esercitare negli affari economici attraverso la presenza diffusa di imprese statali, spesso operanti in regimi privilegiati o come monopoli legali.¹

In questo contesto assumeva, ed assume ancora oggi, particolare rilevanza la protezione della libertà di concorrenza all'interno del mercato da cartelli, concentrazioni e abusi di potere. Particolare importanza, dunque, era data al diritto della concorrenza, al diritto *antitrust*.

¹ (Amato, Moavero Milanese, Pasquino, & Reichlin, 2019), Parte V, capitolo 21.

Già nella “dichiarazione Schuman” del 9 maggio 1950, con la quale l’allora Ministro degli esteri francese illustrava per la prima volta il concetto di un’integrazione europea, compare la necessità di improntare un, ai tempi ipotetico, mercato unico al principio di “libero mercato”. Schuman, infatti, dichiarò che “*contrariamente ad un cartello internazionale [...] l’organizzazione progettata assicurerà la fusione dei mercati e l’espansione della produzione*”, evidenziando la propensione al contrasto di pratiche restringenti quest’auspicata libertà dello scambio economico.²

Non passa molto tempo dalla “dichiarazione Schuman” per giungere a quello che è considerabile come uno dei passaggi principali nel processo di integrazione europea: l’istituzione della Comunità europea del carbone e dell’acciaio (CECA), avvenuta nel 1951³ con il Trattato di Parigi, che avrebbe poi indotto gli Stati europei ad una cooperazione sempre più profonda.

Nel testo del Trattato di Parigi compare, per la prima volta, una disciplina della concorrenza comune tra gli Stati parte della comunità.⁴ In particolare, le norme volte a contrastare possibili comportamenti nocivi nei confronti del libero mercato compaiono nel capitolo VI, dedicato ai comportamenti delle imprese all’interno del nuovo contesto di un mercato unico del carbone e dell’acciaio.⁵

In questo scenario, è sicuramente di fondamentale rilevanza notare che il Trattato ponga immediatamente un divieto avverso “*gli accordi tra imprese, le decisioni da parte di associazioni di aziende ed i sistemi concordati che tendano, sul mercato comune, direttamente o indirettamente, ad impedire, limitare o falsare il gioco normale della concorrenza*”⁶, disciplinando per la prima volta nel contesto europeo la fattispecie degli accordi tra imprese nocivi alla concorrenza nel mercato. L’articolo successivo⁷, poi, regolava lo specifico fenomeno delle concentrazioni tra imprese,

² Come dalla traduzione disponibile sulla sezione storica del sito ufficiale dell’Unione Europea https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/history-eu/1945-59/schuman-declaration-may-1950_it.

³ Va notato come il Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell’acciaio fu in effetti ratificato nel 1951, ma entrò in vigore solo l’anno successivo.

⁴ Parte della Comunità sono stati sei Stati: Italia, Belgio, Francia, Paesi Bassi, Lussemburgo e Repubblica Federale di Germania (all’epoca dei fatti, anche nota come Germania Ovest).

⁵ Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell’acciaio, Capitolo VI, “*Intese e Concentrazioni*”.

⁶ Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell’acciaio, art. 65, § 1.

⁷ Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell’acciaio, art. 66.

operazioni sottoposte ad un controllo preventivo dell'Alta autorità della Comunità. Il controllo dell'Alta Autorità aveva il fine di valutare il possibile impatto delle concentrazioni nel mercato comune, in quanto queste potevano essere autorizzate solo una volta riconosciuta la non possibilità per le imprese interessate di “[...] ostacolare il mantenimento di una concorrenza effettiva su una parte importante del mercato [...]” e di “sottrarsi alle regole di concorrenza risultanti dalla applicazione del Trattato”.⁸

Inoltre, è indubbiamente significativo il fatto che il testo dell'art. 66 del Trattato di Parigi contenesse una preliminare introduzione, seppur “in una fase embrionale”,⁹ della disciplina relativa al fenomeno dell'abuso della posizione dominante. Era, in effetti, previsto che l'Alta Autorità “se constatata che delle imprese pubbliche o private, abbiano o assumano di diritto o di fatto sul [...] una posizione dominante che le sottragga ad una concorrenza effettiva in una parte importante del mercato comune, utilizzino questa posizione a scopi contrari agli obiettivi del presente Trattato, rivolge loro tutte le raccomandazioni atte ad ottenere che questa posizione non sia utilizzata a tali fini”.¹⁰

Sostanziale importanza, nell'ambito della disciplina *antitrust* del Trattato di Parigi, va, dunque, riconosciuta al ruolo previsto all'epoca per l'organo esecutivo della CECA, l'Alta autorità. In capo a questa, infatti, furono attribuiti poteri anche in merito al controllo per quanto concerneva possibili violazioni della normativa, dotandola, inoltre, della facoltà di comminare ammende e penalità nei confronti delle imprese le cui azioni fossero state riconosciute in contrasto alle disposizioni in merito ad accordi, intese e concentrazioni.¹¹

Sono, dunque, due gli ambiti verso cui il neonato diritto *antitrust* comunitario volge il proprio interesse: i comportamenti delle imprese volti a limitare o falsare la libertà di mercati oggetto del Trattato da parte delle imprese e la salvaguardia degli stessi mercati

⁸ Trattato CECA, art. 66, § 2.

⁹ Così Monti in *The History of the European Union: constructing utopia* (2019), Parte I, capitolo 4, in merito all'introduzione di regole sulla concorrenza nel Trattato di Parigi.

¹⁰ Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, articolo 66, § 7.

¹¹ Trattato CECA, art. 65, §5 e art. 66, fo 6.

dai rischi derivanti dalla concentrazione di eccessivo potere in capo ad una o più imprese.

2. Il Trattato di Roma e la Comunità Economia Europea

La CECA, come anticipato, costituisce solo il primo elemento del processo comunitario europeo, viene infatti istituita solo pochi anni dopo, nel 1957, tramite la sottoscrizione del Trattato di Roma¹², la Comunità Economica Europea (CEE).

Con il Trattato istituyente la CEE gli Stati firmatari¹³ non si limitarono alla costituzione di un mercato unico limitato a specifici settori, così come erano quelli del carbone e dell'acciaio di cui al Trattato di Parigi, ma ha un fine più radicale, cioè il fine di favorire *“l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta, un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita e più strette relazioni fra gli Stati che ad essa partecipano”*.¹⁴ Con queste premesse, ed il conseguenziale allargamento del campo di azione della nuova Comunità, è inevitabile una maggiore importanza assunta dal tema della regolazione della concorrenza all'interno del progetto di integrazione comunitaria. Viene, dunque, prontamente indicato, tra i fini dell'azione della nuova comunità, *“la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune”*.¹⁵

Con il nuovo Trattato, la disciplina antimonopolistica fu ampliata e puntualizzata, segnatamente, tramite la prima sezione del capo del Trattato relativo alla concorrenza, denominata *“Regole applicabili alle imprese”*.¹⁶ All'interno di questa sezione viene, innanzitutto, riaffermato il divieto all'interno della Comunità di accordi, decisioni e tutte le pratiche concordate tra imprese *“che possano pregiudicare il commercio tra*

¹² Va rilevato come spesso ci si riferisca ai Trattati di Roma, al plurale, in quanto contestualmente con la Comunità Economica Europea fu istituita la Comunità europea dell'energia atomica.

¹³ Il Trattato di Roma del 1957 fu sottoscritto dagli stessi Stati che presero parte alle CECA (Italia, Belgio, Francia, Paesi Bassi, Lussemburgo e Repubblica Federale di Germania).

¹⁴ Versione originale del 1957 del Trattato che istituisce la Comunità economica europea, Principi, art. 2.

¹⁵ *ibid.*, Principi, art. 3(f).

¹⁶ *ibid.*, Politica della Comunità, Titolo I, Capo I, sezione I.

*Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune*¹⁷ e, successivamente, viene proibito e definito lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante sul mercato comune, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri.¹⁸

Con i primi due articoli del capo del Trattato relativo alla disciplina *antitrust* non avvenne, nonostante sia indubbia un'evoluzione della normativa stessa, uno stravolgimento di quelle che erano le norme già previste dal Trattato CECA. Tuttavia, con il Trattato di Roma, al fine di un'effettiva incisività delle norme sulla concorrenza ed anche con l'obiettivo di reagire a quello che era stato a tutti gli effetti un insuccesso delle norme in tema previste per la CECA solo pochi anni prima¹⁹, gli Stati membri della Comunità si impegnarono nella predisposizione di *“tutti i regolamenti o le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 85 e 86”*.²⁰ Questo impegno si tradusse, cinque anni più tardi, nell'approvazione del Regolamento sull'applicazione degli articoli del Trattato CEE in materia di intese restrittive e abuso di posizione dominante.²¹ Il Regolamento n. 17/1962, il cui obiettivo era quello di regolare l'azione pratica di prevenzione e controllo delle pratiche anticoncorrenziali poste in essere dalle imprese, rese possibile lo sviluppo della politica comunitaria sulla concorrenza da parte della neonata Commissione, nuovo organo sovranazionale ed indipendente istituito all'interno della Comunità economica europea nel solco di quella che era l'Alta autorità per la CECA. Alla Commissione, infatti, fu assegnato dal Trattato di Roma il compito di applicare il diritto comunitario della concorrenza e gli fu conferito il potere, oltre che di sanzionare i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese, di autorizzarne le intese qualora queste ultime risultassero in grado di *“contribuire a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere*

¹⁷ *ibid.*, art. 85, § 1.

¹⁸ *ibid.*, art. 86.

¹⁹ Come evidenziato da Malaguti nell'articolo “I valori della concorrenza e del mercato nell'Unione Europea” (Malaguti, 2015), a causa anche di una bassa volontà politica in Europa di utilizzare concretamente lo strumento delle norme *antitrust*.

²⁰ Versione originale del 1957 del Trattato che istituisce la Comunità economica europea, art. 87.

²¹ Regolamento del Consiglio CEE n. 17 del 21.2.1962, Primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato (Regolamento 17/1962).

il progresso tecnico o economico".²² Con l'adozione del Regolamento 17/62 si concretizzò, dunque, all'interno della ancora giovane Comunità economica europea un accentramento dei poteri applicativi in merito alle procedure antimonopolistiche previste.

Il sistema così delineato del diritto *antitrust* europeo non era, però, ancora completo. Infatti, il sistema comunitario delineato dal Trattato di Roma difettava ancora di una regolamentazione del fenomeno delle concentrazioni.²³

Questa lacuna nella disciplina fu colmata solo nel 1989 con l'adozione del Regolamento n. 4064.²⁴ Il regolamento, frutto di un lungo processo politico²⁵ più volte interrotto volto ad individuare il corretto bilanciamento di interessi tra gli Stati membri della Comunità, fu adottato con il fine di "*completare l'arsenale di cui la Comunità economica europea doveva disporre per creare un regime inteso a garantire che la concorrenza non fosse falsata nel mercato comune*".²⁶

A partire dai "considerando" del Regolamento in questione possono essere ricavate nel dettaglio le motivazioni fondanti, per la Comunità, che rendevano necessaria l'adozione di un nuovo strumento *antitrust*. In particolare, venne in questa sede sottolineato come "*gli articoli 85 e 86, pur potendo essere applicati secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia a talune concentrazioni, non sono tuttavia sufficienti a coprire tutte le operazioni che rischiano di rivelarsi incompatibili con il regime di concorrenza non falsata contemplato dal trattato*"²⁷ e, dunque, era necessaria la creazione di "*uno strumento giuridico nuovo sotto forma di regolamento che consenta un controllo effettivo di tutte le operazioni di concentrazione in funzione*

²² Versione originale del 1957 del Trattato che istituisce la Comunità economica europea, art. 85, § 3.

²³ È importante notare come questa mancanza di regolamentazione del fenomeno delle concentrazioni non copre l'intero sistema comunitario. Ciò in quanto, come già visto, il Trattato di Parigi istitutiva la CECA norma il fenomeno nel suo articolo 66.

²⁴ Regolamento del Consiglio CEE n. 4064/1989 del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (Regolamento 4064/89).

²⁵ Relativamente alla durata del processo che ha portato al Regolamento 4064/89, si può rilevare come uno dei primi studi sulla materia da parte della Commissione è datato 1966 (*Il problema della concentrazione nel mercato comune*, in *Studi, serie «Concorrenza»*, n. 3, a cura della Commissione delle Ce, Bruxelles, 1966).

²⁶ Così Pappalardo nel suo articolo di analisi del Regolamento sulle concentrazioni del 1990 (Pappalardo, 1990).

²⁷ Regolamento 4064/89, "considerando" n. 6.

*della loro incidenza sulla struttura di concorrenza nella Comunità e che sia il solo applicabile a tali concentrazioni”.*²⁸

L'atto normativo in analisi, dopo aver stabilito il proprio campo d'applicazione, definisce le caratteristiche delle concentrazioni “di dimensioni comunitarie”, rilevanti nell'ambito del diritto *antitrust* europeo.²⁹ Inoltre, con lo stesso atto furono delineate le procedure collegate alle operazioni di concentrazione, ponendo in capo ai soggetti realizzanti un'operazione di concentrazione un obbligo di notificazione verso la Commissione dell'operazione stessa. Solo a seguito della notificazione, la Commissione aveva il potere di dichiarare la concentrazione compatibile con il mercato comune, chiedere modifiche alle imprese interessate, dichiararla incompatibile ovvero ordinare qualsiasi misura idonea a ripristinare la concorrenza effettiva se la concentrazione fosse già avvenuta.³⁰

Anche nel campo delle concentrazioni, dunque, poteri e compiti erano stati posti in capo alla Commissione, che aveva il compito di vigilare sulla conformità del comportamento delle imprese al Regolamento e i poteri di applicare lo stesso.

3. Il Trattato di Maastricht, l'Unione Europea e i regolamenti in materia *antitrust*

La fase recente, relativa all'ultimo trentennio, dell'integrazione europea ha avuto origine con il Trattato di Maastricht del 1992. Dal Trattato di Roma la comunità europea si era allargata³¹, ed il nuovo accordo tra gli Stati membri, sempre più vicini tra di loro, aveva il fine di disciplinare esso stesso la cooperazione tra gli stessi in alcune materie, istituendo una nuova struttura comunitaria denominata Unione

²⁸ *ibid.*, “considerando” n. 7.

²⁹ *ibid.*, articolo 1.

³⁰ *ibid.*, articoli 4, 6, 8.

³¹ Gli Stati firmatari del Trattato di Maastricht sono dodici, con Spagna, Portogallo, Danimarca, Grecia, Regno Unito e Repubblica d'Irlanda che nel periodo intercorso dopo il Trattato di Roma avevano deciso di unirsi alle sei nazioni originarie ed entrare a far parte della CEE.

europea, il cui obiettivo finale era quello di ricomprendere in un unico quadro generale le varie forme di cooperazione attuate dagli Stati membri.³²

A seguito del Trattato sull'Unione europea, all'interno dell'Unione stessa si distinguevano tre pilastri fondamentali su cui si basava l'azione comunitaria. Nell'ambito di questa trattazione, il pilastro di maggiore rilevanza è il primo, il cui contenuto era formato dalle Comunità europee, ed era regolato dal Trattato CE³³ e dal Trattato EURATOM, (nonché, fino alla sua estinzione nel luglio 2002, dal Trattato CECA) e aveva ad oggetto le numerose materie di competenza comunitaria, tra le quali assume particolare importanza la materia della concorrenza.³⁴

Pertanto, come si evince, la disciplina comunitaria della concorrenza non ha subito particolari modifiche con l'entrata in vigore del Trattato sull'Unione europea, né in un senso ampliativo né restrittivo della sua azione.

3.1. L'applicazione delle norme del Trattato ed il Regolamento 1/2003

In effetti, perché siano introdotte novità nella disciplina *antitrust* comunitaria, bisognerà attendere la fine del 2002 e, in particolare il Regolamento concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82³⁵ del Trattato.³⁶ Il nuovo regolamento, distanziandosi dal Regolamento 17/1962 che lo aveva preceduto normando l'applicazione degli stessi articoli, sancisce un decentramento delle procedure *antitrust*. In particolare, il Regolamento 17/1962 prevedeva che la vigilanza

³² Il Trattato di Maastricht viene, infatti, anche denominato Trattato sull'Unione europea (TUE).

³³ La Comunità economica europea, a partire dal 1° novembre 1993 con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, ha assunto il nome di Comunità europea; pertanto, si può parlare di Trattato CE e non Trattato CEE riferendosi al Trattato di Roma del 1957.

³⁴ Gli altri due pilastri riguardavano la politica estera e di sicurezza comune, quanto al secondo, e la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, il terzo. Erano entrambi regolati dal Trattato sull'Unione europea. La ragione che aveva gli Stati membri alla costruzione di un sistema di questo tipo risiedeva nel fatto che nelle materie facenti parte del secondo e del terzo pilastro non si era voluto attribuire competenze alle Comunità, ma gli Stati avevano deciso di cooperare in base a regole che consentivano loro di mantenere un ruolo decisionale rilevante (Gaja & Adinolfi, 2020).

³⁵ Va notato che alcuni articoli nella Versione consolidata del Trattato CE, nonostante riportassero essenzialmente gli stessi contenuti presenti già al tempo del Trattato di Roma del 1957, abbiano assunto una numerazione differente a causa di modifiche intercorse a seguito del Trattato di Amsterdam del 1997. Nel caso specifico di nostro interesse, gli articoli 85 e 86 della Versione originale del 1957 del Trattato CEE corrispondono agli articoli 81 e 82 della Versione consolidata del Trattato che istituisce la Comunità europea.

³⁶ Regolamento del Consiglio CE n. 1/2003 del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato (Regolamento 1/2003).

della Commissione riguardo al rispetto delle disposizioni in merito ad intese ed abuso di posizione dominante avvenisse mediante un sistema basato sulle notificazioni. Gli articoli 4 e 5³⁷ prevedevano, infatti, un sistema basato sul dovere posto in capo alle imprese di notificare “*gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate, di cui all'articolo 85, paragrafo 1, del Trattato [...] alla Commissione*”, notifica necessaria per le imprese che intendessero avvalersi del paragrafo 3 dello stesso articolo 85, volendo quindi far dichiarare la disciplina antimonopolistica non applicabile a propri accordi. Il Regolamento 1/2003, come detto, oltre ad abrogare quasi la totalità delle disposizioni di cui al Regolamento 17/1962,³⁸ modifica questa prospettiva.

Questo cambiamento di prospettiva, viene espresso già all'interno dei “considerando” del Regolamento, in quanto il legislatore europeo ha ritenuto il sistema centralizzato istituito dal regolamento n. 17 non più in grado di garantire un bilanciamento tra la necessità di esercitare una sorveglianza efficace e semplificare il controllo amministrativo.³⁹ Si avverte, dunque, la necessità di un nuovo sistema più decentrato del precedente e per garantire l'effettiva applicazione delle regole di concorrenza comunitarie e il corretto funzionamento del meccanismo di cooperazione contenuto nel nuovo regolamento viene considerata come necessaria l'imposizione alle autorità garanti della concorrenza nazionali e alle giurisdizioni degli Stati membri di applicare anche gli articoli 81 e 82 del Trattato laddove si trovino ad applicare il diritto nazionale in materia di concorrenza ad accordi e prassi che possono pregiudicare il commercio tra Stati membri.⁴⁰ In particolare, alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, è conferito il potere di ordinare la cessazione di un'infrazione, disporre misure cautelari, accettare impegni e comminare sanzioni nell'applicare gli articoli 81 ed 82.⁴¹ Come detto, una delle novità del Regolamento 1/2003, rispetto al suo predecessore del 1962, è il passaggio da un sistema basato sulle notificazioni da parte delle imprese di accordi, decisioni e pratiche normate dal Trattato alla Commissione⁴² ad uno dove,

³⁷ Regolamento del Consiglio CEE n. 17/1962, articoli 4 e 5.

³⁸ Regolamento del Consiglio CE n. 1/2003, articolo 43.

³⁹ *ibid.*, considerando nn. 2, 3.

⁴⁰ Ciò è affermato dal Regolamento del Consiglio CE n. 1/2003, considerando n. 8, e poi confermato all'art. 3 dello stesso.

⁴¹ Regolamento del Consiglio CE n. 1/2003, articolo 5.

⁴² Regolamento del Consiglio CEE n. 17/1962, articoli 4 e 5.

invece, è la Commissione che, una volta constatata un'infrazione, può obbligare imprese e associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata, imponendo loro l'adozione di tutti i rimedi comportamentali o strutturali, proporzionati all'infrazione commessa e necessari a far cessare effettivamente l'infrazione stessa.⁴³

Vengono, a questo fine, concessi alla Commissione poteri in ordine all'adozione di misure cautelari, nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave ed irreparabile per la concorrenza,⁴⁴ e alla possibilità di rendere obbligatori gli impegni adottati dalle imprese interessate da una possibile decisione volta a far cessare una loro infrazione.⁴⁵

Va, inoltre, notato che per le imprese l'importanza delle notificazioni previste dal Regolamento 17/1962 era dovuta anche dal fatto che in quel modo la Commissione avrebbe potuto dichiarare tali accordi, decisioni o pratiche non in contrasto con le disposizioni del Trattato. In assenza delle notificazioni, la constatazione di inapplicabilità delle norme del Trattato dopo il Regolamento 1/2003 è stata rimessa completamente ad un procedimento d'ufficio attivabile dalla Commissione, che *“può stabilire mediante decisione che l'articolo 81 del trattato è inapplicabile a un accordo, a una decisione di un'associazione di imprese o a una pratica concordata, o perché le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 1, del trattato non sono soddisfatte, o perché sono soddisfatte le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, del trattato”*.⁴⁶ Alla Commissione è stato, inoltre, attribuito il compito di effettuare lo stesso tipo di constatazione in relazione all'articolo 82 del Trattato.

3.2. La disciplina delle concentrazioni: il Regolamento 139/2004

Il Regolamento 1/2003 non è, però, l'unico atto normativo europeo in materia di diritto della concorrenza. Ciò in quanto, non molto tempo dopo, è stato approvato un nuovo regolamento in materia di concentrazioni, il Regolamento 139/2004.⁴⁷

⁴³ Regolamento del Consiglio CE n. 1/2003, articolo 7.

⁴⁴ *ibid.*, articolo 8.

⁴⁵ *ibid.*, articolo 9.

⁴⁶ *ibid.*, articolo 10.

⁴⁷ Regolamento del Consiglio CE n. 139 del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (Regolamento 139/2004).

Il nuovo regolamento aveva l'obiettivo di essere, come da parole dell'allora Commissario europeo per la concorrenza Mario Monti, *“la riforma di più ampia portata nella disciplina delle concentrazioni dall'adozione del Regolamento del 1989”*.⁴⁸

Il regolamento 139/2004 è il successore, nella materia delle concentrazioni, del regolamento 4064/89. Nel pensiero del legislatore europeo, la necessità di un nuovo atto normativo volto a regolare la fattispecie era dovuta all'esigenza far fronte alle sfide di un mercato più integrato e del futuro allargamento dell'Unione.⁴⁹

Il regolamento, dopo aver definito il proprio campo d'applicazione all'articolo 1, apporta una rilevante modifica ai criteri di valutazione delle concentrazioni che erano contenuti nel Regolamento 4064/1989, ciò tramite l'adozione del test SIEC⁵⁰, in base al quale l'ipotesi maggiormente pregiudizievole per la concorrenza è l'instaurazione o il consolidamento di una posizione dominante, confermando la prassi applicativa della Commissione e a discapito di un criterio basato sul consistente pregiudizio alla concorrenza.⁵¹

Segnatamente, emerge dall'analisi dei paragrafi 2 e 3 dell'articolo 2 il criterio in base al quale *“le concentrazioni che ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate incompatibili con il mercato comune”*. Come notato, è, dunque, l'instaurazione o il consolidamento di una posizione dominante attraverso operazioni di concentrazione ad essere valutata come una delle ipotesi maggiormente rilevanti di pregiudizio per lo stato della concorrenza.

⁴⁸ Dal discorso dell'allora Commissario alla concorrenza Mario Monti *“Merger Control in the European Union: A Radical Reform”*, alla conferenza di Commissione europea e IBA sul controllo delle concentrazioni del 7 novembre 2002, Bruxelles.

⁴⁹ Regolamento del Consiglio CE n. 139/2004, considerando n. 6.

⁵⁰ L'acronimo SIEC indica *Significant Impediment to Effective Competition*.

⁵¹ Sul punto, si veda (Ghezzi & Olivieri, 2019), capitolo V.

Il legislatore europeo con il Regolamento 139/2004, oltretutto, fornisce una definizione del fenomeno delle concentrazioni, includendo i casi in cui si produca una modifica duratura del controllo a seguito:

- a) *“della fusione di due o più imprese precedentemente indipendenti o parti di imprese; oppure”*
- b) *“dell’acquisizione, da parte di una o più persone che già detengono il controllo di almeno un’altra impresa, o da parte di una o più imprese, sia tramite acquisto di partecipazioni nel capitale o di elementi del patrimonio, sia tramite contratto o qualsiasi altro mezzo, del controllo diretto o indiretto dell’insieme o di parti di una o più altre imprese.”⁵²*

Sono, poi, delineate le procedure connesse al fenomeno delle concentrazioni di rilevanza comunitaria, la quale non differisce in maniera rilevante da quella a suo tempo tracciata dal Regolamento 4064/89.

Nuovamente, è presente un obbligo di notificazione verso la Commissione di tutte le concentrazioni rilevanti ai fini del Regolamento *“prima della loro realizzazione e dopo la conclusione dell’accordo, la comunicazione dell’offerta d’acquisto o di scambio o l’acquisizione di una partecipazione di controllo”*.⁵³ A seguito della notificazione la Commissione procede al proprio esame preliminare, che può concludersi senza opposizione alla stessa, perché la concentrazione notificata non rientra nei casi applicativi del Regolamento stesso o perché *“non suscita seri dubbi per quanto riguarda la sua compatibilità con il mercato comune”*, ovvero la Commissione può decidere di avviare un procedimento se *“constata che la concentrazione notificata rientra nel presente regolamento e suscita seri dubbi per quanto riguarda la sua compatibilità con il mercato comune”*.⁵⁴

Il procedimento nominato dall’art. 6, § 1, lett. c), porta, infine, la Commissione ad una decisione definitiva, con la quale la concentrazione può essere dichiarata compatibile, anche subordinandola a determinate condizioni e obblighi, o meno con il mercato

⁵² Regolamento del Consiglio CE n. 139/2004, articolo 3.

⁵³ *ibid.*, articolo 4.

⁵⁴ *ibid.*, articolo 6.

interno. Inoltre, se la Commissione dovesse constatare che una concentrazione dichiarata incompatibile fosse già avvenuta ovvero un'operazione di concentrazione avesse disatteso le condizioni sottoposte, è dotata del potere di ordinare qualsiasi misura opportuna per assicurare che le imprese smembrino la concentrazione o prendano altri provvedimenti di ripristino della situazione anteriore.⁵⁵

4. Lisbona, l'ultimo Trattato e gli articoli 101 e 102 del TFUE

L'ultimo atto, in questa breve analisi della storia del diritto *antitrust* nell'ambito delle comunità europee, è il Trattato di Lisbona del 2007.

Il Trattato di Lisbona modifica, nuovamente, il sistema legislativo sul quale si fonda l'Unione europea, peraltro mantenendo una struttura basata su due Trattati. Segnatamente, il Trattato sull'Unione europea, a seguito del 2007, detta ora i principi più importanti enunciando, tra l'altro, i fini dell'Unione e i valori sui quali essa si fonda, e fu stipulato un nuovo Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il quale riprende i contenuti del Trattato CE, enunciando le regole più puntuali e dettagliate sul funzionamento delle istituzioni e sulle competenze dell'Unione.⁵⁶

Nuovamente, il contenuto delle norme relative alla disciplina monopolistica non viene modificata nel passaggio al TFUE.⁵⁷ Tuttavia, deve essere rilevato il fatto che il Trattato sull'Unione europea, nell'elencare gli obiettivi eurounitari non faccia menzione della concorrenza;⁵⁸ ciò nonostante, la centralità del ruolo della disciplina *antitrust* non viene per questo persa, è infatti poi elencata tra le materie di competenza esclusiva dell'Unione dal Trattato sul funzionamento, dove ne viene evidenziata la necessità al fine del funzionamento del mercato interno.⁵⁹

⁵⁵ *ibid.*, articolo 8.

⁵⁶ Con la nuova formulazione dei Trattati sopra prospettata, fu eliminata la struttura in pilastri, anche se restano delle regole particolari per le materie di politica estera e di sicurezza comune, in quanto gli Stati membri decisero di mantenere un controllo significativo rispetto a scelte politiche che ritenevano maggiormente rilevanti. (Gaja & Adinolfi, 2020)

⁵⁷ L'unica modifica negli articoli di nostro interesse, ancora una volta, è quella in merito alla numerazione degli articoli stessi. Gli articoli 81 e 82 della Versione consolidata del Trattato che istituisce la Comunità europea corrispondono agli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

⁵⁸ Versione consolidata del Trattato sull'Unione europea, articolo 3.

⁵⁹ Versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, articolo 3, § 1, b).

In questo modo, il Trattato di Lisbona ha sancito la funzione della concorrenza quale “strumento” e non “valore in sé”. Questa distinzione, che concretamente non ha inciso sull’ampiezza della tutela *antitrust* dell’Unione, si era, però, resa necessaria al fine di un corretto bilanciamento tra l’applicazione delle norme in merito e gli interessi sociali talora in contrasto con la stessa.⁶⁰ Come evidenziato da Libertini (2014), *“l’approccio ormai prevalente [...] identifica la tutela della concorrenza non più con la tutela di una certa struttura di mercato ma come una disciplina volta a realizzare un ottimale funzionamento del mercato, con l’obiettivo di realizzare il massimo benessere del consumatore”*.⁶¹

Come detto, il contenuto delle norme relative alla disciplina *antitrust* resta lo stesso anche con il Trattato di Lisbona, che, dunque, continua a regolare le fattispecie degli accordi dannosi per la concorrenza e dell’abuso di una posizione dominante.

4.1. Il divieto di accordi nocivi alla concorrenza

Il primo dei due articoli del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea di nostro interesse, l’articolo 101, regola, e proibisce, determinati atti posti in essere da una pluralità di imprese, comprendendo accordi, pratiche concordate e decisioni poste in essere da associazioni di imprese.

In particolare, il primo paragrafo stabilisce che *“sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all’interno del mercato interno”*. All’interno dello stesso paragrafo, il Trattato identifica nel dettaglio talune tipologie di accordi tra imprese rientranti all’interno della cornice applicativa dell’articolo stesso, tra i quali si possono ricordare quelli consistenti *“nel limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti”*⁶² e quelli il cui fine è *“applicare, nei rapporti*

⁶⁰ In merito, si può pensare alla tutela dell’ambiente. (Libertini, 2014), capitolo introduttivo.

⁶¹ (Libertini, 2014), capitolo introduttivo.

⁶² Versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, articolo 101, § 1, b).

*commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza”.*⁶³

Lo stesso articolo 101, dopo aver ribadito la nullità di accordi o decisioni vietate nel primo paragrafo,⁶⁴ prosegue indicando i casi in cui queste disposizioni possono essere dichiarate inapplicabili, il che può accadere in relazione a casi specifici “*che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico*”.⁶⁵

Analizzando la disposizione appena citata, appare evidente come siano state poste due condizioni ai fini dell’applicabilità della disposizione. In particolare, si richiede che il comportamento delle imprese possa pregiudicare il commercio tra Stati membri, dunque si tratta di un pregiudizio anche solo potenziale, e il suo oggetto, o effetto, sia quello di restringere la competizione all’interno del mercato eurounionale.

Va osservato che la prima condizione serve anche a definire la sfera di competenza della legislazione eurounionale rispetto a quella dei diversi Stati membri: in generale, se la concorrenza viene intaccata ma il commercio europeo no, si interviene in base alle leggi nazionali applicabili.⁶⁶

Inoltre, è importante notare come questa norma sia uno dei casi in cui si applica il cosiddetto principio di extraterritorialità delle norme *antitrust*, cioè in quanto l’articolo 101 è applicabile a tutte le intese restrittive della concorrenza nel mercato interno,⁶⁷ potendo essere, dunque, violato anche da imprese con sede fuori dall’Unione europea. Infatti, nulla viene disposto in merito al luogo in cui le condotte rilevanti devono essere realizzate, né al soggetto autore delle stesse, conseguentemente sembra avere rilievo semplicemente il verificarsi di effetti anticompetitivi nel mercato unico europeo.⁶⁸

⁶³ *ibid.*, articolo 101, § 1, d).

⁶⁴ *ibid.*, articolo 101, § 2.

⁶⁵ *ibid.*, articolo 101, § 3.

⁶⁶ Come anche sostenuto in (Amato, Moavero Milanese, Pasquino, & Reichlin, 2019), Parte V, capitolo 21.

⁶⁷ Va notato come poi lo stesso si potrà dire nell’analisi del successivo articolo 102 TFUE, essendo questo applicabile ad ogni abuso di una posizione dominante avente ripercussioni nel mercato interno.

⁶⁸ Si veda (Pocar & Baruffi, 2014) nell’analisi delle norme comuni eurounionali sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni.

Concludendo questa sommaria analisi dell'articolo 101, è importante rilevare come la violazione delle disposizioni di cui ai paragrafi 1 e 2 non è presa in considerazione se l'impatto del comportamento anticoncorrenziale, reale o possibile, è di minore importanza e non significativo, come anche confermato da una specifica comunicazione proveniente dalla Commissione europea che definisce tali situazioni come *de minimis*.⁶⁹

4.2. L'abuso di posizione dominante

Come visto, l'articolo 101 del TFUE si concentra sul contrasto nei confronti di comportamenti posti in essere da più imprese, tali sono, infatti, accordi, decisioni di associazioni e pratiche concordate. Diversamente, l'articolo successivo, il 102, concentra la sua azione sullo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato interno.

In particolare, viene inizialmente disposto che *“è incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno⁷⁰ o su una parte sostanziale di questo”*.⁷¹ Queste pratiche abusive sono poi specificate nel dettaglio dallo stesso articolo, il quale le riconosce nel:

- a) *“imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque;*
- b) *limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori;*

⁶⁹ Commissione europea, *Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, § 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (comunicazione «de minimis»)*, G.U. dell'Unione europea 2014/C 291/01.

⁷⁰ Nella definizione dello spazio di azione della disposizione nel “mercato interno” si può constatare l'unica differenza con l'articolo 82 TCE, il quale utilizzava la locuzione “mercato comune”.

⁷¹ Versione consolidata del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, articolo 102.

- c) *applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza;*
- d) *subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.*⁷²

Come si evince dalla lettura dell'articolo in esame, anche in questo caso sussistono due condizioni ai fini dell'applicazione della norma. La prima, come già era stato per l'articolo 101, consta nel fatto che deve esserci un effetto lesivo del mercato interno, in quanto è richiesto che lo sfruttamento “*possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri*”. È, ulteriormente, necessario che sussista una posizione dominante sul mercato di riferimento da parte di un'impresa.

Oltretutto, è opportuno osservare, che oggetto del divieto non è l'acquisizione della posizione dominante, ma, piuttosto, lo sfruttamento abusivo di posizione di supremazia nei confronti del mercato interno.⁷³

Quanto all'applicazione pratica della norma in esame, è necessaria un'ulteriore analisi. In particolare, va notato come sia propedeutica all'identificazione di un abuso di posizione dominante la determinazione del mercato all'interno del quale l'abuso si compie. Questo, definito “mercato rilevante”, viene deve essere definito sotto due profili, quello geografico e quello del prodotto, come da giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia. Precisamente, si può ricordare una decisione fondamentale sulla questione, cioè quella della causa *United Brands c. Commissione*⁷⁴, nella cui sentenza la Corte ha statuito che “*onde stabilire se la UBC detenga una posizione*

⁷² *ibid.*

⁷³ Si può in questo caso notare la differenza tra la disciplina europea e quella statunitense in merito. In particolare, la legge americana che norma la materia è lo Sherman Act, il quale vieta qualsiasi atto volto a “monopolizzare, o tentare di monopolizzare, o combinare o cospirare con qualsiasi altro ... per monopolizzare qualsiasi parte del commercio in un mercato”. Pertanto, rispetto allo Sherman Act, la normativa europea copre un campo di applicazione più limitato.

⁷⁴ Sentenza della Corte di Giustizia nella causa 27/76, *United Brands Company c. Commissione delle Comunità europee*, EU:C:1978:22.

dominante sul mercato delle banane, è d'uopo definire detto mercato e sotto il profilo del prodotto e sotto quello geografico".⁷⁵

Una volta identificato il mercato rilevante, tramite i criteri appena rappresentati, sarà necessaria una valutazione in merito all'effettiva possibilità per un'impresa di esercitare su questo un potere che possa essere qualificato nei termini di "posizione dominante". La giurisprudenza comunitaria ha spesso sostenuto come, ai fini dell'identificazione di una posizione dominante, sia generalmente sufficiente il possesso di quote di mercato particolarmente elevate.⁷⁶ Come dimostrato anche dal fatto che la stessa Commissione ha sottolineato che "*non giungerà a una conclusione definitiva sull'opportunità di proseguire l'esame di un caso senza analizzare tutti i fattori che possono essere sufficienti a limitare il comportamento dell'impresa*"⁷⁷, il solo criterio della quota di mercato non è sufficiente a sostenere la posizione dominante di un'impresa e dovranno essere tenute in considerazione altre condizioni, tra le quali si possono ricordare la stabilità della quota di mercato, la forza delle imprese concorrenti e l'esistenza di barriere per l'ingresso nel mercato. Solo una volta tenuti in considerazione tutti questi criteri sarà possibile giungere ad una definitiva decisione in merito alla sussistenza o meno di un abuso della posizione dominante.

5. La concorrenza e i mercati digitali

Analizzate brevemente l'evoluzione storica e l'attuale situazione del diritto *antitrust* nell'ambito dell'Unione europea, è necessario contestualizzare l'argomento principale di questa trattazione: il, recente, Regolamento europeo sui mercati digitali. È, dunque, di fondamentale rilevanza la comprensione della situazione all'interno della quale il

⁷⁵ Causa 27/76, *United Brands Company c. Commissione*, § 10. Lo stesso approccio fu seguito dalla Corte di Giustizia nell'egualmente rilevante causa 85/76, *Hoffman-La Roche & Co. AG c. Commissione* (EU:C:1979:36), nel cui § 21 la stessa Corte stabilisce che "per stabilire se la Roche detenga la posizione dominante che le viene attribuita, si devono delimitare i mercati in questione, sia sotto l'aspetto geografico sia sotto il profilo del prodotto".

⁷⁶ Si veda, in merito, la causa 62/86, *AKZO Chemie BV c. Commissione delle Comunità europee*, EU:C:1991:286.

⁷⁷ Comunicazione della Commissione europea del 24.2.2009, "*Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*", G.U. dell'Unione europea 2009/C 45/02, § 15.

Regolamento viene inserito, con ciò riferendosi all'attuale *status* dei mercati digitali e della concorrenza all'interno di essi.

5.1. I mercati e le piattaforme digitali

L'avvento di internet ha avuto, come evidente, un impatto rivoluzionario sulla società e sui mercati; si tratta di una rivoluzione tutt'ora in atto con la continua introduzione di innovazioni pronte ad instaurare, od espandere, possibilità sociali ed economiche.

Volendo limitare l'analisi al solo elemento economico della rivoluzione derivante dall'avvento del Web, è necessario immediatamente rilevare come siano molteplici i settori, o i mercati, attinenti al segmento digitale dello scambio economico, spaziando dai servizi di navigazione in rete a quelli di *e-commerce*, dai servizi pubblicitari alla vendita di *hardware*. Ulteriormente, all'interno dei vari segmenti, o strati, che formano la macrocategoria dei mercati digitali bisogna riconoscere varie possibili addizionali distinzioni, in quanto sono individuabili distinti mercati dal punto di vista merceologico e concorrenziale.⁷⁸

I mercati digitali, anche definiti i mercati di Internet,⁷⁹ sono, dunque, il risultato dell'applicazione, nel tempo sempre più presente, dei mezzi offerti dall'innovazione tecnologica allo scambio economico.

Nell'ambito dell'azione dell'Unione europea si può individuare, nella strategia annunciata tramite la Comunicazione della Commissione in merito ad un "mercato unico digitale" del maggio 2015, una constatazione della rilevanza che il fenomeno di mercati legati all'Internet hanno raggiunto nel corso del tempo. In questo contesto, infatti, veniva riconosciuto dalla Commissione che *"le tecnologie dell'informazione e della comunicazione non costituiscono più un settore a sé stante, bensì il fondamento medesimo di tutti i sistemi economici innovativi moderni. Via via che ne aumenta l'integrazione in tutti i settori della nostra economia e società, internet e le tecnologie*

⁷⁸ Così Olivieri in *"Dal mercato delle cose al mercato delle idee"* (Olivieri, 2017), dove è evidenziato, ad esempio, che, nonostante appartenenti alla medesima classe dell'*e-commerce*, più imprese non potessero essere considerate dirette concorrenti (nel caso di specie erano prese ad esempio due società americane, *Booking* e *Uber*).

⁷⁹ Definiti così, ad esempio, in (Cellini, 2015).

digitali ci trasformano la vita, ci trasformano il modo di lavorare, nella sfera tanto personale quanto professionale e collettiva". Inoltre, era già sottolineata l'importanza delle "piattaforme online",⁸⁰ rilevanti ai fini di questa trattazione, le quali già al tempo acquisivano *"sempre maggiore centralità nella vita sociale ed economica, permettendo ai consumatori di reperire informazioni online e alle imprese di sfruttare i vantaggi del commercio elettronico"*.⁸¹

Vanno, inoltre, effettuate ulteriori considerazioni nell'analisi dei mercati digitali, essendo necessaria l'introduzione del concetto delle piattaforme digitali.

In particolare, è rilevante sottolineare che un aspetto distintivo delle tecnologie, segnatamente quelle digitali, è il fatto che queste hanno possibilità di svilupparsi relativamente ai propri usi e funzionalità in base a quanto sono connesse ed integrate con altri prodotti e servizi. Quindi, diversamente che nei mercati tradizionali, dove un prodotto o servizio è ideato con un fine predeterminato ed il suo valore dipende dalle sue caratteristiche individuali per come percepite dai consumatori, nei mercati digitali il valore di un prodotto o un servizio dipende, anche, dal sistema di prodotti o servizi ai quali questi sono interconnessi, in quanto unitamente creano un valore per gli utenti finali nel contesto di un sistema di utilizzo. In sintesi, nonostante possano, indubbiamente, essere usati indipendentemente per creare valore, mediante interconnessioni il valore e le funzionalità possono essere ampliati.⁸²

Questa caratteristica dei mercati digitali, nei quali, ci si ripete, assume grande rilevanza la possibilità di interconnessioni tra prodotti o servizi, fa sì che assuma importanza l'analisi del livello di aggregazione ed interdipendenza tra varie imprese e vari prodotti, anche nell'ambito di differenti mercati e settori.

⁸⁰ Si può, inoltre, notare come la Commissione si riferisse, mediante tale definizione, a motori di ricerca, media sociali, piattaforme di commercio elettronico, app store e siti di confronto prezzi.

⁸¹ Comunicazione della Commissione europea del 6.5.2015, *"Strategia per il mercato unico digitale in Europa"*, COM(2015) 192 final.

⁸² Così Cennamo, il quale, a fini esemplificativi, rileva come un'applicazione per smartphone estenda il valore e l'uso funzionale dello smartphone consentendo all'utente di accedere e consumare altri prodotti e servizi tramite lo smartphone stesso, nonostante i due prodotti possano indipendentemente avere un valore e delle funzionalità (Cennamo, *Competing in Digital Markets: A Platform-Based Perspective*, 2021).

Analizzando il contesto appena descritto si può, dunque, comprendere la presenza nei mercati digitali di piattaforme tecnologiche con il ruolo fondamentale di canalizzare ed integrare dati e informazioni da o verso gli utenti e da o verso più prodotti e servizi interconnessi, fungendo altresì da infrastrutture che collega utenti e imprese. Le piattaforme digitali, sintetizzando, possono essere considerate quali soggetti plagianti l'architettura dei mercati che manovrano il modo in cui i clienti finali accedono a prodotti e servizi.⁸³

Pertanto, le piattaforme digitali possono essere descritte quali soggetti focalizzati sulla promozione dell'incontro tra domanda ed offerta, senza che sia per loro necessario il possesso degli *asset* una volta considerati imprescindibili per operare nei mercati o settori nei quali intervengono. Citando Tom Goodwin, allora dirigente di Havas Media Group, *“Uber, la più grande compagnia di taxi del mondo, non possiede veicoli; Facebook, il proprietario di contenuti media più popolare del mondo, non crea contenuti; Alibaba, il rivenditore dal valore più elevato al mondo, non ha inventario; e Airbnb, il più grande fornitore di alloggi al mondo, non possiede immobili”*.⁸⁴

Concludendo, dunque, è evidente già da tempo l'importanza raggiunta dai mercati digitali, o dai mercati dell'Internet, all'interno dello scambio economico, essendo questi ormai integrati nella quasi totalità dei settori economico-sociali. Inoltre, all'interno degli stessi mercati digitali non può risultare non determinante il fenomeno delle piattaforme, che hanno occupato un ruolo essenziale nello scambio economico digitale.

5.2. Le criticità della concorrenza nei mercati digitali

Nell'analisi dell'appena descritta rivoluzione, rappresentata dall'integrazione dello sviluppo digitale negli strati dell'economia e dalla crescita ed imposizione delle grandi piattaforme digitali all'interno dei mercati stessi, non è irrilevante comprendere quali sono le criticità che tali novità rappresentano, in particolare relativamente ad una

⁸³ (Meyer & Cennamo, 2018).

⁸⁴ (Goodwin, 2015).

corretta applicazione del diritto *antitrust*. Ciò, sempre, al fine di una corretta comprensione del contesto in cui nasce il *Digital Markets Act*.

A tal fine, sembra necessario intraprendere tale analisi esponendo alcune caratteristiche di primaria importanza riscontrabili nelle grandi piattaforme digitali. In particolare, sono tre i caratteri specifici che connotano le piattaforme digitali.⁸⁵

Innanzitutto, va rilevato che i mercati digitali, riferendosi in particolare alle grandi piattaforme digitali, sono caratterizzati da costi fissi molto elevati ma da costi marginali molto bassi, prossimi allo zero.⁸⁶ Inoltre, le grandi piattaforme digitali beneficiano spesso di economie di scopo, grazie alle quali con la medesima strumentazione sono in grado di operare in molti mercati e settori differenti tra loro.

In secondo luogo, i servizi prestati all'interno dei mercati digitali sono contraddistinti da un particolarmente rilevante effetto di rete (*network effects*), grazie al quale la presenza di un numero di utenti che utilizza un servizio favorisce, di per sé, l'incremento degli utilizzatori stessi.⁸⁷ Tale effetto deriva dal fatto che usualmente le piattaforme digitali operano su mercati caratterizzati da due o più versanti (i cosiddetti *multi-sided markets*), ossia da almeno due diverse categorie di utenti le quali sono, al tempo stesso, i fruitori di un servizio offerto in un versante ed il "prodotto" venduto agli utenti dell'altro versante. Conseguentemente le imprese, da un lato, sono presenti su una piattaforma perché in tal modo possono intercettare un numero molto alto di potenziali utenti e, dall'altro, è proprio la loro presenza che attira questi ultimi.⁸⁸

Infine, la terza caratteristica individuabile nell'analisi delle grandi piattaforme nei mercati digitali è quella del ruolo fondamentale assunto dai dati, costituenti la fondamentale base di funzionamento di queste imprese in quanto necessari per l'elaborazione e la produzione di servizi per gli utenti.

⁸⁵ Si veda (Manzini, 2021), ma anche (Crémer, de Montjoye, & Schweitzer, 2019).

⁸⁶ Ad esempio, sono rilevabili in tale tipo di realtà imprenditoriali elevati costi di sviluppo, ricerca ovvero mantenimento di un servizio, ma costi di produzione prossimi allo zero per quanto riguarda l'incremento di offerta di particolari servizi.

⁸⁷ In merito si veda anche (Olivieri, Dal mercato delle cose al mercato delle idee, 2017).

⁸⁸ A fini esemplificativi, come riporta (Manzini, 2021), è utile presentare il caso di Amazon, che "rappresenta il marketplace con il più grande numero di imprese venditrici, questa sola circostanza implica che un sempre maggior numero di consumatori sarà indotto ad utilizzare Amazon per i suoi acquisti on-line; questo a sua volta spingerà altre imprese ad aggiungersi al marketplace di Amazon con il risultato di attirare su di esso un ancor più alto numero di potenziali acquirenti".

Esaminando, dunque, i fattori caratterizzanti dei mercati digitali si può giungere a quelli che sono i problemi che tali mercati rappresentano nell'ambito della concorrenza. Infatti, è evidente che, a causa delle dinamiche descritte, una volta assestatesi in una posizione di rilievo all'interno di un mercato, le piattaforme digitali abbiano il potere di imporre condizioni di utilizzo onerose o discriminatorie, sia nei confronti di utenti finali che verso utenti commerciali. In sostanza, tali piattaforme hanno la possibilità di sfruttare una situazione nella quale svolgono un ruolo imprescindibile per chiunque si approcci al mercato di riferimento, sia dal lato degli utenti finali che da quello degli utenti commerciali, così rendendo, oltretutto, la loro posizione difficilmente contendibile da parte di imprese concorrenti.

Le piattaforme digitali, dunque, nei confronti dei mercati di riferimento svolgono un ruolo di *gatekeepers*, termine che nel continuo di questa trattazione assumerà una particolare rilevanza, effettuando l'attività di *gateways* tra i diversi versanti del mercato in cui operano. Tali situazioni portano i soggetti in questione a poter beneficiare di forti squilibri in termini di diritti e di obblighi nei confronti dei loro utenti, potendo così porre in essere eventuali condotte abusive e destando in tal modo preoccupazioni dal punto di vista del diritto della concorrenza.

5.3. L'applicazione delle norme *antitrust* nei mercati digitali

Esposte le criticità riscontrabili, nell'ambito del diritto *antitrust*, all'interno nei mercati digitali, è opportuno, prima di procedere con l'analisi del Regolamento sui mercati digitali, comprendere come sono state finora applicate a tali situazioni le previgenti norme in materia.

Preliminarmente, è necessario ripetere concetti già presentati in precedenza. In particolare, ci si riferisce all'importanza assunta in fase di accertamento di un abuso di posizione dominante (ma anche nell'ambito delle discipline riguardanti i fenomeni delle concentrazioni e degli accordi nocivi alla concorrenza) della definizione del mercato rilevante, fase essenziale delle procedure *antitrust*.

Dunque, si può dire che ogniqualvolta che un'impresa dovesse essere oggetto di attenzione da parte del diritto della concorrenza la prima domanda da porsi è quale sia il mercato rilevante, ovvero in quale mercato tale impresa svolge la sua attività.

Come da opinione di Eben e Robertson, per la maggior parte delle imprese, e dei settori produttivi, la risposta a tale quesito è semplice ed immediata., in quanto la dottrina tende a concordare in merito alle fondamenta del mercato in analisi, che sia il prodotto, i maggiori *player* o gli utenti. Tuttavia, ciò non accade in merito ai mercati digitali, in quanto le autorità, nonostante questi siano oggetto di dibattito da ormai più di un decennio, riscontrano varie difficoltà nel delineare il mercato rilevante per i servizi digitali.⁸⁹

Tale situazione deriva dal fatto che le metodologie ed i test sviluppati ai fini dell'individuazione dei mercati rilevanti sono state disegnate e sviluppate per lo studio di situazioni imprenditoriali la cui azione era individuabile all'interno di condizioni tendenzialmente statiche. Tuttavia, la situazione all'interno dei mercati digitali è evidentemente differente.

Se già l'individuazione della rilevante direttrice geografica è di difficile individuazione all'interno dei mercati digitali, la criticità principale è rappresentata dalla dimensione stessa dei mercati dove le grandi piattaforme operano e dal fatto che l'aumento della complessità dei prodotti offerti unita alla rapida innovazione hanno fatto sì che i confini dei mercati divenissero poco chiari, richiedendo uno sforzo ulteriore e lo sviluppo di nuovi *pattern* metodologici per le autorità (regolatorie e giurisprudenziali) al fine della corretta e precisa individuazione di attività abusive.

5.3.1. Il caso *Google Search (Shopping)*

Al fine, dunque, di poter comprendere come, nella pratica, il diritto *antitrust* previgente al nuovo *Digital Markets Act* abbia trovato applicazione all'interno dei mercati digitali

⁸⁹ (Eben & Robertson, 2021).

e quali ricostruzioni sono state effettuate dalle autorità è opportuna l'analisi di uno dei casi in cui questa applicazione è avvenuta.

In particolare, caso utile a comprendere tali metodologie di applicazione e di analisi è il caso *Google Search*, anche denominato *Google Shopping*.⁹⁰

Volendo riassumere brevemente la vicenda, il 27 giugno 2017 la Commissione europea ha adottato una decisione nei confronti di Google Inc. e Alphabet Inc., società a cui fa capo Google, perché quest'ultima avrebbe abusato della propria posizione dominante nel mercato delle ricerche generiche riservando al proprio servizio di acquisti comparativi (Google Shopping) un trattamento più favorevole, in termini di posizionamento e di visualizzazione, nelle sue pagine generali dei risultati di ricerca. Tramite la decisione, la Commissione ha ordinato a Google e Alphabet di porre fine all'abuso, oltre a comminare alle stesse un'ammenda di € 2.42 miliardi.

Nel testo della decisione si può comprendere quale è stata l'analisi della Commissione, che ha ritenuto il mercato delle ricerche generiche ed il mercato dei servizi di acquisti comparativi i mercati rilevanti nella questione, evidenziando, inoltre, come in tali settori gli utenti commerciali dipendano dal traffico generato per essere competitivi. In tali mercati, secondo la valutazione della Commissione, Google occupa una posizione dominante nella quasi totalità dell'Unione europea a partire dal 2008⁹¹; per giungere a tale valutazione la Commissione ha tenuto in considerazione le quote di mercato detenute da Google, l'esistenza di barriere all'espansione e all'ingresso, la scarsa frequenza del *multi-homing* degli utenti, l'esistenza di *brand-effects* e la mancanza di potere compensativo da parte degli acquirenti.⁹² Conseguenza di questa posizione dominante è il fatto che il motore di ricerca *online* di Google assume una fondamentale importanza quale fonte di traffico per i servizi di acquisti comparativi.

Il fatto, poi, che Google adotti una strategia per cercare di promuovere il proprio

⁹⁰ Decisione della Commissione del 27 giugno 2017, relativa a un procedimento a norma dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 54 dell'accordo SEE, Caso AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, notificata con il numero C(2017)4444.

⁹¹ La Commissione ha concluso che Google detiene una posizione dominante nei mercati rilevanti ai fini della decisione in analisi a partire dal 2008 in tutti i paesi dell'Unione europea ad eccezione della Repubblica Ceca, dove detiene tale posizione dominante a partire dal 2011.

⁹² Decisione della Commissione nel caso AT.39740 - *Google Search*, § 271-272.

servizio di acquisti comparativi a discapito dei concorrenti fa sì che tale condotta costituisca un abuso di posizione dominante ai sensi dell'articolo 102 TFUE per la Commissione.

Google e Alphabet hanno, successivamente, contestato tale decisione di fronte al Tribunale dell'Unione europea, chiedendo l'annullamento della decisione.

Il Tribunale si è espresso con un giudizio pubblicato il 10 novembre 2021. Con la sentenza il Tribunale non ha accolto le contestazioni da parte della multinazionale americana, sostenendo, invece, le posizioni adottate dalla Commissione.⁹³

Inoltre, il Tribunale non si è limitato a rigettare le contestazioni di Google ed a definire le sue condotte abusive, ma si è spinto fino alla formulazione di un “test a tre criteri” per la valutazione della abusività delle condotte nei mercati interessati, consistente nell'analisi dell'importanza della piattaforma nel mercato, della sostituibilità di tale piattaforma e delle tipiche condotte degli utenti finali nel mercato stesso.⁹⁴

Tale test, in conclusione, e il caso *Google Shopping* nella sua interezza (per quanto, a causa di ulteriore impugnazione da parte di Google e Alphabet, non sia ancora definito), costituiscono un chiaro esempio dell'applicazione del diritto *antitrust* anteriore al *Digital Markets Act* all'interno dei mercati digitali. Un'applicazione, dunque, certamente possibile, che però, come si è visto, necessita lo sviluppo di strumenti innovativi, di volta in volta da adattare al caso concreto.

⁹³ Sentenza del Tribunale dell'Unione europea nella causa T-612/17, *Google e Alphabet c Commissione (Google Shopping)*, EU:T:2021:763.

⁹⁴ Sentenza del Tribunale dell'Unione europea nella causa *Google Shopping*, § 169-175.

II. Il Regolamento europeo sui mercati digitali

SOMMARIO: 1. Sviluppo e obiettivi del *Digital Markets Act*. - 1.1. La proposta di un Regolamento sui mercati digitali. - 2. Il contenuto del Regolamento. - 2.1. Le rilevanti considerazioni preliminari. - 2.2. I *gatekeeper*. - 2.2.1. Le caratteristiche dei *gatekeeper*. - 2.2.2. La designazione dei *gatekeeper*. - 2.3. Gli obblighi imposti ai *gatekeeper* e la disciplina in merito alla loro osservanza. - 2.3.1. Gli obblighi direttamente esecutivi. - 2.3.2. Gli obblighi suscettibili di ulteriori specifiche. - 2.3.3. L'obbligo di interoperabilità dei servizi di comunicazione. - 2.4. La disciplina in merito all'adempimento degli obblighi. - 2.4.1. L'osservanza degli obblighi. - 2.4.2. La sospensione e l'esenzione dagli obblighi. - 2.4.3. L'onere di relazione. - 2.4.4. L'aggiornamento degli obblighi. - 2.4.5. Le disposizioni antielusive. - 2.4.6. Gli obblighi di informazione. - 2.5. L'attuazione del Regolamento e la centralità del ruolo della Commissione europea. - 2.5.1. Le indagini di mercato. - 2.5.2. I poteri di indagine, esecuzione e monitoraggio. - 2.5.3. La constatazione di inosservanze e l'irrogazione di sanzioni. - 2.5.4. L'onere di relazione e la cooperazione con le autorità *antitrust*. - 2.6. Le disposizioni finali.

1. Origini e sviluppo

Sinora, nel corso di questa trattazione, si è analizzata l'evoluzione del diritto *antitrust* nell'ambito dell'Unione europea, esaminando quelle che sono le disposizioni fondamentali alla base della materia, ed è stato introdotto il tema dei mercati digitali, nel tentativo di esaminare preliminarmente le criticità che le loro caratteristiche implicano nell'ambito del diritto della concorrenza.

L'oggetto fondamentale, però, di questo elaborato non è la disciplina antimonopolistica eurounionale in sé, ma uno specifico e recente atto legislativo, cioè il Regolamento sui mercati digitali.¹

Il punto di partenza dello sviluppo di un regolamento il cui fine è la disciplina comune europea dei mercati digitali può essere rintracciato nella comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e

¹ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1925 del 14 settembre 2022, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive UE 2019/1937 e 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 19.2.2020, denominata “Una strategia per i dati”.²

Nel contesto della comunicazione del febbraio 2020, la Commissione ha evidenziato la necessità di una strategia politica adeguata al fatto che *“nel corso degli ultimi anni le tecnologie digitali hanno trasformato l'economia e la società, influenzando ogni settore di attività e la vita quotidiana di tutti i cittadini europei”*. La Commissione, inoltre, sottolineava l'importanza dei dati nell'ambito dello sviluppo economico, mettendo il risalto il fatto che questi *“sono la base di molti nuovi prodotti e servizi e generano guadagni in termini di produttività ed efficienza delle risorse in tutti i settori economici, rendendo possibili prodotti e servizi più personalizzati, un miglioramento del processo di elaborazione delle politiche e un potenziamento dei servizi pubblici. Sono inoltre una risorsa essenziale per le start-up e le piccole e medie imprese per quanto concerne lo sviluppo di prodotti e servizi. La disponibilità di dati è essenziale per l'allenamento dei sistemi di intelligenza artificiale, con prodotti e servizi in rapida evoluzione, da riconoscimento morfologico e insight generation a tecniche di previsione più sofisticate e, di conseguenza, decisioni migliori”*, ma segnalando anche la sussistenza di numerose problematiche che impedivano all'Unione di realizzare il proprio potenziale nell'economia dei dati.

Nell'analisi di queste problematiche ostacolo della completa realizzazione dell'Unione nell'economia dei dati, viene evidenziato il problema dello squilibrio in termini di potere di mercato in quanto, a parere della Commissione *“oltre all'elevata concentrazione nella fornitura di servizi cloud e infrastrutture di dati, si registrano squilibri di mercato anche in relazione all'accesso ai dati e al loro utilizzo, ad esempio per quanto attiene all'accesso ai dati da parte delle PMI. Un caso esemplare è quello delle grandi piattaforme online, nelle quali un numero esiguo di operatori può accumulare grandi quantità di dati, traendo informazioni importanti e vantaggi competitivi dalla ricchezza e dalla varietà dei dati in proprio possesso. Ciò può incidere a sua volta sulla contendibilità dei mercati in casi specifici: non solo il*

² Comunicazione della Commissione europea del 19.2.2020, Una strategia europea per i dati, COM(2020) 66 final.

mercato dei servizi di piattaforma, ma anche i vari mercati specifici dei beni e dei servizi offerti dalla piattaforma, in particolare se quest'ultima è essa stessa attiva su tali mercati collegati. Il livello elevato di potere di mercato risultante dal «vantaggio garantito dai dati» può consentire ai grandi operatori di fissare le regole sulla piattaforma e imporre unilateralmente condizioni per l'accesso ai dati e il loro utilizzo o, di fatto, far leva su tale vantaggio in termini di potere ai fini dello sviluppo di nuovi servizi e dell'espansione verso nuovi mercati”.

Dall'analisi, dunque, delle parole della Commissione emerge come la concentrazione di potere nel mercato dei dati in capo a poche grandi imprese, a poche grandi piattaforme digitali, fosse già considerato come un pericolo per lo sviluppo economico dell'Unione.

1.1. La proposta di un Regolamento sui mercati digitali

A dar seguito alle indicazioni e riflessioni della Commissione nella comunicazione del febbraio 2020 è intervenuta, nel dicembre dello stesso anno, la proposta, da parte di Parlamento europeo e Consiglio, di un regolamento relativo ai mercati nel settore digitale.³

Come da opinione di Leistner (2021), questa proposta di Regolamento del legislatore europeo per regolare i mercati digitali era definibile come il tentativo europeo di regolare le cosiddette *Big Tech*, cioè imprese con una significativa e radicata posizione nel mercato digitale eurounionale, riferendosi, in particolare alle cosiddette GAFAM⁴ e ad un'altra manciata di imprese attive nel mercato digitale.⁵

Infatti, nella relazione alla proposta di regolamento, viene immediatamente espresso quello che per il legislatore europeo è il problema fondamentale da regolare, ossia il fatto che sebbene nell'ambito dell'economia digitale europea, i cui servizi generano

³ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 15.12.2020, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali), COM(2020) 842 final.

⁴ L'acronimo GAFAM viene utilizzato per indicare cinque tra le maggiori società attive nel settore digitale: Google, Apple, Facebook (ora Meta Inc.), Amazon e Microsoft.

⁵ (Leistner, 2021)

importanti vantaggi per gli utenti e contribuiscono al mercato interno aprendo opportunità commerciali interne e transfrontaliere, operino oltre 10.000 piattaforme online, la maggior parte delle quali sono piccole e medie imprese, poche grandi piattaforme online occupano la quota maggiore del valore complessivo generato.⁶

Risulta, dunque, evidente come sia considerato un rischio per la libertà dei mercati digitali l'accentramento di potere verso poche grandi piattaforme online, piattaforme emerse grazie alle caratteristiche del settore, come già analizzate all'interno del primo capitolo, *“quali i forti effetti di rete spesso insiti nei loro ecosistemi di piattaforma, che sono elementi strutturanti essenziali dell'attuale economia digitale, poiché svolgono un ruolo di intermediazione per la maggior parte delle transazioni tra utenti finali e utenti commerciali”*.

Sono, quindi, queste grandi piattaforme ad essere l'oggetto principale dell'attenzione del legislatore europeo nella proposta del nuovo regolamento in materia *antitrust*, piattaforme che vengono attenzionate in quanto *“agiscono sempre più spesso da punti di accesso (gateway) o da gatekeeper (controllori dell'accesso) tra utenti commerciali e utenti finali e beneficiano di una posizione consolidata e duratura, spesso risultante dalla creazione di ecosistemi conglomerati attorno ai loro servizi di piattaforma di base, che rafforza le barriere all'ingresso già esistenti”*.

Questa posizione detenuta da poche società definite, appunto, *gatekeeper*, porta le stesse al disporre di un enorme potere sui mercati digitali, tale da poter creare *“tra loro e molti utenti commerciali una forte dipendenza”*. Ne deriva, quindi, il rischio che questa situazione di dipendenza di utenti commerciali nei confronti dei *gatekeeper* sfoci, poi, in comportamenti sleali ed in una contrazione della contendibilità del mercato.

Ciò che, ulteriormente, risulta evidente a dalla lettura della proposta di Regolamento sui mercati digitali è la proposta di una regolazione *ex ante* in materia *antitrust*, differentemente da quella che era stata la strada intrapresa dal Regolamento 1/2003⁷,

⁶ Proposta di Regolamento sui mercati digitali, pagina 1.

⁷ Come già indicato nel capitolo I, il Regolamento 1/2003, nell'ambito di un cambio di prospettiva rispetto alla normativa precedente, ha segnato il passaggio da un sistema basato sulle notificazioni da parte delle imprese di accordi, decisioni e

fornendo alla Commissione nuovi strumenti normativi per affrontare le piattaforme digitali con capacità di *gatekeeping*. Interrogato su questo specifico punto l'europarlamentare Andreas Schwab, relatore della proposta del *Digital Markets Act*, ha affermato che le *policy* antimonopolistiche con un approccio *ex-post* necessitano di molto tempo e competenze ai fini della loro applicazione. Mentre, sempre per opinione di Schwab, l'obiettivo del *DMA* è quello di non rincorrere più le situazioni derivanti da comportamenti illegittimi, per far sì che la concorrenza, e le norme *antitrust*, siano applicate ed applicabili con condizioni uniformi per tutti i soggetti coinvolti, applicando il principio di equità.⁸

In definitiva, la proposta di un Regolamento sui mercati digitali è nata con il fine di tentare di correggere lo sviluppo dei mercati dell'*Internet*, dunque dei mercati digitali, per dirigerli verso una situazione in cui le pratiche di abuso della posizione dominante portate avanti dai *gatekeeper* siano agli stessi precluse *ex-ante*.⁹

2. Il *Digital Markets Act*

La proposta di un Regolamento sui mercati digitali, appena menzionata, come detto è stata presentata il 15 dicembre del 2020. A questa data, dunque, si riconduce la partenza dell'*iter* volto all'approvazione definitiva e poi all'entrata in vigore del Regolamento stesso. Un definitivo accordo politico sul Regolamento è stato trovato solo poco più di un anno dopo la presentazione della proposta, il 25 marzo 2022 e l'approvazione definitiva del testo da parte del Parlamento europeo è avvenuta il 5 luglio 2022. Per la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del suo testo si è dovuto attendere il 12 ottobre dello stesso anno¹⁰. Il Regolamento, poi, è entrato in vigore il 1° novembre 2022 e, decorsi sei mesi, il 2 maggio 2023 è iniziata la sua applicazione. Va, però, sottolineato che perché le imprese designate come

pratiche normate dal Trattato alla Commissione ad uno dove, invece, è la Commissione stessa ad avere il compito di constatare le infrazioni.

⁸ (Rivas, 2021)

⁹ Nel merito, si veda (Lundqvist, 2021).

¹⁰ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1925 del 14 settembre 2022, *relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive UE 2019/1937 e 2020/1828 (Digital Markets Act)*.

gatekeeper dalla Commissione siano soggette alle disposizioni del Regolamento si dovrà attendere marzo 2024.¹¹

2.1. Le rilevanti considerazioni preliminari

All'interno dei “considerando” del Regolamento sono rintracciabili le idee e le osservazioni sulle quali il legislatore europeo ha fondato il Regolamento stesso.

In particolare, reiterando le posizioni assunte già nelle questioni affrontate con la comunicazione della Commissione del 19.2.2020, prima, ed anche con la proposta del *Digital Markets Act*, poi, è stato osservato il ruolo fondamentale assunto, a livello economico nel mercato interno dell'Unione, dai servizi digitali in generale e dalle piattaforme online in particolare, in quanto queste consentono “*alle imprese di raggiungere gli utenti in tutta l'Unione, agevolando gli scambi commerciali transfrontalieri e aprendo opportunità commerciali completamente nuove per un elevato numero di imprese nell'Unione a vantaggio dei consumatori nell'Unione*”.¹²

Allo stesso tempo, nella medesima sezione del Regolamento, anche all'interno del testo definitivo viene valutata nuovamente la posizione delle “imprese che offrono servizi di piattaforma di base”. Viene, anzitutto, osservato come questi servizi di piattaforma di base possiedano determinate caratteristiche sfruttabili dalle imprese che li forniscono, tra i quali vengono rilevati le estreme economie di scala loro applicabili, derivanti dai costi marginali pressoché inesistenti per l'aggiunta di utenti, ovvero gli effetti di rete molto forti. Inoltre, il legislatore eurounionale ha rilevato il numero ridotto di grandi imprese che forniscono questo tipo di servizi dotate di un considerevole potere economico e, dunque, un numero ridotto di imprese qualificabili come *gatekeeper*. Queste caratteristiche, o, come dal testo del Regolamento, la combinazione di tali caratteristiche, dei *gatekeeper* determinano il rischio di “*squilibri gravi in termini di potere contrattuale e, di conseguenza, pratiche sleali e condizioni inique tanto per gli utenti commerciali quanto per gli utenti finali dei servizi di*

¹¹ L'iter seguito per l'approvazione e l'applicazione del DMA è consultabile sul sito ufficiale dell'Unione europea relativo alla strategia digitale, al link <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>.

¹² *Digital Markets Act*, considerando n. 1.

*piattaforma di base forniti dai gatekeeper, a discapito dei prezzi, della qualità, della concorrenza leale, della scelta e dell'innovazione nel settore digitale”.*¹³

L'esame del legislatore fa conseguire da queste caratteristiche dei *gatekeeper* il fatto che, spesso, i processi di mercato non siano in grado di garantire l'equità per ciò che riguarda i servizi di piattaforma di base e, sebbene gli articoli 101 e 102 TFUE siano applicabili a tali condotte, *“l'ambito di applicazione di tali disposizioni è limitato a talune tipologie di potere di mercato [...] e la loro applicazione avviene ex post e richiede un'indagine approfondita [...] Inoltre, il diritto vigente dell'Unione non affronta, o non affronta in maniera efficace, i problemi per quanto concerne l'efficiente funzionamento del mercato interno, imputabili al comportamento dei gatekeeper che non dispongono necessariamente di una posizione dominante in termini di diritto della concorrenza”*. Di conseguenza, il legislatore europeo individua la finalità del Regolamento nell'agevolare il corretto funzionamento del mercato interno *“stabilendo norme volte a garantire la contendibilità e l'equità per i mercati nel settore digitale in generale e per gli utenti commerciali e gli utenti finali dei servizi di piattaforma di base forniti dai gatekeeper in particolare”*. Ciò in quanto viene ritenuto opportuno garantire in tutta l'Unione tutele adeguate agli utenti commerciali e agli utenti finali di servizi di piattaforma di base forniti dai *gatekeeper* per contrastare le pratiche sleali e agevolare le attività economiche transfrontaliere all'interno dell'Unione. Ulteriormente, un'altra criticità viene rilevata in merito all'azione dei *gatekeeper*, in quanto questi, *“pur avendo tendenza ad adottare modelli commerciali e strutture algoritmiche globali o, quanto meno, paneuropei, possono adottare, e hanno in qualche caso adottato, condizioni e pratiche commerciali diverse in Stati membri diversi, il che può creare disparità tra le condizioni di concorrenza per gli utenti dei servizi di piattaforma di base forniti dai gatekeeper, a discapito dell'integrazione del mercato interno”*.¹⁴

Nonostante, come appena rilevato, il legislatore europeo consideri necessario uno strumento in grado di superare le procedure delineate in ambito *antitrust* dagli articoli

¹³ *Digital Markets Act*, considerando nn. 2, 3, 4.

¹⁴ *Digital Markets Act*, considerando nn. 5, 7.

del TFUE, è, allo stesso tempo, considerato opportuno che l'applicazione del *Digital Markets Act* avvenga lasciando impregiudicati gli articoli 101 e 102 TFUE e le corrispondenti norme nazionali in materia di concorrenza, nonché le norme nazionali relative al controllo delle concentrazioni. Nel contempo, l'applicazione di queste norme non dovrebbe pregiudicare gli obblighi imposti ai *gatekeeper* a norma del Regolamento in questione e la loro applicazione uniforme ed effettiva nel mercato interno.¹⁵

2.2. I gatekeeper

Volendo condurre un'analisi del Regolamento europeo sui mercati digitali, l'analisi non può che trovare la sua origine nello studio del modo in cui il nuovo strumento *antitrust* europeo regola i *gatekeeper*.

Come osservato, i *gatekeeper* sono imprese che offrono servizi di piattaforma di base all'interno dei mercati digitali. Il *Digital Markets Act* fornisce un'elencazione di quali servizi possano essere definiti "servizi di piattaforma di base", i quali sono:

- a) "servizi di intermediazione online;
- b) motori di ricerca online;
- c) servizi di social network online;
- d) servizi di piattaforma per la condivisione di video;
- e) servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero;
- f) sistemi operativi;
- g) browser web;
- h) assistenti virtuali;
- i) servizi di cloud computing;

¹⁵ *Digital Markets Act*, considerando n. 10.

j) *servizi pubblicitari online, compresi reti pubblicitarie, scambi di inserzioni pubblicitarie e qualsiasi altro servizio di intermediazione pubblicitaria, erogati da un'impresa che fornisce uno dei servizi di piattaforma di base elencati alle lettere da a) ad i)*.¹⁶

Tuttavia, il semplice fatto che un'impresa offra un servizio digitale costituente un servizio di piattaforma di base non solleva di per sé preoccupazioni sufficientemente gravi in termini di contendibilità dei mercati o sulle possibilità che questa ponga in essere pratiche sleali. Infatti, sempre secondo le osservazioni del legislatore europeo, queste preoccupazioni devono emergere solo *“nei casi in cui un servizio di piattaforma di base costituisce un punto di accesso importante ed è gestito da un'impresa che può vantare un impatto significativo nel mercato interno e una posizione consolidata e duratura, o da un'impresa che prevedibilmente vanterà tale posizione nel prossimo futuro”*.¹⁷ Dunque, non è sufficiente che un'impresa offra un servizio di piattaforma di base perché sorga la necessità che questa sia attenzionata dalle autorità europee in quanto *gatekeeper*. Il legislatore ha, in effetti, sottolineato all'interno dello stesso *“considerando”* come le norme del *Digital Markets Act* dovrebbero trovare applicazione solo nei confronti delle *“imprese designate sulla base di questi tre criteri oggettivi e solo a quei servizi di piattaforma di base che costituiscono singolarmente un punto di accesso importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali”*.

2.2.1. Le caratteristiche dei *gatekeeper*

Il Regolamento si interessa fin da subito della figura dei *gatekeeper*. Segnatamente, già con l'articolo 3 ne viene proposta la definizione.

È disposto che un'impresa è designata come *gatekeeper* se:

a) *“ha un impatto significativo sul mercato interno;*

¹⁶ *Digital Markets Act*, articolo 2, 2).

¹⁷ *Digital Markets Act*, considerando n. 15.

- b) *fornisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (gateway) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; e*
- c) *detiene una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro”*.¹⁸

Sono, dunque, tre i requisiti che un'impresa deve possedere al fine di essere qualificabile come *gatekeeper*: l'impatto significativo sul mercato; il fornire un servizio di piattaforma di base di elevata rilevanza per gli utenti; la detenzione di una posizione consolidata e duratura nelle proprie attività, posizione che può essere anche solo probabile nel prossimo futuro. Tre requisiti, che, se letti indipendentemente, senza ulteriori informazioni, risultano quantomeno generali e soggetti di una necessaria libera interpretazione da parte delle autorità *antitrust*.

Sopperendo alla criticità appena osservata, nel paragrafo successivo dello stesso articolo 3, il *Digital Markets Act* contiene delle presunzioni, in base alle quali un'impresa si ritiene soddisfare i requisiti che la qualificano come *gatekeeper*.

Nel dettaglio, si presume che un'impresa abbia un impatto significativo sul mercato interno nel momento in cui questa dovesse raggiungere “*un fatturato annuo nell'Unione pari o superiore a 7,5 miliardi di euro in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari, o se la sua capitalizzazione di mercato media o il suo valore equo di mercato equivalente era quanto meno pari a 75 miliardi di euro nell'ultimo esercizio finanziario, e se essa fornisce lo stesso servizio di piattaforma di base in almeno tre Stati membri*”. A riguardo della rilevanza del servizio di piattaforma fornito, il Regolamento dispone che questa si presupporrà nel momento in cui l'impresa dovesse fornire un servizio di piattaforma di base che, nell'ultimo esercizio finanziario, “*annovera almeno 45 milioni di utenti finali attivi su base mensile, stabiliti o situati nell'Unione, e almeno 10 000 utenti commerciali attivi su base annua stabiliti nell'Unione*”. Infine, si presume consolidata e duratura una posizione nel momento in

¹⁸ *Digital Markets Act*, articolo 3, § 1.

cui le soglie in base alle quali il servizio di piattaforma di base è presupposto come importante per gli utenti sono raggiunte negli ultimi tre esercizi finanziari.¹⁹

Si nota, in definitiva, come, attraverso il secondo paragrafo dell'articolo 3, il *Digital Markets Act* delinea, in modo più tassativo, quelli che sono i requisiti che devono essere posseduti da un'impresa per far sì che questa possa essere delineata come *gatekeeper*.

2.2.2. La designazione dei *gatekeeper*

Delineate le caratteristiche, o i requisiti, che conducono all'identificazione delle imprese qualificabili come *gatekeeper*, il Regolamento, nel prosieguo dello stesso articolo 3, descrive le procedure in base alla quale queste imprese potranno, all'atto pratico, essere designate tali.

Segnatamente, è disposto l'onere, per l'impresa che dovesse raggiungere le soglie previste dal secondo paragrafo dello stesso articolo, di notificare tale situazione alla Commissione. È poi previsto, in particolare, che la notifica debba avvenire senza indugio e in ogni caso entro due mesi dal raggiungimento di tali soglie. Si deve anche notare che tale notifica comprende le informazioni pertinenti per ciascuno dei servizi di piattaforma di base dell'impresa che raggiunge le soglie di utenti previste perché sia considerato importante per gli utenti commerciali. Inoltre, ogniqualvolta un ulteriore servizio di piattaforma di base fornito dall'impresa precedentemente designata come *gatekeeper* dovesse raggiungere le stesse soglie, tale impresa sarà tenuta ad effettuare una nuova notifica alla Commissione entro due mesi.²⁰

Il Regolamento, dunque, pone in capo all'impresa l'onere di notificare alla Commissione un eventuale superamento delle soglie, ed una conseguente possibile qualificazione in quanto *gatekeeper*.²¹ Tuttavia, è previsto che nel caso in cui l'impresa che fornisce il servizio di piattaforma di base non proceda con la notifica prescritta, la

¹⁹ *Digital Markets Act*, articolo 3, § 2.

²⁰ *Digital Markets Act*, articolo 3, § 3, c. 1.

²¹ In merito al sistema basato sulle notificazioni, si può notare un parallelismo tra il *Digital Markets Act* e le disposizioni del Regolamento n. 17/1962, in merito all'applicazione degli allora articoli 85 ed 86 del Trattato. Il sistema del Regolamento 17/62 era stato, poi, modificato dal Regolamento 1/2003, e il *DMA* tenta di riproporre uno schema simile a quello del 1962 per i mercati digitali.

Commissione ha avrà comunque la facoltà di designare tale impresa come *gatekeeper*, sulla base delle informazioni a sua disposizione.²²

Successivamente, nel caso in cui l'impresa, fornitrice di servizi di piattaforma di base, dovesse soddisfare le prescrizioni in merito alla notificazione, la Commissione potrà dare inizio alla procedura volta alla designazione dell'impresa quale *gatekeeper*. Infatti, è prescritto che *“la Commissione designa come gatekeeper, senza indebito ritardo e al più tardi entro 45 giorni lavorativi dalla ricezione delle informazioni complete di cui al paragrafo 3, un'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base che raggiunge tutte le soglie di cui al paragrafo 2”*.²³ Dunque, come evidente, è posto in capo alla Commissione un onere di designazione, in tempi brevi, di un'impresa quale *gatekeeper* una volta ricevuta la notificazione di cui sopra.

Nondimeno, l'impresa fornitrice di servizi di piattaforma di base che dovesse notificare la propria situazione, in quanto superate le soglie di cui al paragrafo secondo, non è inevitabilmente destinata ad essere qualificata come *gatekeeper*, e dunque a sottostare agli obblighi imposti dal Regolamento sui mercati digitali. Al contrario, l'impresa può presentare, contestualmente alla propria notifica, *“argomentazioni sufficientemente fondate per dimostrare che, eccezionalmente, pur raggiungendo tutte le soglie di cui al paragrafo 2, a causa delle circostanze relative al funzionamento del pertinente servizio di piattaforma di base, essa non soddisfa i requisiti elencati al paragrafo 1”*.²⁴ Per la Commissione, ricevute le appena menzionate ulteriori informazioni, si prospettano due possibilità. Nel caso in cui dovesse ritenere che le argomentazioni presentate dall'impresa non siano sufficientemente fondate, queste saranno respinte.²⁵ Diversamente, se l'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base presenta argomentazioni sufficientemente fondate, la Commissione può avviare la procedura di cui all'articolo 17, paragrafo 3.²⁶ L'articolo 17, che sarà approfondito più avanti nella trattazione, si occupa del potere della Commissione di eseguire

²² *Digital Markets Act*, articolo 3, § 3, c. 2.

²³ *Digital Markets Act*, articolo 3, § 4.

²⁴ *Digital Markets Act*, articolo 3, § 5, c. 1.

²⁵ *Digital Markets Act*, articolo 3, § 5, c. 2.

²⁶ *Digital Markets Act*, articolo 3, § 5, c. 3.

un'indagine di mercato che, nel caso specifico, è volta a valutare le argomentazioni presentate dall'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base. In seguito all'indagine di mercato, qualora dovesse giungere alla conclusione che l'impresa non è stata in grado di dimostrare che i pertinenti servizi di piattaforma di base da essa forniti non soddisfano i requisiti di cui al paragrafo 1 dello stesso articolo, la Commissione designa tale impresa come *gatekeeper*.²⁷

Alla Commissione, inoltre, è conferito il potere, a seguito di un'indagine di mercato, di designare come *gatekeeper* qualsiasi impresa che fornisce servizi di piattaforma di base che soddisfa ciascuno dei requisiti di cui al primo paragrafo dell'articolo 3, nonostante questa non raggiunga le soglie di cui al paragrafo successivo.²⁸ La Commissione può esercitare tale potere tenendo in considerazione determinati elementi, elencati dallo stesso articolo 3, nel suo quinto paragrafo. In particolare, dovranno essere tenute in considerazione:

- a) *“le dimensioni, compresi fatturato e capitalizzazione di mercato, le attività e la posizione di tale impresa;*
- b) *il numero di utenti commerciali che utilizzano il servizio di piattaforma di base per raggiungere gli utenti finali e il numero di utenti finali;*
- c) *gli effetti di rete e i vantaggi basati sui dati, in particolare in relazione all'accesso a dati personali o non personali e alla raccolta di tali dati da parte dell'impresa o alle capacità di analisi di quest'ultima;*
- d) *eventuali effetti di scala e in termini di portata di cui usufruisce l'impresa, anche per quanto riguarda i dati, e, ove pertinente, le sue attività al di fuori dell'Unione;*
- e) *il lock-in degli utenti commerciali o degli utenti finali, compresi i costi del passaggio ad altri fornitori e i pregiudizi comportamentali che riducono la capacità degli utenti commerciali e degli utenti finali di cambiare fornitore o ricorrere al multihoming;*

²⁷ *Digital Markets Act*, articolo 3, § 5, c. 4.

²⁸ *Digital Markets Act*, articolo 3, § 8, c. 1.

- f) *una struttura aziendale conglomerata o l'integrazione verticale di tale impresa, che consenta per esempio all'impresa di praticare sovvenzioni incrociate, combinare dati da diverse fonti o sfruttare la propria posizione dominante; o*
- g) *altre caratteristiche strutturali aziendali o del servizio”.*

Si evince, dunque, come il Regolamento stesso ponga in capo alla Commissione la facoltà di individuare *gatekeeper* anche al di fuori delle soglie già analizzate. Tra gli elementi che la Commissione deve tenere in considerazione ai fini dell'esercizio di questa facoltà, è particolarmente rilevante quello di cui al sub e), in base al quale viene evidenziata la rilevanza, oltre che delle soglie quantitative di fatturato o utenti già espresse in precedenza, del *lock-in* degli utenti commerciali o degli utenti finali. Da ciò, dunque, ne deriva che l'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base, perché possa essere designata come *gatekeeper*, non deve necessariamente superare determinati criteri quantitativi, ma può essere valutata anche solo in merito a quello che è l'effettiva capacità di conservazione del potere esercitato sul mercato rilevante.

In relazione ad ogni impresa designata come *gatekeeper* la Commissione elenca nella decisione di designazione i pertinenti servizi di piattaforma di base forniti nell'ambito di tale impresa.²⁹

Infine, è degno di nota il fatto che la designazione di un'impresa che offre servizi di piattaforma di base quale *gatekeeper* non sia immodificabile od irreversibile. Infatti, è disposto che la Commissione possa riconsiderare, modificare o revocare in qualsiasi momento una decisione di designazione per due motivi, se:

- a) *“si è verificata una modifica sostanziale di uno dei fatti su cui si basava la decisione di designazione;”*
- b) *“la decisione di designazione si basava su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti”.*³⁰

²⁹ *Digital Markets Act*, articolo 3, § 9.

³⁰ *Digital Markets Act*, articolo 4, § 1.

Inoltre, lo stesso articolo quarto, nel successivo paragrafo secondo, impone alla Commissione di effettuare due tipologie di verifiche:

- con cadenza almeno triennale, la Commissione è tenuta a verificare se i *gatekeeper* continuano a soddisfare i requisiti in base ai quali sono stati designati. Tale verifica sarà volta anche alla valutazione dell'eventuale necessità di modificare l'elenco dei servizi di piattaforma di base del *gatekeeper*;
- con cadenza annuale, la Commissione dovrà esaminare la possibilità che nuove imprese che forniscono servizi di piattaforma di base soddisfino i requisiti volte a qualificarle quali *gatekeeper*.

A seguito di queste verifiche, la Commissione ha il potere di incidere sull'originaria decisione. Ciò in quanto, dovesse constatare che i fatti su cui si basava la designazione come *gatekeeper* sono cambiati, la Commissione può adottare una decisione che confermi, modifichi o abroghi la decisione di designazione.³¹

In definitiva, a differenza di quella che è, ed è stata, la prassi del diritto *antitrust*, l'imposizione di obblighi normativi ai sensi del *Digital Markets Act* non dipende da un esame dei comportamenti tenuti da imprese con una posizione dominante in mercati rilevanti, che come si è avuto modo di analizzare può spesso risultare complessa nell'ambito dei mercati digitali, in quanto il Regolamento stabilisce un quadro normativo *ex-ante* per alcuni mercati e servizi in cui il presupposto, necessario e sufficiente, per essere soggetti alle imposizioni è essere un *gatekeeper*.³²

2.3. Gli obblighi imposti ai *gatekeeper*

Delineate le caratteristiche che un'impresa che fornisce un servizio di piattaforma di base deve possedere perché la stessa possa essere designata come *gatekeeper*, il *Digital*

³¹ *Digital Markets Act*, articolo 4, § 2, c. 3.

³² Si veda, a proposito di ciò, (Manganelli, 2021).

Markets Act si occupa di definire quali sono le conseguenze derivanti dalla qualifica di *gatekeeper*.

Quando si parla di conseguenze derivanti dalla designazione si intende definire gli obblighi che il Regolamento stesso pone in capo all'impresa designata tali.

Il Regolamento titola il capo in cui sono inseriti tali obblighi come “*pratiche dei gatekeeper che sono sleali o che limitano la contendibilità*”. Viene ribadito, dunque, il fine auspicato dal legislatore europeo con il recente Regolamento, cioè quello di limitare le imprese fornitrici di servizi di piattaforma di base nel compiere pratiche sleali o comunque lesive del regime della concorrenza.

Il Regolamento, poi, distingue tra più tipologie di obblighi, ognuna delle quali trattata in un suo articolo dedicato. In particolare, la distinzione è tra gli obblighi direttamente eseguibili³³, gli obblighi che potranno essere soggetti di ulteriori specifiche³⁴ e quelli riguardanti l'interoperabilità dei servizi di comunicazione personale.³⁵

2.3.1. Gli obblighi direttamente esecutivi

L'articolo 5 del *Digital Markets Act*, il primo del Capo III e denominato “*Obblighi dei gatekeeper*”, dispone i primi imperativi ai quali devono sottostare le imprese fornitrici di servizi di piattaforma di base che la Commissione, in base alle procedure precedentemente delineate, designa quali *gatekeeper*, obblighi che devono essere soddisfatti in merito a ciascun servizio di piattaforma di base elencato nella decisione di designazione.³⁶

³³ *Digital Markets Act*, articolo 5.

³⁴ *Digital Markets Act*, articolo 6.

³⁵ *Digital Markets Act*, articolo 7. In merito a quest'ultima categoria di obblighi posti in capo ai *gatekeeper*, va rilevato come si tratti di un'aggiunta successiva alla presentazione della proposta di un Regolamento sui mercati digitali, nella quale tali disposizioni non erano presenti.

³⁶ *Digital Markets Act*, articolo 5, § 1.

Segnatamente, l'articolo cinque si occupa, preliminarmente, di formulare gli imperativi riguardanti le modalità in cui il *gatekeeper* è tenuto a trattare i dati personali degli utenti finali. È, infatti, previsto che l'impresa così designata:

- a) *“non tratta, ai fini della fornitura di servizi pubblicitari online, i dati personali degli utenti finali che utilizzano servizi di terzi che si avvalgono di servizi di piattaforma di base del gatekeeper;*
- b) *non combina dati personali provenienti dal pertinente servizio di piattaforma di base con dati personali provenienti da altri servizi di piattaforma di base o da eventuali ulteriori servizi forniti dal gatekeeper o con dati personali provenienti da servizi di terzi;*
- c) *non utilizza in modo incrociato dati personali provenienti dal pertinente servizio di piattaforma di base in altri servizi forniti separatamente dal gatekeeper, compresi altri servizi di piattaforma di base, e viceversa; e*
- d) *non fa accedere con registrazione gli utenti finali ad altri servizi del gatekeeper al fine di combinare dati personali”*.³⁷

Va, poi, rilevato che queste disposizioni non sussistono per il *gatekeeper* *“a meno che sia stata presentata all'utente finale la scelta specifica e quest'ultimo abbia dato il proprio consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679”*.

Il legislatore europeo inizia, dunque, l'esposizione degli obblighi per i *gatekeeper* dando rilevanza alla protezione dei dati degli utenti finali. Va, però, notato che più che di rilevanza della disciplina della protezione dei dati personali, che era già stata oggetto del regolamento (UE) 2016/679, nell'appena riportato secondo paragrafo dell'articolo 5 emerge l'intento del legislatore di limitare, da parte delle grandi piattaforme l'utilizzo della loro capacità di accesso a questi dati a fini diversi da quelli per cui l'utente abbia dato il proprio specifico consenso. Il fine, quindi, è quello di evitare lo sfruttamento abusivo da parte dei *gatekeeper* dell'accesso ai dati personali degli utenti garantitogli dall'essere fornitrice di un servizio di piattaforma di base.

³⁷ *Digital Markets Act*, articolo 5, § 2.

Successivamente, lo stesso articolo 5, nei commi dal terzo al decimo, espone gli ulteriori obblighi direttamente applicabili a cui sono sottoposti i *gatekeeper*. In particolare, il *gatekeeper*:

- *“non impedisce agli utenti commerciali di offrire gli stessi prodotti o servizi agli utenti finali attraverso servizi di intermediazione online di terzi o attraverso il proprio canale di vendita diretta online a prezzi o condizioni diversi da quelli offerti attraverso i servizi di intermediazione online del gatekeeper;*
- *consente agli utenti commerciali, a titolo gratuito, di comunicare e promuovere offerte, anche a condizioni diverse, agli utenti finali acquisiti attraverso il proprio servizio di piattaforma di base o attraverso altri canali, e di stipulare contratti con tali utenti finali, a prescindere dal fatto che, a tal fine, essi si avvalgano dei servizi di piattaforma di base del gatekeeper;*
- *consente agli utenti finali di accedere a contenuti, abbonamenti, componenti o altri elementi e di utilizzarli attraverso i suoi servizi di piattaforma di base avvalendosi dell'applicazione software di un utente commerciale, anche se tali utenti finali hanno acquistato tali elementi dall'utente commerciale in questione senza utilizzare i servizi di piattaforma di base del gatekeeper;*
- *non può né impedire né limitare la possibilità per gli utenti commerciali o gli utenti finali di sollevare questioni in materia di inosservanza del pertinente diritto dell'Unione o del diritto nazionale da parte del gatekeeper presso qualsiasi autorità pubblica competente, compresi gli organi giurisdizionali nazionali, per quanto riguarda le pratiche del gatekeeper;*³⁸
- *non impone agli utenti finali di utilizzare, o agli utenti commerciali di utilizzare, offrire o essere interoperabili con un servizio di identificazione, un motore di rendering dei browser web o un servizio di pagamento, o servizi tecnici funzionali alla fornitura dei servizi di pagamento, quali i sistemi di*

³⁸ È, tuttavia, previsto che questa disposizione lasci impregiudicato il diritto degli utenti commerciali e dei *gatekeeper* di fissare nei loro accordi le condizioni d'uso dei meccanismi legittimi di gestione dei reclami.

pagamento per gli acquisti in-app, di tale gatekeeper nel contesto dei servizi forniti dagli utenti commerciali che si avvalgono dei servizi di piattaforma di base di tale gatekeeper;

- *non impone agli utenti commerciali o agli utenti finali l'abbonamento o l'iscrizione a qualsiasi ulteriore servizio di piattaforma di base elencato nella decisione di designazione a norma dell'articolo 3, paragrafo 9, o che raggiunge le soglie di cui all'articolo 3, paragrafo 2, lettera b), quale condizione per poter utilizzare, accedere, registrarsi o iscriversi a uno dei servizi di piattaforma di base del gatekeeper inserito nell'elenco a norma del medesimo articolo;*
- *fornisce a ogni inserzionista cui eroga servizi pubblicitari online, o a terzi autorizzati dagli inserzionisti, su richiesta dell'inserzionista, informazioni su base giornaliera e a titolo gratuito relative a ogni annuncio pubblicitario pubblicato dall'inserzionista, per quanto riguarda: il prezzo e le commissioni pagati da tale inserzionista, incluse eventuali trattenute e sovrapprezzi, per ciascuno dei pertinenti servizi pubblicitari online forniti dal gatekeeper; la remunerazione percepita dall'editore, incluse eventuali trattenute e sovrapprezzi, fatto salvo il consenso dell'editore; i parametri di calcolo di ogni prezzo, commissione e remunerazione. Nel caso in cui un editore non presti il proprio consenso alla condivisione delle informazioni relative alla remunerazione percepita di cui al primo comma, lettera b), il gatekeeper fornisce gratuitamente a ciascun inserzionista informazioni sulla remunerazione media giornaliera percepita da tale editore, comprese eventuali detrazioni e sovrapprezzi, per gli annunci pubblicitari in questione;*
- *fornisce a ogni editore cui eroga servizi pubblicitari online, o a terzi autorizzati dagli editori, su richiesta dell'editore, informazioni su base giornaliera e a titolo gratuito relative a ogni annuncio pubblicitario che appare nello spazio pubblicitario dell'editore, per quanto riguarda: la remunerazione percepita e le commissioni pagate da tale editore, incluse eventuali trattenute e sovrapprezzi, per ciascuno dei pertinenti servizi pubblicitari online forniti dal*

gatekeeper; il prezzo pagato dall'inserzionista, incluse eventuali trattenute e sovrapprezzi, fatto salvo il consenso dell'inserzionista; e i parametri di calcolo di ogni prezzo e remunerazione. Nel caso in cui un inserzionista non presti il proprio consenso alla condivisione delle informazioni, il gatekeeper fornisce gratuitamente a ciascun editore informazioni sul prezzo medio giornaliero pagato da tale inserzionista, comprese eventuali detrazioni e sovrapprezzi, per gli annunci pubblicitari in questione”.

Può risultare evidente, dalla lettura della prima categoria di obblighi posti in capo ai *gatekeeper* da parte del legislatore europeo, la possibile sovrapposizione di questi con la disciplina generale del diritto della concorrenza dell'Unione. Va però evidenziato che, grazie all'imposizione specifica di questi obblighi per come contenuti nel Regolamento, il legislatore persegue un fine diverso da quello dell'articolo 102 del Trattato sul funzionamento. Infatti, raggruppando questi imperativi il legislatore intende concepire una serie di obblighi complementari che limitano i *gatekeeper* in modo sistematico al fine del raggiungimento dei già espressi obiettivi di contendibilità ed equità. Un esempio esplicativo di questa azione sistematica sviluppata tramite le disposizioni del *Digital Markets Act* è quella risultante dal combinato di due paragrafi dell'appena riportato articolo 5. Il paragrafo sette, in base al quale un *gatekeeper* non impone agli utenti di utilizzare, offrire o essere interoperabili con un servizio di identificazione di tale *gatekeeper*, e il paragrafo ottavo, per il quale un *gatekeeper* non impone agli utenti commerciali o agli utenti finali l'abbonamento o l'iscrizione a qualsiasi ulteriore servizio di piattaforma di base, perseguono, infatti, in modo sistematico una serie di strategie di con le quali le imprese che offrono servizi di piattaforma di base tentano di estendere la loro presenza nel mercato. Questo approccio sistematico permette, dunque, di andare oltre quanto si potrebbe ottenere ai sensi dell'articolo 102 TFUE, che si limita ad affrontare, in modo retrospettivo, alcune forme di inviluppo utilizzate dall'impresa dominante. La strategia del *Digital Markets Act*,

invece, è quella di controllare *ex-ante* una serie di comportamenti che cumulativamente possono causare specifici abusi nel mercato.³⁹

2.3.2. Gli obblighi suscettibili di ulteriori specifiche

Immediatamente dopo l'articolo 5, il *Digital Markets Act* contiene la seconda categoria di obblighi, per come sopra delineati, cioè i cosiddetti “obblighi suscettibili di ulteriori specifiche”.⁴⁰ Nonostante il titolo dell'articolo, che menziona la possibilità di ulteriori specifiche, anche gli obblighi esposti dal Regolamento nel suo articolo 6 sono direttamente esecutivi ed applicabili ai designati *gatekeeper*.⁴¹

Nel menzionare le possibili ulteriori specifiche, infatti, il *Digital Markets Act* non si riferisce alla possibilità di una modifica sostanziale alle stesse disposizioni ai fini della loro applicazione ma, piuttosto, alla possibile specificazione pratica delle misure che il *gatekeeper* deve attuare per rispettare gli obblighi imposti. È, infatti, previsto che la Commissione possa adottare un atto di esecuzione ai fini della specificazione delle misure che il *gatekeeper* deve attuare per garantire un'osservanza effettiva degli obblighi di cui all'articolo 6.⁴² Va, inoltre, osservato che può essere lo stesso *gatekeeper* a richiedere che la Commissione avvii un processo per determinare se le misure che intende attuare, o ha attuato, per garantire la conformità all'articolo 6 siano efficaci ai fini del rispetto degli obblighi.⁴³

L'articolo 6, dopo aver ribadito la necessità, per le imprese designate quali *gatekeeper*, di soddisfare gli obblighi da esso contenuti, elenca dodici imperativi partendo dal suo comma secondo, e in particolare:

- “il *gatekeeper* non utilizza, in concorrenza con gli utenti commerciali, dati non accessibili al pubblico generati o forniti da tali utenti commerciali nel quadro del loro utilizzo dei pertinenti servizi di piattaforma di base o dei servizi forniti

³⁹ Così (Monti, 2021).

⁴⁰ *Digital Markets Act*, articolo 6.

⁴¹ *Digital Markets Act*, articolo 6, § 1.

⁴² *Digital Markets Act*, articolo 8, § 2.

⁴³ *Digital Markets Act*, articolo 8, § 3.

contestualmente o in ausilio ai pertinenti servizi di piattaforma di base, compresi i dati generati o forniti dai clienti di tali utenti commerciali [...];

- *il gatekeeper consente, agli utenti finali, di disinstallare con facilità qualsiasi applicazione software presente nel sistema operativo del gatekeeper, fatta salva la possibilità per tale gatekeeper di limitare tale disinstallazione in relazione alle applicazioni software essenziali per il funzionamento del sistema operativo o del dispositivo e la cui fornitura come applicazioni software autonome (standalone) di terzi è impossibile a livello tecnico.*

Il gatekeeper consente, agli utenti finali di modificare facilmente le impostazioni predefinite del sistema operativo, assistente virtuale e browser web del gatekeeper che indirizzano od orientano gli utenti finali verso prodotti o servizi forniti dal gatekeeper [...];

- *il gatekeeper consente l'installazione e l'uso effettivo di applicazioni software o di negozi di applicazioni software di terzi che utilizzano il suo sistema operativo o che sono interoperabili con esso e consente l'accesso a tali applicazioni software o negozi di applicazioni software con mezzi diversi dai pertinenti servizi di piattaforma di base di tale gatekeeper [...].*

Il gatekeeper ha facoltà di adottare misure volte a garantire che le applicazioni software o i negozi di applicazioni software di terzi non presentino rischi per l'integrità dell'hardware o del sistema operativo fornito dal gatekeeper [...].

Inoltre, il gatekeeper ha la facoltà di applicare misure e impostazioni diverse dalle impostazioni predefinite, che permettano agli utenti finali di proteggere efficacemente la sicurezza in relazione ad applicazioni software o negozi di applicazioni software di terzi, a condizione che tali misure e impostazioni diverse dalle impostazioni predefinite non vadano oltre quanto strettamente necessario e proporzionato e siano debitamente giustificate dal gatekeeper;

- *il gatekeeper non garantisce un trattamento più favorevole, in termini di posizionamento e relativa indicizzazione e crawling, ai servizi e prodotti offerti dal gatekeeper stesso rispetto a servizi o prodotti analoghi di terzi. Il*

gatekeeper applica condizioni trasparenti, eque e non discriminatorie a tale posizionamento;

- *il gatekeeper non limita a livello tecnico o in altra maniera la possibilità per gli utenti finali di passare, e di abbonarsi, a servizi e applicazioni software diversi, cui hanno accesso avvalendosi dei servizi di piattaforma di base del gatekeeper; ciò vale anche per la scelta dei servizi di accesso a internet da parte degli utenti finali;*
- *il gatekeeper consente, a titolo gratuito, ai fornitori di servizi e ai fornitori di hardware l'effettiva interoperabilità, nonché l'accesso ai fini dell'interoperabilità, con le stesse componenti hardware e software che sono disponibili per i servizi o l'hardware forniti dal gatekeeper e alle quali si accede o che sono controllate tramite il sistema operativo o l'assistente virtuale elencati nella decisione di designazione a norma dell'articolo 3, paragrafo 9. Inoltre, il gatekeeper consente, a titolo gratuito, agli utenti commerciali e ai fornitori alternativi di servizi forniti contestualmente o in ausilio ai servizi di piattaforma di base, l'effettiva interoperabilità, nonché l'accesso ai fini dell'interoperabilità, con lo stesso sistema operativo e le stesse componenti hardware o software che sono disponibili per il gatekeeper, o da esso utilizzati, al momento della fornitura di tali servizi, a prescindere dal fatto che tali componenti siano parte del sistema operativo.*

Il gatekeeper ha facoltà di adottare misure strettamente necessarie e proporzionate volte a garantire che l'interoperabilità non comprometta l'integrità del sistema operativo, dell'assistente virtuale e delle componenti hardware o software fornite dal gatekeeper, a condizione che tali misure siano debitamente giustificate dal gatekeeper;

- *il gatekeeper fornisce a inserzionisti ed editori, nonché a terzi autorizzati da inserzionisti ed editori, su loro richiesta e a titolo gratuito, l'accesso ai propri strumenti di misurazione delle prestazioni e i dati necessari agli inserzionisti e*

agli editori affinché possano effettuare una verifica indipendente dell'offerta di spazio pubblicitario, compresi dati aggregati e non aggregati [...];

- *il gatekeeper fornisce, su richiesta e a titolo gratuito, agli utenti finali e a terzi autorizzati da un utente finale l'effettiva portabilità dei dati forniti dall'utente finale o generati mediante l'attività dell'utente finale nel contesto dell'utilizzo del pertinente servizio di piattaforma di base [...];*
- *il gatekeeper fornisce a titolo gratuito agli utenti commerciali e a terzi autorizzati da un utente commerciale, su richiesta, un accesso efficace, di elevata qualità, continuo e in tempo reale a dati aggregati e non aggregati, compresi i dati personali, e garantisce alle stesse condizioni l'uso di tali dati, che sono forniti o generati nel contesto dell'uso dei pertinenti servizi di piattaforma di base o dei servizi forniti contestualmente o in ausilio ai pertinenti servizi di piattaforma di base da parte di tali utenti commerciali e degli utenti finali che si avvalgono di prodotti o servizi forniti da tali utenti commerciali. Quanto ai dati personali, il gatekeeper fornisce tale accesso ai dati personali e ne garantisce l'uso solo se i dati sono direttamente connessi con l'uso effettuato dagli utenti finali in relazione ai prodotti o servizi offerti dal pertinente utente commerciale mediante il pertinente servizio di piattaforma di base e nel caso in cui gli utenti finali accettano tale condivisione esprimendo il suo consenso;*
- *il gatekeeper garantisce alle imprese terze che forniscono motori di ricerca online, su loro richiesta, l'accesso a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie a dati relativi a posizionamento, ricerca, click e visualizzazione per quanto concerne le ricerche gratuite e a pagamento generate dagli utenti finali sui suoi motori di ricerca online [...];*
- *il gatekeeper applica condizioni generali eque, ragionevoli e non discriminatorie per l'accesso degli utenti commerciali ai propri negozi di applicazioni software, motori di ricerca online e servizi di social network online [...];*

- *il gatekeeper si astiene dal dotarsi di condizioni generali di risoluzione della fornitura di un servizio di piattaforma di base che non siano proporzionate. Il gatekeeper garantisce che le condizioni di risoluzione possano essere esercitate senza indebite difficoltà”.*

Nuovamente, emerge dagli obblighi contenuti all’articolo 6 il fatto che il Regolamento persegue, tramite questi imperativi, il fine che ha portato alla sua adozione. Infatti, se già all’interno dei considerando era stato espresso il rischio che le caratteristiche dei *gatekeeper* potessero essere alla base di gravi squilibri in termini di potere contrattuale e portare a conseguenti abusi della posizione occupata da queste imprese all’interno dei mercati digitali, nei confronti tanto degli utenti commerciali quanto degli utenti finali, gli imperativi di cui all’articolo 6 seguono censurano condotte tipiche degli abusi posti in essere dalle imprese che forniscono servizi di piattaforma di base.

Nel dettaglio, le condotte censurate dal legislatore tramite la disposizione in esame sono da considerarsi come comportamenti, anticoncorrenziali, attuabili da parte dei *gatekeeper* grazie alla posizione dominante da loro assunta nel mercato di uno specifico servizio di piattaforma di base. Un esempio di mercato in cui alcune imprese, ora designabili come *gatekeeper*, agiscono in tal modo è quello degli “*App store*”, oggetto di un’analisi più dettagliata nell’ultimo capitolo della trattazione. Questi sono definibili servizi di piattaforma di base in quanto sono ricompresi all’interno della categoria dei “servizi di intermediazione online”⁴⁴, e il loro mercato di riferimento, grazie soprattutto alla poca competitività all’interna, garantisce alle imprese che loro fornitrici la possibilità di agire in maniera anti competitiva, ad esempio incentivando la distribuzione di un software applicativo proprio, a scapito di quello prodotto da un utente commerciale terzo.⁴⁵ Questo tipo di condotte, sempre riferendoci all’esempio appena esposto, trova, ora, una censura esplicita da parte del *Digital Markets Act*, in quanto è disposto che il *gatekeeper* deve consentire l’installazione e l’uso di negozi di applicazioni software di terzi che utilizzano il suo sistema operativo o che sono

⁴⁴ Categoria identificata come uno dei servizi di piattaforma di base dall’articolo 2 del Regolamento sui mercati digitali.

⁴⁵ Si veda, in merito, (Bostoen & Mândrescu, *Assessing abuse of dominance in the platform economy: a case study of app stores*, 2020).

interoperabili con esso e deve consentire l'accesso a tali applicazioni software o negozi di applicazioni software con mezzi diversi dai pertinenti servizi di piattaforma di base di tale *gatekeeper*.⁴⁶

2.3.3. L'obbligo di interoperabilità dei servizi di comunicazione

Concludendo l'analisi degli obblighi che il *Digital Markets Act* pone in capo alle imprese designate quali *gatekeeper*, l'articolo 7 contiene delle disposizioni riguardanti l'interoperabilità dei servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero.⁴⁷

L'obiettivo del legislatore europeo, nell'adottare questa disposizione, è quello di far sì che i *gatekeeper*, ed in particolare quelli designati tali in quanto offerenti quali servizi di piattaforma di base i servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero, rendano le funzionalità di base dei suoi servizi rientranti in questa categoria con gli stessi servizi di un altro fornitore che offre o intende offrire tali servizi nell'Unione. A questo fine è disposto che i *gatekeeper* in questione, su richiesta e a titolo gratuito, renda disponibili le necessarie interfacce tecniche o soluzioni analoghe che facilitano l'interoperabilità.⁴⁸

È indubbiamente rilevante notare come l'imperativo di cui all'articolo 7 del *Digital Markets Act* sia stato sviluppato, dal legislatore europeo, distinguendo tre “sub-categorie” del servizio di piattaforma di base per le quali l'applicazione dell'obbligo di interoperabilità si applica in momenti diversi a partire dalla designazione dell'impresa in oggetto quale *gatekeeper*. Volendo sintetizzare, a seguito della designazione il *gatekeeper* è tenuto a rendere interoperabile la funzione di messaggistica *end-to-end* tra due singoli utenti finali (includendo anche la condivisione di immagini, messaggi vocali, video e altri file allegati).

⁴⁶ *Digital Markets Act*, articolo 6, § 4.

⁴⁷ Per “servizio di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero” è inteso, ai sensi dell'art. 2 della Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, *un servizio di comunicazione interpersonale che non si connette a risorse di numerazione assegnate pubblicamente — ossia uno o più numeri che figurano in un piano di numerazione nazionale o internazionale — o che non consente la comunicazione con uno o più numeri che figurano in un piano di numerazione nazionale o internazionale.*

⁴⁸ *Digital Markets Act*, articolo 7, § 1.

Successivamente, e comunque entro due anni dalla designazione, questa interoperabilità dovrà comprendere anche la messaggistica di testo *end-to-end* all'interno di gruppi e ulteriormente, ma comunque entro quattro anni dalla designazione, saranno necessariamente ricomprese le chiamate vocali e videochiamate *end-to-end*, sia tra due singoli utenti finali che tra chat di gruppo.⁴⁹

Delineate i termini entro i quali i *gatekeeper* devono garantire l'interoperabilità delle comunicazioni interpersonali indipendenti dal numero, il Regolamento sviluppa le modalità in cui deve essere garantita questa interoperabilità. È, anzitutto, stabilito che il *gatekeeper* dovrà preservare in tutti servizi interoperabili il livello di sicurezza, fornito ai propri utenti finali.⁵⁰

Il *gatekeeper*, inoltre, è tenuto a pubblicare un'offerta di riferimento, la quale deve stabilire i dettagli tecnici e le condizioni generali dell'interoperabilità con i suoi servizi, compresi i dettagli necessari sul livello di sicurezza e di crittografia *end-to-end*.⁵¹ In seguito alla pubblicazione dell'offerta di riferimento, qualsiasi fornitore di servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero che offre o intende offrire tali servizi nell'Unione può chiedere l'interoperabilità con i servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero forniti dal *gatekeeper* e, a seguito della richiesta, il *gatekeeper* ha l'onere di conformarsi a qualsiasi ragionevole richiesta di interoperabilità entro tre mesi dal ricevimento di tale richiesta, rendendo operative le funzionalità di base richieste.⁵²

Pare opportuno segnalare, inoltre, che, relativamente ai termini posti in capo al *gatekeeper* dall'articolo 7 è previsto che la Commissione possa, in via eccezionale, su richiesta motivata del *gatekeeper* stesso, prorogare gli stessi se ciò dovesse dimostrarsi necessario per garantire l'effettiva interoperabilità e mantenere il necessario livello di sicurezza.⁵³ Inoltre, è garantita la facoltà per il *gatekeeper* di adottare misure volte a garantire che i fornitori terzi di servizi di comunicazione interpersonale indipendenti

⁴⁹ *Digital Markets Act*, articolo 7, § 2.

⁵⁰ *Digital Markets Act*, articolo 7, § 3.

⁵¹ *Digital Markets Act*, articolo 7, § 4.

⁵² *Digital Markets Act*, articolo 7, § 5.

⁵³ *Digital Markets Act*, articolo 7, § 6.

dal numero che chiedono l'interoperabilità non presentino rischi per l'integrità, la sicurezza e la privacy dei suoi servizi, a condizione che tali misure siano strettamente necessarie, proporzionate e debitamente giustificate.⁵⁴

Va notato che questa disposizione, ed in particolare l'obbligo per i *gatekeeper* di garantire l'interoperabilità dei servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero, non era presente all'interno della proposta di regolamento da parte di Parlamento e Consiglio. Tuttavia, come si rileva nel testo finale del *Digital Markets Act*, il legislatore ha ritenuto importante l'inserimento della disposizione in esame, ritenendo che la mancanza di interoperabilità, consentendo ai *gatekeeper* che forniscono servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero di beneficiare di forti effetti di rete, contribuisce a indebolire la contendibilità.⁵⁵

2.4. La disciplina in merito all'adempimento degli obblighi

All'interno del Capo III del *Digital Markets Act*, che, come si è avuto modo di segnalare precedentemente, disciplina le pratiche dei *gatekeeper* che sono sleali o che limitano la contendibilità, la disciplina degli obblighi posti in capo alle imprese è seguita dalle disposizioni relative all'esecuzione degli obblighi stessi.

2.4.1. L'osservanza degli obblighi

L'articolo 8, denominato “*Osservanza degli obblighi imposti ai gatekeeper*”, può essere idealmente considerato come la disposizione volta ad inaugurare la parte del Capo III del Regolamento relativa all'esecuzione degli obblighi.

Viene, infatti, in questa sede, ribadito che i *gatekeeper* debbano garantire e dimostrare l'osservanza degli obblighi sanciti dal Regolamento.⁵⁶

⁵⁴ *Digital Markets Act*, articolo 7, § 9.

⁵⁵ *Digital Markets Act*, considerando n. 64.

⁵⁶ *Digital Markets Act*, articolo 8, § 1. Va, inoltre, rilevato che all'interno della stessa disposizione il legislatore europeo ha previsto che il *gatekeeper* debba garantire che l'attuazione delle misure volte al rispetto degli obblighi sia conforme al diritto applicabile, in particolare al regolamento (UE) 2016/679, alla direttiva 2002/58/CE, alla legislazione in materia di cybersicurezza, protezione dei consumatori e sicurezza dei prodotti, nonché ai requisiti di accessibilità.

Successivamente, in merito alla pratica esecuzione degli obblighi, è posto in capo alla Commissione il potere di aprire un procedimento, di propria iniziativa o su richiesta di un *gatekeeper*, al termine del quale può essere adottato un atto di esecuzione che specifica le misure che il *gatekeeper* interessato deve attuare per garantire un'osservanza effettiva degli obblighi di cui agli articoli 6 e 7.⁵⁷

Ai fini dell'adozione di questo atto di esecuzione, la Commissione deve comunicare al *gatekeeper* le proprie constatazioni preliminari entro tre mesi dall'apertura del procedimento. All'interno di queste constatazioni preliminari la Commissione illustra le misure che sta valutando di adottare o che ritiene debbano essere adottate dal *gatekeeper* interessato al fine di rispondere in maniera efficace alle constatazioni preliminari stesse. Nello specificare le misure previste nell'atto conclusivo del procedimento, la Commissione garantisce che queste siano efficaci ai fini del conseguimento degli obiettivi del Regolamento e del pertinente obbligo, oltre che proporzionate alle circostanze specifiche relative al *gatekeeper* e al servizio in questione. Inoltre, la Commissione può decidere di riaprire un procedimento, su richiesta o di propria iniziativa, in tre casi:

- a) *“se si è verificata una modifica sostanziale di uno dei fatti su cui si basava la decisione; o*
- b) *se la decisione si basava su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti; o*
- c) *se le misure specificate nella decisione non sono efficaci”*.⁵⁸

Infine, va ricordato, come si è già avuto modo di segnalare nell'analisi dell'articolo 6, che gli stessi *gatekeeper*, al fine di determinare se le misure che questi intendano attuare, o già attuino, per garantire la conformità agli articoli 6 e 7 del Regolamento siano efficaci ai fini del conseguimento dell'obiettivo del pertinente obbligo nelle circostanze specifiche del *gatekeeper*, possono richiedere che la Commissione avvii un procedimento. Nella loro richiesta, i *gatekeeper* devono presentare una richiesta motivata per spiegare le misure che intende attuare o che ha attuato, fornendo, inoltre,

⁵⁷ *Digital Markets Act*, articolo 8, § 2. Tale atto di esecuzione è adottato entro sei mesi dall'apertura del procedimento.

⁵⁸ *Digital Markets Act*, articolo 8, § 5, 7, 9.

una versione non riservata della propria richiesta motivata che può essere condivisa con terzi.⁵⁹

2.4.2. La sospensione e l'esenzione dagli obblighi

L'applicazione degli obblighi previsti dal *Digital Markets Act*, nonostante, come si è avuto modo di rilevare, questi siano direttamente attuati nei confronti delle imprese designate quali *gatekeeper*, non è statica ed indefettibile. Infatti, in seguito alla formulazione delle disposizioni relative all'esecuzione degli obblighi, o, meglio, relative alla specificazione delle condotte che i *gatekeeper* sono tenuti a adottare ai fini del rispetto del Regolamento, di cui all'appena esaminato articolo 8, il legislatore si è occupato di disciplinare le ipotesi di sospensione degli obblighi e di esenzione dagli stessi.

In particolare, la disciplina relativa alla sospensione è contenuta nell'articolo 9, il quale, preliminarmente, dispone la possibilità per la Commissione di adottare un atto di esecuzione al fine di procedere alla sospensione di uno specifico obbligo nei confronti di uno specifico *gatekeeper*, ciò in seguito ad una richiesta motivata della stessa impresa nella quale questa dimostri che l'osservanza di un obbligo specifico di cui agli articoli 5, 6 o 7 relativo a un servizio di piattaforma di base elencato nella decisione di designazione metterebbe a rischio, a causa di circostanze eccezionali che sfuggono al controllo del *gatekeeper*, la redditività economica della sua attività all'interno del mercato eurounionale. In tale atto di esecuzione, che deve essere adottato senza indugio e al più tardi entro tre mesi dalla ricezione della richiesta, la Commissione deve motivare la propria decisione di sospensione individuando quali circostanze, eccezionali, hanno giustificato la sospensione. Inoltre, va rilevato che tale atto è limitato nella misura e per la durata necessarie a far fronte a tale minaccia nei confronti della redditività impresa offerente il servizio di piattaforma di base.⁶⁰

⁵⁹ *Digital Markets Act*, articolo 8, § 3.

⁶⁰ *Digital Markets Act*, articolo 9, § 1.

Ulteriormente, il legislatore ha disposto che, in seguito alla richiesta motivata del *gatekeeper* che denoti un caso in cui la sospensione è necessaria con una particolare urgenza, la Commissione può sospendere l'applicazione di un obbligo specifico in relazione a uno o più singoli servizi di piattaforma di base già prima dell'adozione della decisione definitiva.⁶¹

Nel valutare le richieste, sia nel caso in cui queste siano proposte ai fini di una decisione di sospensione seguendo l'iter dapprima analizzato, sia nei casi di urgenza, è disposto che la Commissione debba tenere conto dell'impatto dell'osservanza dell'obbligo specifico sulla redditività economica dell'attività del *gatekeeper* nell'Unione, nonché su terzi, in particolare le PMI e i consumatori. La sospensione, inoltre, può essere subordinata a condizioni e obblighi definiti dalla Commissione al fine di garantire un giusto equilibrio tra tali interessi e gli obiettivi delineati dal *Digital Markets Act* stesso.⁶²

In aggiunta, è rilevante notare la disposizione del secondo paragrafo dello stesso articolo 9 del Regolamento, in base alla quale se, al termine delle procedure come sopra delineate, la sospensione è concessa, la Commissione è tenuta al riesame della propria decisione di sospensione con cadenza annua, a meno che nella decisione non sia specificato un intervallo più breve. A seguito di tale riesame la Commissione può adottare tre tipologie di decisioni: la sospensione può essere oggetto di revoca in toto, di revoca parziale ovvero può essere confermata, nel caso in cui la Commissione ritenga ancora soddisfatte le condizioni in base alle quali questa era stata adottata in primo luogo.⁶³

La sospensione di uno specifico obbligo nei confronti di un *gatekeeper* non è, però, come si è avuto modo di anticipare, l'unico strumento in base al quale la rigida applicazione degli obblighi imposti dal Regolamento nei confronti delle imprese designate quali *gatekeeper* può essere limitata attraverso una decisione della

⁶¹ *Digital Markets Act*, articolo 9, § 3.

⁶² *Digital Markets Act*, articolo 9, § 4.

⁶³ *Digital Markets Act*, articolo 9, § 2.

Commissione. È previsto che la Commissione possa anche esentare un determinato *gatekeeper* dall'applicazione di uno o più specifici obblighi.

In particolare, il *Digital Markets Act* dispone che, a seguito di richiesta motivata di un *gatekeeper* o di propria iniziativa, la Commissione può adottare un atto di esecuzione recante la sua decisione di esentare tale *gatekeeper*, integralmente o in parte, da un obbligo specifico sancito dagli articoli 5, 6 o 7, in relazione a un servizio di piattaforma di base elencato nella decisione di designazione, se tale esenzione è giustificata in base a motivi di salute pubblica ovvero per pubblica sicurezza.⁶⁴

La Commissione adotta la decisione di esenzione entro tre mesi dalla ricezione di una richiesta motivata completa ed è tenuta a fornire una dichiarazione motivata che illustri i motivi dell'esenzione. Tuttavia, nei casi urgenti può sospendere provvisoriamente l'applicazione di un obbligo specifico già prima della decisione definitiva riguardo alla possibile esenzione.⁶⁵

Nel valutare la richiesta di esenzione, anche se questa presenti i tratti di urgenza che possono portare ad una sospensione solo provvisoria, la Commissione deve tener conto in particolare dell'impatto dell'osservanza dell'obbligo specifico sui motivi di salute pubblica o di pubblica sicurezza, nonché degli effetti sul *gatekeeper* interessato e su terzi. È disposto, inoltre, che la Commissione possa subordinare la sospensione a condizioni e obblighi al fine di garantire un giusto equilibrio tra gli obiettivi perseguiti dal Regolamento e i motivi, di salute o sicurezza pubblica, che hanno derivato la presentazione della domanda da parte dell'impresa interessata ovvero l'iniziativa della Commissione stessa.⁶⁶

Va, altresì, rilevato che, nel caso in cui al termine della procedura la Commissione decida di concedere l'esenzione ai sensi di cui all'analizzato articolo 10, questa decisione deve essere oggetto di un riesame se i motivi che giustificavano l'esenzione non sussistono più o perlomeno con cadenza annuale. A seguito di tale riesame, la Commissione può revocare in toto l'esenzione, revocare solo parte di essa ovvero

⁶⁴ *Digital Markets Act*, articolo 10, § 1, 3.

⁶⁵ *Digital Markets Act*, articolo 10, § 4.

⁶⁶ *Digital Markets Act*, articolo 10, § 5.

decidere che le condizioni in base alle quali questa era stata concessa continuano a essere soddisfatte.⁶⁷

2.4.3. L'onere di relazione

Proseguendo nell'analisi delle disposizioni del Regolamento, ed in particolare delle prescrizioni in merito all'applicazione degli obblighi, l'articolo 11 prevede un particolare onere in capo ai *gatekeeper*.

Segnatamente, al fine di garantire per la Commissione, ed ai terzi, un ulteriore mezzo di controllo sul rispetto degli obblighi, è previsto un onere di relazione in merito alle modalità di adempimento al *Digital Markets Act*.

È, quindi, disposto che entro sei mesi dalla designazione quale *gatekeeper*, l'impresa fornitrice di un servizio di piattaforma di base deve trasmettere alla stessa Commissione una relazione nella quale descrive, dettagliatamente ed in modo trasparente, le misure che ha attuato con il fine di garantire l'osservanza degli obblighi delineati agli articoli 5, 6 e 7. Tale relazione, inoltre, deve essere aggiornata dal *gatekeeper* stesso con cadenza almeno annuale.⁶⁸

Va, oltretutto, rilevato che la stessa impresa deve pubblicare e trasmettere alla Commissione una sintesi non riservata di tale relazione, che è, poi, resa disponibile dalla Commissione stessa sul proprio sito web.⁶⁹

2.4.4. L'aggiornamento degli obblighi

Si è avuto modo di analizzare, in precedenza, gli istituti della sospensione e dell'esenzione dall'applicazione degli obblighi contenuti nel *Digital Markets Act*, istituti che, come evidente già dalla loro denominazione, agiscono sulla concreta applicazione degli imperativi posti dal Regolamento in capo ai *gatekeeper*.

⁶⁷ *Digital Markets Act*, articolo 10, § 2.

⁶⁸ *Digital Markets Act*, articolo 11, § 1, 2.

⁶⁹ *Digital Markets Act*, articolo 11, § 2.

Tuttavia, le fattispecie contenute nelle disposizioni di cui agli articoli 9 e 10 del Regolamento non sono le uniche tramite le quali possono essere alterate le modalità di applicazione degli obblighi. Un'altra fattispecie che possiamo idealmente ricomprendere in questa categoria è quella contenuta dall'articolo 12, relativo ai meccanismi di aggiornamento degli obblighi stessi.

Il potere di aggiornare gli obblighi previsti dal Regolamento è posto in capo alla Commissione, che esercita il potere di adottare atti delegati concessole dal Regolamento stesso.⁷⁰

Segnatamente, la Commissione ha il potere di adottare atti delegati per integrare gli obblighi di cui agli articoli 5 e 6. Tali atti delegati devono essere adottati in seguito ad un'indagine di mercato⁷¹ che ha individuato la necessità di *“tenere aggiornati tali obblighi per affrontare pratiche che limitano la contendibilità dei servizi di piattaforma di base o che sono sleali in maniera analoga alle pratiche oggetto degli obblighi sanciti dagli articoli”* in questione.⁷²

Nonostante le premesse appena esaminate, secondo le quali l'atto delegato ai sensi del primo paragrafo dell'articolo 12 ha la funzione di aggiornare gli obblighi per affrontare al meglio le pratiche sleali o comunque che limitano la contendibilità nei mercati digitali, lo stesso articolo, nel suo secondo paragrafo, limita l'ambito di applicazione dell'atto delegato a:

- a) *“estendere un obbligo che si applica solo in relazione a determinati servizi di piattaforma di base ad altri servizi di piattaforma di base elencati all'articolo 2, punto 2);*
- b) *estendere un obbligo che va a beneficio di determinati utenti commerciali o utenti finali affinché altri utenti commerciali o utenti finali possano beneficiarne;*

⁷⁰ *Digital Markets Act*, articolo 49, § 1.

⁷¹ Le indagini di mercato, nell'ambito di applicazione del *Digital Markets Act*, sono effettuate a norma dell'articolo 19 del Regolamento stesso.

⁷² *Digital Markets Act*, articolo 12, § 1.

- c) *specificare la modalità di esecuzione, da parte dei gatekeeper, degli obblighi di cui agli articoli 5 e 6 al fine di garantire l'effettiva osservanza di tali obblighi;*
- d) *estendere un obbligo che si applica solo in relazione a determinati servizi forniti contestualmente o in ausilio a servizi di piattaforma di base ad altri servizi forniti contestualmente o in ausilio a servizi di piattaforma di base;*
- e) *estendere un obbligo che si applica solo in relazione a determinati tipi di dati affinché si applichi anche ad altri tipi di dati;*
- f) *aggiungere ulteriori condizioni nel caso in cui un obbligo imponga determinate condizioni al comportamento di un gatekeeper; o*
- g) *applicare un obbligo che disciplina la relazione tra diversi servizi di piattaforma di base del gatekeeper alla relazione tra un servizio di piattaforma di base e altri servizi del gatekeeper”.*⁷³

Va, inoltre, notato che la possibilità per la Commissione di adottare atti delegati per aggiornare gli obblighi non è limitata agli oneri elencati dagli articoli 5 e 6, in quanto alla stessa è anche conferito il potere di adottare atti delegati per modificare, ovvero integrare, il *Digital Markets Act* per quanto riguarda le disposizioni contenute dall'articolo 7, paragrafo 2, aggiungendo o eliminando funzionalità dei servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero, o specificando le modalità di esecuzione di tali obblighi al fine di garantirne l'effettiva osservanza.⁷⁴

Anche in questi casi è disposto che l'adozione di tali atti possa essere disposta solo a seguito di un'indagine di mercato “*che ha individuato la necessità di tenere aggiornati tali obblighi per affrontare pratiche che limitano la contendibilità dei servizi di piattaforma di base o che sono sleali in maniera analoga alle pratiche oggetto degli obblighi di cui all'articolo 7*”.⁷⁵

⁷³ *Digital Markets Act*, articolo 12, § 2.

⁷⁴ *Digital Markets Act*, articolo 12, § 3, 4.

⁷⁵ *Digital Markets Act*, articolo 12, § 3.

È necessario rilevare che una pratica si ritiene limitante la contendibilità dei servizi di piattaforma di base o sleale in alcuni casi particolari, e ciò se:

- a) *“detta pratica è stata adottata da un gatekeeper e può ostacolare l'innovazione e limitare la scelta per gli utenti commerciali e gli utenti finali in quanto:*
 - i) *incide o rischia di incidere sulla contendibilità di un servizio di piattaforma di base o di altri servizi nel settore digitale in maniera duratura a causa della creazione o del rafforzamento di barriere all'ingresso per altre imprese o espandersi come fornitori di un servizio di piattaforma di base o di altri servizi nel settore digitale; o*
 - ii) *impedisce ad altri operatori di avere lo stesso accesso del gatekeeper a un input chiave; o*
- b) *si è venuto a creare uno squilibrio tra i diritti e gli obblighi degli utenti commerciali e il gatekeeper trae un vantaggio dagli utenti commerciali che non è proporzionato al servizio fornito da tale gatekeeper a tali utenti commerciali”*.⁷⁶

2.4.5. Le disposizioni antielusive

Ai fini del rispetto degli obblighi posti dal *Digital Markets Act* in capo alle imprese designate quali *gatekeeper*, come si è avuto modo di osservare, il legislatore europeo ha emanato disposizioni sia in relazione alle modalità di osservanza degli obblighi, sia in merito alla necessità di una relazione sulle pratiche applicate agli stessi fini.

Tuttavia, il Regolamento contiene anche un'ulteriore prescrizione volta ad assicurare il rispetto degli obblighi da parte dei *gatekeeper* ed il raggiungimento dei fini preposti al Regolamento stesso. Ci si riferisce al disposto dell'articolo 13, norma con il fine di censurare condotte delle imprese fornitrici un servizio di piattaforma di base volte ad eludere gli obblighi posti dagli articoli 5, 6 e 7.

⁷⁶ *Digital Markets Act*, articolo 12, § 5.

In particolare, è disposto che un'impresa, fornitrice di servizi di piattaforma di base⁷⁷ non possa segmentare, dividere, suddividere, frammentare o separare tali servizi mediante mezzi contrattuali, commerciali, tecnici o di qualsiasi altro tipo per eludere le soglie quantitative di cui all'articolo 3, in base alle quali la stessa potrebbe essere designata quale *gatekeeper*. Oltretutto, nessuna di tali pratiche dell'impresa impedisce alla Commissione di designarla ugualmente come *gatekeeper*, ai sensi del quarto paragrafo dell'articolo 3.⁷⁸

Inoltre, la Commissione, dovesse sospettare che un'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base metta in atto una delle pratiche appena elencate, può richiedere a tale impresa tutte le informazioni ritenute necessarie al fine di determinare se le azioni della stessa siano o meno conformi al disposto dell'articolo 13.⁷⁹

Oltre a censurare i comportamenti delle imprese fornitrici di un servizio di piattaforma di base volti all'elusione per queste imprese dell'applicazione del Regolamento, il legislatore europeo ha disposto che anche le imprese già designate quali *gatekeeper* non possano adottare alcun comportamento che pregiudichi l'effettiva osservanza degli obblighi di cui agli articoli 5, 6 e 7. Il tutto indipendentemente dal fatto che dato comportamento abbia natura contrattuale, commerciale o tecnica, o di qualsiasi altra natura, ovvero consista nell'utilizzo di tecniche comportamentali o della progettazione di interfacce.⁸⁰

Nei paragrafi quinto e sesto dello stesso articolo 13 sono presenti, ulteriormente, disposizioni volte a censurare possibili comportamenti dei *gatekeeper* posti in essere con il fine di ostacolare la concreta applicazione degli obblighi. In particolare, viene innanzitutto disposto che, nei casi in cui è richiesto “*un consenso per la raccolta, il trattamento, l'utilizzo in modo incrociato e la condivisione dei dati personali*” con il fine di garantire la conformità agli obblighi posti dal Regolamento, i *gatekeeper* non possono rendere l'ottenimento di tale consenso da parte degli utenti commerciali più

⁷⁷ Si può notare come, in questo caso, il Regolamento non faccia riferimento alle imprese già designate quali *gatekeeper*, ma, piuttosto, a qualunque impresa fornitrice un servizio di piattaforma di base. Questo fa sì che questa disposizione abbia un ambito applicativo maggiore della generalità delle norme contenute nel Regolamento stesso.

⁷⁸ *Digital Markets Act*, articolo 13, § 1.

⁷⁹ *Digital Markets Act*, articolo 13, § 2.

⁸⁰ *Digital Markets Act*, articolo 13, § 4.

oneroso di quanto non sia previsto per i propri servizi. Inoltre, i *gatekeeper* non possono alterare negativamente le condizioni o la qualità dei servizi di piattaforma di base forniti agli utenti commerciali o agli utenti finali che si avvalgono dei diritti o delle scelte di cui agli articoli 5, 6 e 7 né possono rendere l'avvalersi di tali diritti o scelte oltremodo difficile.⁸¹

Qualora i *gatekeeper* eludano o tentino di eludere uno degli obblighi di cui agli articoli 5, 6 o 7 secondo una delle modalità presentate dall'articolo 13, la Commissione ha il potere di aprire un procedimento, il cui fine è quello di adottare un atto di esecuzione di cui all'articolo 8, paragrafo secondo, così specificando le misure che i *gatekeeper* devono attuare.⁸²

2.4.6. Gli obblighi di informazione

Concludendo l'analisi del Capo III del *Digital Markets Act*, che, come detto, ha ad oggetto la disciplina delle pratiche dei *gatekeeper* che sono sleali o che limitano la contendibilità dei mercati digitali, si può rilevare come il legislatore europeo abbia regolato degli specifici obblighi di comunicazione posti in capo ai *gatekeeper*.

Innanzitutto, il Regolamento include un obbligo di informazione riguardante le imprese designate quali *gatekeeper*, qualora una di queste dovesse progettare un'operazione di concentrazione ai sensi dell'articolo 3 del Regolamento (CE) n. 139/2004.⁸³

Il *gatekeeper* in questione dovrà informare la Commissione “*qualora le entità partecipanti alla concentrazione o l'oggetto della concentrazione forniscano servizi di piattaforma di base o qualsiasi altro servizio nel settore digitale o consentano la raccolta di dati*”, ciò a prescindere dal fatto che sia notificabile alla Commissione a

⁸¹ *Digital Markets Act*, articolo 13, § 5, 6.

⁸² *Digital Markets Act*, articolo 13, § 7.

⁸³ Si può ricordare che, ai sensi del Regolamento 139/2004, si ha una concentrazione “*quando si produce una modifica duratura del controllo a seguito: della fusione di due o più imprese precedentemente indipendenti o parti di imprese; oppure dell'acquisizione, da parte di una o più persone che già detengono il controllo di almeno un'altra impresa, o da parte di una o più imprese, sia tramite acquisto di partecipazioni nel capitale o di elementi del patrimonio, sia tramite contratto o qualsiasi altro mezzo, del controllo diretto o indiretto dell'insieme o di parti di una o più altre imprese*”.

norma del Regolamento 139/2004 o ad un'autorità nazionale competente in materia *antitrust* ai sensi delle norme nazionali sulle concentrazioni. Quest'informazione, è disposto, dovrà avvenire antecedentemente alla relativa attuazione e a seguito della conclusione dell'accordo, dell'annuncio dell'offerta pubblica o dell'acquisizione di una partecipazione di controllo.⁸⁴

Inoltre, è stabilito che se, a seguito di una concentrazione di cui al paragrafo primo dell'articolo in analisi, altri servizi di piattaforma di base dovessero raggiungere individualmente le soglie che, ai sensi dell'articolo 3 del *Digital Markets Act* permettono la designazione di un *gatekeeper*, il *gatekeeper* in questione dovrà informarne, entro due mesi dall'avvenuta concentrazione, la Commissione.⁸⁵

Un ulteriore onere per i *gatekeeper* è posto, infine, dall'ultima norma contenuta dal Capo III del Regolamento. L'articolo 15, infatti, dispone che ogni *gatekeeper*, entro sei mesi dalla propria designazione in quanto tale, dovrà fornire alla Commissione una “*descrizione sottoposta a audit indipendente delle tecniche di profilazione dei consumatori applicate*” dallo stesso ai suoi servizi di piattaforma di base, ovvero nell'ambito di tali servizi, per i quali la designazione è avvenuta e che quindi sono compresi nella decisione di designazione a norma dell'articolo 3, paragrafo 9, o nell'ambito di tali servizi. Tale descrizione, fornita dal *gatekeeper* alla Commissione, sarà poi trasmessa al comitato europeo per la protezione dei dati.⁸⁶

Inoltre, una panoramica della descrizione sottoposta ad audit dovrà essere messa a disposizione del pubblico da parte del *gatekeeper*, che ha anche l'onere di tenerla aggiornata con cadenza almeno annuale. Tuttavia, a salvaguardia del *gatekeeper*, è altresì disposto che, nella predisposizione della panoramica destinata al pubblico di detta descrizione, l'impresa può tenere conto della necessità di rispettare i propri segreti aziendali.⁸⁷

⁸⁴ *Digital Markets Act*, articolo 14, § 1.

⁸⁵ *Digital Markets Act*, articolo 14, § 3.

⁸⁶ *Digital Markets Act*, articolo 15, § 1.

⁸⁷ *Digital Markets Act*, articolo 15, § 3.

2.5. L'attuazione del Regolamento e la centralità del ruolo della Commissione

Come si è avuto modo di rilevare precedentemente nel corso di questa trattazione, nel campo del diritto *antitrust* eurounionale si è assistito, a causa del Regolamento 1/2003 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del TFUE, ad uno capovolgimento del sistema delle procedure legate alla materia della concorrenza stessa. In particolare, il Regolamento 1/2003 sanciva un sistema decentrato, dove un ruolo di primaria importanza è riservato alle autorità nazionali competenti in materia di concorrenza, ritenuto necessario per garantire l'effettiva applicazione delle regole di concorrenza comunitarie e il corretto funzionamento del meccanismo di cooperazione tra gli Stati membri. Con il *Digital Markets Act* si assiste ad un nuovo capovolgimento di questa prospettiva, tramite un accentramento di poteri, seppur limitatamente ai mercati di servizi di piattaforma di base nei mercati digitali, verso la Commissione.

Può essere riscontrata una serie di ragioni a sostegno dell'adozione di questo modello attuativo del Regolamento, a partire dalle considerazioni riguardanti le effettive qualità delle imprese qualificabili quali *gatekeeper*. Queste sono, infatti società spesso operanti su scala globale, e, dunque, agenti con le stesse modalità all'interno dei vari mercati nazionali degli Stati membri, il che rende più efficiente un controllo centralizzato a livello europeo; controllo che, tra l'altro, essendo focalizzato su un numero alquanto ridotto di imprese⁸⁸ non necessita dell'ausilio da parte delle autorità *antitrust* nazionali. Inoltre, il controllo in merito al rispetto delle disposizioni, avendo un costo prevedibile particolarmente elevato, potrebbe necessitare di analisi su larga scala, rendendolo, quindi, poco attuabile da parte delle singole autorità nazionali.⁸⁹

Il Regolamento, dunque, al fine di attuare questo nuovo cambio di prospettiva appena descritto, dopo aver delineato le disposizioni riguardo agli obblighi a cui sono sottoposte le imprese designate quali *gatekeeper*, contiene una serie di articoli nei quali vengono descritti i poteri e le facoltà posti in capo alla Commissione.

⁸⁸ La Commissione, nel documento di valutazione dell'impatto allegato alla proposta del *Digital Markets Act*, ha valutato il possibile numero di imprese qualificabili come *gatekeeper* tra le 10 e le 15.

⁸⁹ Così Monti, nella sua riflessione sullo stesso Regolamento (2021).

2.5.1. Le indagini di mercato

All'interno del Capo IV del Regolamento il legislatore europeo, inaugurando la sezione dell'atto normativo che idealmente si vuole identificare come quella dedicata a disciplinare il controllo effettuato dalla Commissione, dispone in merito alle cosiddette "indagini di mercato".

Le indagini di mercato possono essere usate dalla Commissione quali mezzo, ai sensi del *Digital Markets Act*, per pervenire a tre diversi fini, e cioè:

- di valutare l'opportunità di designare un'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base come *gatekeeper*;⁹⁰
- di accertare se un *gatekeeper* si sia reso responsabile di inosservanza sistematica;⁹¹
- di valutare se è opportuno aggiungere uno o più servizi all'elenco di servizi di piattaforma di base o al fine di individuare pratiche che limitano la contendibilità dei servizi di piattaforma di base o che sono sleali e che non sono affrontate in maniera efficace dal Regolamento stesso.⁹²

Il Regolamento, dapprima, disciplina l'avvio dell'indagine di mercato, che avviene tramite una decisione in merito della stessa Commissione quando questa dovesse voler adottare decisioni a norma degli articoli 17, 18 e 19⁹³, decisione nella quale devono essere indicate:

- a) "la data di avvio dell'indagine di mercato;
- b) la descrizione della questione oggetto dell'indagine di mercato;
- c) le finalità dell'indagine di mercato".⁹⁴

⁹⁰ *Digital Markets Act*, articolo 17.

⁹¹ *Digital Markets Act*, articolo 18.

⁹² *Digital Markets Act*, articolo 19.

⁹³ *Digital Markets Act*, articolo 16, § 1.

⁹⁴ *Digital Markets Act*, articolo 16, § 3.

Inoltre, anche se già chiusa, un'indagine di mercato può essere riaperta dalla Commissione in due casi particolari, se:

- a) *“si è verificata una modifica sostanziale di uno dei fatti su cui si basava una decisione adottata ai sensi degli articoli 17, 18 o 19; o*
- b) *la decisione adottata ai sensi degli articoli 17, 18 o 19 si basava su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti”*.⁹⁵

Viene poi regolata la prima categoria di indagini di mercato, ossia quelle al fine di valutare l'opportunità di designare un'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base come *gatekeeper*. La necessità di questo tipo di indagini di mercato deriva dalla disposizione del già analizzato articolo 3, paragrafo 8, il quale prevede che la Commissione possa designare quale *gatekeeper* qualsiasi impresa che fornisce servizi di piattaforma di base che soddisfa i requisiti di cui al primo paragrafo dell'articolo 3, nonostante non raggiunga le soglie quantitative previste dal paragrafo successivo dello stesso articolo.

Al fine di adottare tale tipologia di decisione, adottata tramite un atto di esecuzione, la Commissione dovrà adoperarsi per concludere la propria indagine di mercato entro dodici mesi.⁹⁶ Inoltre, nel corso di un'indagine di mercato, la stessa Commissione dovrà, entro sei mesi, comunicare le proprie constatazioni preliminari all'impresa interessata, all'interno delle quali esprime una preliminare valutazione sull'opportunità di designare, in via provvisoria, tale l'impresa come *gatekeeper*.⁹⁷

Attraverso la stessa tipologia di indagine di mercato, oltretutto, la Commissione può designare quale *gatekeeper* un'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base, nonostante questa non detenga ancora *“una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività, ma che prevedibilmente acquisirà una siffatta posizione nel prossimo futuro”*; è anche previsto che, nei confronti di questa impresa, la Commissione dichiarerà applicabili solo gli obblighi *“appropriati e necessari per*

⁹⁵ *Digital Markets Act*, articolo 16, § 4.

⁹⁶ *Digital Markets Act*, articolo 17, § 1.

⁹⁷ *Digital Markets Act*, articolo 17, § 2.

*impedire che il gatekeeper in questione consegua con mezzi sleali una posizione consolidata e duratura nell'ambito delle proprie attività".*⁹⁸

Va notato, infine, che la stessa procedura di indagine può essere utilizzata a fini inversi da quelli appena descritti. La Commissione, infatti, la adopererà, con l'impegno di concluderla entro cinque mesi, nei casi in cui un'impresa nonostante raggiunga le soglie stabilite dall'articolo 3, paragrafo 2, abbia presentato argomentazioni sufficientemente fondate che hanno messo manifestamente in dubbio la presunzione di cui all'articolo 3, paragrafo 2.⁹⁹

Attraverso la seconda categoria di indagini di mercato, la Commissione può verificare la possibile inosservanza sistematica del *Digital Markets Act* da parte di un *gatekeeper*. Il fine di queste indagini, per la stessa Commissione, è quello di accertare la possibilità, o meglio la necessità, in merito all'adozione di un atto di esecuzione che imponga al *gatekeeper* le cui azioni sono attestate un rimedio comportamentale o strutturale per garantire l'effettivo rispetto del *Digital Markets Act*.¹⁰⁰ L'obiettivo dell'atto di esecuzione adottato al termine di questa seconda categoria di indagini di mercato deve essere quello di *"mantenere o ripristinare l'equità e la contendibilità influenzate dall'inosservanza sistematica"*.¹⁰¹

Nell'analisi delle indagini di mercati finalizzate alla verifica di una possibile inosservanza sistematica, è certamente rilevante la definizione che lo stesso Regolamento propone al fine di definire un'inosservanza quale sistematica, la quale è tale se la Commissione ha già emesso, negli otto anni precedenti, nei confronti di un *gatekeeper* almeno tre decisioni relative all'inosservanza, nelle modalità disposte dall'articolo 29.¹⁰²

Inoltre, va notato come, al fine di garantire l'effettivo rispetto da parte del *gatekeeper* degli obblighi imposti dagli articoli 5, 6 e 7, la Commissione dovrà riesaminare

⁹⁸ *Digital Markets Act*, articolo 17, § 4.

⁹⁹ *Digital Markets Act*, articolo 17, § 3.

¹⁰⁰ *Digital Markets Act*, articolo 18, § 1.

¹⁰¹ *Digital Markets Act*, articolo 18, § 2.

¹⁰² *Digital Markets Act*, articolo 18, § 3.

periodicamente i rimedi adottati a seguito dell'indagine di mercato, potendo, oltretutto, procedere alla modifica degli stessi se dovesse rilevare la loro inefficacia.¹⁰³

Infine, la terza tipologia di indagini di mercato è quella di cui la Commissione può servirsi per valutare l'opportunità, o meno, di aggiungere uno o più servizi digitali all'elenco dei servizi di piattaforma di base di cui all'articolo 2, ovvero per individuare pratiche che limitano la contendibilità dei servizi di piattaforma di base o che sono sleali e che non sono affrontate in maniera efficace dal Regolamento stesso. Nello svolgimento dell'indagine di mercato con questi fini, e per la valutazione che ne dovrà conseguire, la Commissione tiene conto di tutti i risultati pertinenti dei procedimenti già avviati a norma degli articoli 101 e 102 TFUE in materia di mercati digitali.¹⁰⁴

Le conclusioni tratte dalla Commissione a seguito dello svolgimento di questa terza, ed ultima, categoria di indagini di mercato devono essere pubblicati, in una relazione, entro diciotto mesi dall'avvio della procedura. Questa relazione, inoltre, dovrà essere presentata al Parlamento europeo e al Consiglio e, se necessario, accompagnata da:

- a) *“una proposta legislativa di modifica del presente regolamento volta a inserire¹⁰⁵ altri servizi del settore digitale nell'elenco dei servizi di piattaforma di base di cui all'articolo 2, punto 2), o a introdurre nuovi obblighi al capo III; o*
- b) *un progetto di atto delegato che integri il presente regolamento per quanto concerne gli obblighi sanciti dagli articoli 5 e 6, o da un progetto di atto delegato che modifichi o integri il presente regolamento per quanto concerne gli obblighi sanciti dall'articolo 7, come previsto dall'articolo 12”.*¹⁰⁶

2.5.2. I poteri di indagine, esecuzione e monitoraggio

¹⁰³ *Digital Markets Act*, articolo 18, § 8.

¹⁰⁴ *Digital Markets Act*, articolo 19, § 1.

¹⁰⁵ La proposta legislativa, come il Regolamento indica nel comma successivo a quello appena citato, può essere anche presentata nella direzione di eliminare servizi dall'elenco dei servizi di piattaforma di base, ovvero di eliminare obblighi.

¹⁰⁶ *Digital Markets Act*, articolo 19, § 3.

Disciplinato l'istituto delle indagini di mercato, oggetto del Capo IV del *Digital Markets Act*, gli argomenti attenzionati del legislatore europeo, nella prima parte del Capo V, sono quelli relativi agli ulteriori poteri posti in capo alla Commissione ai fini del controllo sul rispetto degli obblighi posti dal Regolamento da parte dei *gatekeeper*.

Innanzitutto, il Regolamento dispone riguardo la possibilità, per la Commissione, di esercitare i propri poteri di indagine anche prima di aprire formalmente dei procedimenti, i quali dovranno essere aperti, mediante una decisione di apertura, nel caso in cui la Commissione intenda adottare decisioni a norma degli articoli 8, 29 e 30.¹⁰⁷

Successivamente, con gli articoli 21, 22 e 23, sono state regolate le modalità in cui la Commissione può accedere, e conseguentemente può raccogliere, alle informazioni necessarie per assolvere il compito assegnatole dal *Digital Markets Act*.

In particolare, è disposto che la Commissione possa richiedere alle imprese di fornire tutte le informazioni, compresi dati e algoritmi delle imprese, che ritiene necessarie ai fini previsti dal Regolamento. Nell'inviare tale richiesta, la Commissione deve indicare lo scopo della domanda e stabilire un termine entro il quale l'impresa è tenuta a fornire le informazioni pretese.¹⁰⁸ Inoltre, è rilevante sottolineare che oggetto di richieste di informazioni da parte della Commissione non sono solo le imprese, ma anche le autorità competenti degli Stati membri sono tenute a fornire, su richiesta, tutte le informazioni in loro possesso che sono necessarie all'assolvimento dei compiti posti in capo alla Commissione stessa.¹⁰⁹

La richiesta di informazioni non è l'unico mezzo utilizzabile dalla Commissione, la quale, per l'assolvimento dei suoi compiti, può procedere ad audizioni ed alla raccolta di dichiarazioni da parte di ogni persona fisica o giuridica che vi acconsenta. In merito a queste audizioni è, inoltre, posto un obbligo di informazione verso l'autorità

¹⁰⁷ *Digital Markets Act*, articolo 20.

¹⁰⁸ *Digital Markets Act*, articolo 21, § 1, 2, 3.

¹⁰⁹ *Digital Markets Act*, articolo 21, § 5.

nazionali competenti in materia di concorrenza dello Stato membro dove l'audizione avviene, se la stessa si svolge nei locali di un'impresa.¹¹⁰

Ulteriore mezzo a disposizione della Commissione per ottenere informazioni ai fini del corretto ottemperamento dei compiti assegnateli dal *Digital Markets Act* è quello delle ispezioni nei confronti di un'impresa, ovvero nei confronti di un'associazione di imprese. Tali ispezioni sono effettuate da funzionari autorizzati dalla Commissione stessa, con la possibile assistenza da parte di revisori o esperti nominati dalla Commissione e dell'autorità *antitrust* nazionale competente, i quali, nello svolgimento del loro compito, dispongono di determinati poteri, ossia:

- a) *“accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto delle imprese e associazioni di imprese;*
- b) *esaminare i libri e qualsiasi altro documento relativo all'attività dell'azienda, su qualsiasi forma di supporto;*
- c) *prendere o ottenere sotto qualsiasi forma copie o estratti dei suddetti libri e documenti;*
- d) *richiedere all'impresa o associazione di imprese di fornire l'accesso all'organizzazione, al funzionamento, al sistema informatico, agli algoritmi, alla gestione dei dati e alle pratiche commerciali dell'impresa o associazione di imprese nonché chiarimenti in merito, come anche di verbalizzare o documentare i chiarimenti forniti mediante qualsiasi mezzo tecnico;*
- e) *apporre sigilli ai locali e ai libri o documenti aziendali per la durata delle ispezioni e nella misura necessaria al loro espletamento;*
- f) *chiedere a qualsiasi rappresentante o membro del personale dell'impresa o dell'associazione di imprese chiarimenti relativi a fatti o documenti inerenti all'oggetto e allo scopo dell'ispezione e verbalizzarne le risposte mediante qualsiasi mezzo tecnico”.*¹¹¹

¹¹⁰ *Digital Markets Act*, articolo 22.

¹¹¹ *Digital Markets Act*, articolo 23, § 1, 2, 3.

In merito alle ispezioni, è anche disposto che le imprese sono obbligate a sottoporvisi se disposte mediante una decisione della Commissione. Tramite la decisione vengono precisati oggetto, scopo e data di inizio dell'ispezione e sono indicate le possibili ammende e penalità di mora previste. Qualora i funzionari autorizzati dalla Commissione constatino l'opposizione da parte di un'impresa ad un'ispezione disposta a norma dell'articolo 23 del *Digital Markets Act*, è disposto che lo Stato membro interessato presti l'assistenza necessaria per consentire loro di effettuare l'ispezione, ricorrendo se del caso alla forza pubblica o a un'autorità di contrasto equivalente.¹¹²

Il Regolamento, oltretutto, prevede nel suo articolo 27 un altro mezzo per l'ottenimento delle informazioni da parte della Commissione, che, nel caso ora attenzionato, sono fornite da terzi.

Segnatamente, è previsto che qualsiasi soggetto terzo può informare l'autorità *antitrust* nazionale competente dello Stato membro, ovvero anche la stessa Commissione direttamente, in merito a pratiche o comportamenti scorretti dei *gatekeeper* che rientrino nell'ambito di applicazione del *Digital Markets Act*. Va notato come né l'autorità nazionale né la Commissione abbiano alcun obbligo di dare seguito alle informazioni ricevute, avendo piena discrezionalità per quanto riguarda le misure più opportune da adottare.¹¹³

La raccolta di informazioni, sia nelle modalità previste dal capo V che tramite un'indagine di mercato, da parte della Commissione è un'attività il cui fine è quello di poter adottare le misure necessarie al controllo sul corretto rispetto del Regolamento da parte dei soggetti interessati.

Le misure adottabili dalla Commissione possono essere anche provvisorie, ciò nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per gli utenti derivanti da un'infrazione dell'articolo 5, 6 o 7. In situazioni di questo tipo la Commissione, anche semplicemente avendo constatato *prima facie* la sussistenza di detta infrazione, può

¹¹² *Digital Markets Act*, articolo 23, § 6, 8.

¹¹³ *Digital Markets Act*, articolo 27.

adottare un atto di esecuzione che dispone misure in vista dell'eventuale adozione di una decisione relativa all'inosservanza a norma dell'articolo 29.¹¹⁴

Tra gli atti che la Commissione può predisporre vi è, inoltre, un atto di esecuzione volto a rendere vincolante gli impegni che un *gatekeeper*, interessato da un'indagine di mercato volta alla verifica della possibile inosservanza sistematica del Regolamento, offre di assumere per garantire l'osservanza degli obblighi. Con tale atto, oltre a rendere vincolanti tali impegni per il *gatekeeper* in questione, la Commissione dichiara non più giustificato il proprio intervento, che, tuttavia può essere riaperto in alcuni casi prestabiliti, ed in particolare se:

- a) *“si è verificata una modifica sostanziale di uno dei fatti su cui si basava la decisione;*
- b) *il gatekeeper interessato contravviene agli impegni assunti;*
- c) *la decisione si basava su informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti trasmesse dalle parti;*
- d) *gli impegni non sono efficaci”.*¹¹⁵

Concludendo l'analisi della sezione del Regolamento dedicata alle disposizioni volte al monitoraggio sul corretto rispetto degli obblighi posti dallo stesso atto legislativo, l'articolo 28 disciplina una funzione interna di controllo della conformità che le imprese designate quali *gatekeeper* devono introdurre.

Tale funzione di controllo deve essere indipendente dalle funzioni operative del *gatekeeper* e deve essere composta da uno o più responsabili della conformità, compreso il capo della funzione di controllo della conformità. Inoltre, il *gatekeeper* deve fornire funzione di autorità, statura e risorse sufficienti, nonché dell'accesso al proprio organo di gestione per monitorare la conformità del *gatekeeper* alle disposizioni del *Digital Markets Act*. In particolare, è disposto che l'organo di gestione del *gatekeeper*, responsabile in materia, debba definire e supervisionare l'attuazione delle disposizioni di *governance* che garantiscono l'indipendenza della funzione di

¹¹⁴ *Digital Markets Act*, articolo 24.

¹¹⁵ *Digital Markets Act*, articolo 25.

controllo della conformità, ivi compresa la ripartizione delle responsabilità nell'organizzazione del *gatekeeper* e la prevenzione dei conflitti di interesse. Lo stesso organo approva e rivede periodicamente, almeno una volta l'anno, le strategie e le politiche per la realizzazione, la gestione e il controllo della conformità.¹¹⁶

I compiti dei responsabili del controllo della conformità nominati dal *gatekeeper* sono elencati dal Regolamento, il quale dispone che questi debbano:

- a) *“organizzare, controllare e supervisionare le misure e le attività dei gatekeeper che mirano a garantire il rispetto del presente regolamento;*
- b) *informare e consigliare i dirigenti e i dipendenti del gatekeeper in merito al rispetto del presente regolamento;*
- c) *se del caso, controllare il rispetto degli impegni resi vincolanti a norma dell'articolo 25, fatta salva la possibilità per la Commissione di nominare esperti esterni indipendenti a norma dell'articolo 26, paragrafo 2;*
- d) *collaborare con la Commissione ai fini del presente regolamento”*.¹¹⁷

2.5.3. La constatazione di inosservanze e l'irrogazione di sanzioni

La naturale attività susseguente l'esercizio dei poteri di monitoraggio e controllo da parte della Commissione, nel caso in cui questa dovesse constatare un'inosservanza del *Digital Markets Act*, è quella della constatazione, e segnalazione, della violazione della legge e dell'adozione di atti volti al ripristino della concorrenza nei mercati digitali.

In particolare, nel caso in cui la Commissione dovesse constatare che un *gatekeeper*, tramite le sue azioni, non rispetti le disposizioni del Regolamento¹¹⁸, la stessa ha il potere di adottare un atto di esecuzione, chiamato “decisione relativa

¹¹⁶ *Digital Markets Act*, articolo 28, § 1, 2, 7, 8.

¹¹⁷ *Digital Markets Act*, articolo 28, § 5.

¹¹⁸ Al fine di definire il non rispetto del disposto del Regolamento, l'articolo 29 riconosce tali i comportamenti dei *gatekeeper* che non rispettino: gli obblighi sanciti dall'articolo 5, 6 o 7; le misure specificate dalla Commissione in una decisione adottata a norma dell'articolo 8, § 2; i rimedi imposti a norma dell'articolo 18, § 1; le misure provvisorie disposte a norma dell'articolo 24; gli impegni resi giuridicamente vincolanti a norma dell'articolo 25.

all'inosservanza". Tramite questo atto la Commissione ingiunge al *gatekeeper* in questione di porre fine all'inosservanza entro un termine adeguato e di fornire chiarimenti su come intende conformarsi a tale decisione.¹¹⁹

Inoltre, nella decisione relativa all'inosservanza la Commissione ha la facoltà di irrogare al *gatekeeper* ammende se constatata che lo stesso non rispetta il Regolamento, indipendentemente se ciò avvenga intenzionalmente o per negligenza. L'importo delle ammende, per la cui determinazione la Commissione deve tenere conto della durata e della frequenza delle inosservanze, può raggiungere il 10% del fatturato totale del *gatekeeper* realizzato a livello mondiale nel corso dell'esercizio finanziario precedente all'irrogazione. Il tetto massimo del valore delle ammende è, tuttavia, superabile e può raggiungere il 20% nel caso in cui venga constatata l'infrazione di un obbligo di cui all'articolo 5, 6 o 7 identica o simile a un'infrazione constatata in una decisione relativa all'inosservanza adottata negli otto anni precedenti per lo stesso servizio di piattaforma di base.¹²⁰

Oltre che nel caso in cui sia constatata un'inosservanza, la Commissione può irrogare un'ammenda, il cui importo non superi l'1% del fatturato annuo globale del soggetto in questione, nel caso in cui un'impresa, intenzionalmente o per negligenza:

- a) *“non fornisca entro il termine previsto le informazioni richieste ai fini della valutazione della loro designazione come gatekeeper a norma dell'articolo 3, o forniscono informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti;*
- b) *non rispetti l'obbligo di notifica alla Commissione a norma dell'articolo 3, paragrafo 3;*
- c) *non notifichi informazioni richieste a norma dell'articolo 14 o forniscono informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti;*
- d) *non trasmetta la descrizione richiesta a norma dell'articolo 15 o forniscono informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti;*

¹¹⁹ *Digital Markets Act*, articolo 29.

¹²⁰ *Digital Markets Act*, articolo 30, § 1, 2 e 4.

- e) *non fornisca accesso ai dati, agli algoritmi o alle informazioni sulle prove in risposta a una richiesta presentata a norma dell'articolo 21, paragrafo 3;*
- f) *non trasmetta le informazioni richieste entro il termine fissato a norma dell'articolo 21, paragrafo 3, o forniscono chiarimenti inesatti, incompleti o fuorvianti o spiegazioni richiesti a norma dell'articolo 21 o forniti in un'audizione a norma dell'articolo 22;*
- g) *non rettifichi entro un termine stabilito dalla Commissione le informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti fornite da un rappresentante o da un membro del personale oppure non forniscono o rifiutano di fornire informazioni complete su fatti relativi all'oggetto e allo scopo di un'ispezione a norma dell'articolo 23;*
- h) *rifiuti di sottoporsi a ispezioni a norma dell'articolo 23;*
- i) *non rispetti gli obblighi imposti dalla Commissione a norma dell'articolo 26;*
- j) *non introduca una funzione di controllo ai sensi dell'articolo 28; o*
- k) *non rispetti le condizioni di accesso al fascicolo della Commissione a norma dell'articolo 34, paragrafo 4”.*¹²¹

L'irrogazione di ammende non è, però, l'unico mezzo a disposizione della Commissione con fini sanzionatori in merito alla corretta applicazione del Regolamento. Infatti, è disposto dall'articolo 31 il potere, per lo stesso organo esecutivo europeo, di irrogare alle imprese una penalità di mora il cui importo non superi il 5% del fatturato medio giornaliero realizzato a livello mondiale durante l'esercizio finanziario precedente per ogni giorno di ritardo a decorrere dalla data fissata nella decisione, al fine di costringerle:

- a) *“a conformarsi alle misure specificate dalla Commissione in una decisione adottata a norma dell'articolo 8, paragrafo 2;*
- b) *a conformarsi alla decisione adottata a norma dell'articolo 18, paragrafo 1;*

¹²¹ *Digital Markets Act*, articolo 30, § 3.

- c) *a trasmettere informazioni esatte e complete entro il termine imposto da una richiesta di informazioni formulata mediante decisione a norma dell'articolo 21;*
- d) *a garantire l'accesso ai dati, agli algoritmi e alle informazioni sulle prove in risposta a una richiesta presentata a norma dell'articolo 21, paragrafo 3, e a fornire chiarimenti in merito secondo quanto richiesto da una decisione a norma dell'articolo 21;*
- e) *a sottoporsi a ispezioni disposte da una decisione adottata a norma dell'articolo 23;*
- f) *a conformarsi a una decisione che dispone misure provvisorie a norma dell'articolo 24;*
- g) *a rispettare gli impegni resi giuridicamente vincolanti mediante decisione a norma dell'articolo 25, paragrafo 1;*
- h) *a conformarsi a una decisione adottata a norma dell'articolo 29, paragrafo 1”.*¹²²

Vanno, infine, evidenziati i diritti delle imprese in merito alle sanzioni a loro irrogabili. Innanzitutto, va rilevato che il legislatore europeo ha previsto, per l’irrogazione delle sanzioni, un termine di prescrizione quinquennale a decorrere dal giorno in cui è stata commessa l’infrazione, ovvero, per quanto concerne le infrazioni continuate o ripetute, a decorrere dal giorno in cui è cessata l’infrazione.¹²³ Lo stesso termine di prescrizione, inoltre, è stato previsto per l’esecuzione delle sanzioni stesse.¹²⁴

È, poi, posto in capo alle imprese, prima che la Commissione adotti una decisione a norma degli articoli 8, 9, 10, 17, 18, 24, 25, 29, 30 e 31, un diritto di essere ascoltate in merito:

- a) *“alle constatazioni preliminari della Commissione, compresi gli addebiti sui quali quest'ultima si basa; e*

¹²² *Digital Markets Act*, articolo 31, § 1.

¹²³ *Digital Markets Act*, articolo 32.

¹²⁴ *Digital Markets Act*, articolo 33.

b) alle misure che la Commissione intende adottare in considerazione delle constatazioni preliminari di cui alla lettera a)”.¹²⁵

Inoltre, è disposto che nel corso del procedimento debbano essere pienamente garantiti i diritti di difesa dei *gatekeeper*, delle imprese o delle associazioni di imprese in questione. A questi è, oltretutto, garantito l’accesso al fascicolo della Commissione, nel rispetto della procedura di divulgazione e fermo restando il legittimo interesse delle imprese alla tutela dei propri segreti aziendali.¹²⁶

2.5.4. L’onere di relazione e la cooperazione con le autorità *antitrust*

Nonostante, come si è avuto modo di descrivere, la Commissione ricopra un ruolo centrale e di primaria rilevanza nell’attuazione del *Digital Markets Act*, l’organo esecutivo dell’Unione europea non svolge il proprio compito nella completa assenza di relazioni con altri organi ed autorità.

Infatti, è *in primis* previsto che la Commissione presenti al Parlamento europeo ed al Consiglio una relazione annuale sull’attuazione del Regolamento e sull’andamento delle attività volte al conseguimento degli obiettivi ai quali lo stesso è preposto. La relazione in questione, che deve essere pubblicata sul sito web della Commissione, deve includere:

- a) “una sintesi delle attività della Commissione, comprese le eventuali misure o decisioni adottate e le indagini di mercato in corso in relazione al presente regolamento;*
- b) i risultati del monitoraggio dell’attuazione, da parte dei gatekeeper, degli obblighi derivanti dal presente regolamento;*
- c) una valutazione della descrizione sottoposta a audit di cui all’articolo 15;*
- d) una panoramica della cooperazione tra la Commissione e le autorità nazionali in relazione al presente regolamento;*

¹²⁵ *Digital Markets Act*, articolo 34, § 1.

¹²⁶ *Digital Markets Act*, articolo 34, § 4.

e) *una panoramica delle attività e dei compiti svolti dal gruppo ad alto livello di regolatori in ambito digitale, comprese le modalità di attuazione delle sue raccomandazioni per quanto riguarda l'applicazione del presente regolamento*".¹²⁷

In aggiunta, nel Regolamento viene legiferata la cooperazione tra Commissione e autorità nazionali. In particolare, queste devono operare in stretta collaborazione e coordinano le loro azioni di esecuzione per garantire un'applicazione coerente ed efficace degli strumenti giuridici disponibili applicati ai *gatekeeper* ai sensi del *Digital Markets Act*.¹²⁸

La Commissione e le autorità *antitrust* nazionali degli Stati membri collaborano e si scambiano informazioni sulle rispettive azioni di esecuzione attraverso la rete europea della concorrenza ed hanno il potere di comunicarsi reciprocamente qualsiasi informazione concernente un elemento di fatto o di diritto, comprese le informazioni riservate.¹²⁹

La cooperazione, al fine dell'applicazione corretta del Regolamento, riguarda anche il rapporto tra Commissione e gli organi giudiziari nazionali, i quali hanno la facoltà di chiedere alla Commissione di trasmettere loro le informazioni in suo possesso o il suo parere su questioni riguardanti l'applicazione del *Digital Markets Act* stesso. Inoltre, copia di tutte le sentenze scritte emesse dagli organi giurisdizionali nazionali sull'applicazione del Regolamento devono essere trasmesse alla Commissione.¹³⁰

Volendo concludere l'analisi dei mezzi preposti dal Regolamento alla corretta applicazione dello stesso, non può tralasciarsi il disposto di cui all'articolo 40. In base al quale la Commissione ha l'onere di istituire un gruppo ad alto livello per il regolamento sui mercati digitali, il cui compito è quello di fornire alla Commissione consulenza e competenze nei settori di competenza dei suoi membri, che sono nominati da reti ed organismi europei operanti nei settori delle comunicazioni

¹²⁷ *Digital Markets Act*, articolo 35.

¹²⁸ *Digital Markets Act*, articolo 37.

¹²⁹ *Digital Markets Act*, articolo 38, § 1.

¹³⁰ *Digital Markets Act*, articolo 39.

elettroniche, della protezione dei dati, della concorrenza, della tutela dei consumatori, e dei servizi di media audiovisivi.¹³¹

2.6. Le disposizioni finali

Analizzato il Capo V del Regolamento, il cui oggetto, come detto, è la disciplina delle norme volte alla corretta applicazione del Regolamento, il capo successivo, ed ultimo capo del *Digital Markets Act*, legifera in merito alle disposizioni finali.

È rilevante notare come il legislatore europeo, dopo aver disposto l'onere di pubblicazione delle decisioni adottate per la Commissione¹³² e la competenza giurisdizionale della Corte di giustizia sui ricorsi presentati avverso le decisioni con le quali la Commissione irroga un'ammenda o una penalità di mora¹³³, disciplini unitariamente la possibilità, già più volte menzionata, dell'adozione di atti di esecuzione da parte della Commissione.

Segnatamente, è disposto che la Commissione possa adottare atti di esecuzione il cui fine è stabilire:

- a) *“la forma, il contenuto e altri dettagli delle notifiche e delle osservazioni trasmesse a norma dell'articolo 3;*
- b) *la forma, il contenuto e altri dettagli delle misure tecniche che i gatekeeper attuano per garantire la conformità all'articolo 5, 6 o 7;*
- c) *le modalità operative e tecniche per attuare l'interoperabilità dei servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero a norma dell'articolo 7;*
- d) *la forma, il contenuto e altri dettagli della richiesta motivata a norma dell'articolo 8, paragrafo 3;*

¹³¹ *Digital Markets Act*, articolo 40, § 1, 2 e 5.

¹³² *Digital Markets Act*, articolo 44.

¹³³ *Digital Markets Act*, articolo 45.

- e) *la forma, il contenuto e altri dettagli delle richieste motivate a norma degli articoli 9 e 10;*
- f) *la forma, il contenuto e altri dettagli delle relazioni regolamentari trasmesse a norma dell'articolo 11;*
- g) *la metodologia e la procedura per la descrizione sottoposta a audit delle tecniche di profilazione dei consumatori di cui all'articolo 15, paragrafo 1; nell'elaborare un progetto di atto di esecuzione a tal fine, la Commissione consulta il Garante europeo della protezione dei dati e può consultare il comitato europeo per la protezione dei dati, la società civile e altri esperti pertinenti;*
- h) *la forma, il contenuto e altri dettagli delle notifiche e delle osservazioni trasmesse a norma degli articoli 14 e 15;*
- i) *le modalità pratiche dei procedimenti riguardanti le indagini di mercato a norma degli articoli 17, 18 e 19 e dei procedimenti a norma degli articoli 24, 25 e 29;*
- j) *le modalità pratiche per l'esercizio del diritto di essere ascoltato sancito dall'articolo 34;*
- k) *le modalità pratiche per la procedura di divulgazione di cui all'articolo 34;*
- l) *le modalità pratiche per la cooperazione e il coordinamento tra la Commissione e le autorità nazionali di cui agli articoli 37 e 38; e*
- m) *le modalità pratiche per il calcolo e la proroga dei termini”.*¹³⁴

Oltretutto, prima dell'adozione di un atto di esecuzione, la Commissione deve pubblicarne un progetto ed è tenuta ad invitare tutte le parti interessate a presentare le loro osservazioni entro un termine, che non può essere inferiore a un mese.¹³⁵

¹³⁴ *Digital Markets Act*, articolo 46, § 1.

¹³⁵ *Digital Markets Act*, articolo 46, § 3.

Inoltre, la Commissione, oltre a poter adottare orientamenti su qualsiasi aspetto del *Digital Markets Act* al fine di agevolare l'effettiva attuazione e applicazione¹³⁶, ha il potere di adottare atti delegati di cui all'articolo 3, paragrafi 6 e 7, e all'articolo 12, paragrafi 1, 3 e 4, dovendone, tuttavia, dare contestuale notifica al Parlamento europeo e al Consiglio.¹³⁷

Infine, è rilevante constatare il fatto che la Commissione, ai sensi dell'articolo 50 è assistita da un comitato, denominato comitato consultivo per i mercati digitali, il cui parere deve sempre essere comunicato al destinatario di una decisione della Commissione stessa.¹³⁸

¹³⁶ *Digital Markets Act*, articolo 47.

¹³⁷ *Digital Markets Act*, articolo 49.

¹³⁸ *Digital Markets Act*, articolo 50.

III. L'impatto del *Digital Markets Act* su mercati e diritto *antitrust*

SOMMARIO: 1. Il previsto impatto del Regolamento sui mercati. - 1.1. *Segue: L'Impact Assessment Report.* - 1.2. *Segue:* Ulteriori considerazioni: le criticità osservate. - 2. I rapporti tra il *DMA* e la disciplina *antitrust*. - 2.1. La collocazione del Regolamento nel diritto europeo. - 2.2. La sovrapposizione con le norme *antitrust*. - 2.2.1 Il principio del *ne bis in idem* nel diritto della concorrenza. - 2.2.2. Il *Digital Markets Act* e il principio del *ne bis in idem*. - 3. L'applicazione del *Digital Markets Act*. - 3.1. *L'enforcement* centralizzato. - 3.2. La relazione con gli Stati membri e le autorità garanti. - 3.2.1. Lo spazio per il diritto nazionale. - 3.2.2. La partecipazione dei garanti *antitrust*. - 4. Il rischio di contrasti nell'applicazione. - 5. I *gatekeeper* designati e l'entrata in vigore del Regolamento.

1. Il previsto impatto del Regolamento sui mercati

Analizzato il contenuto del Regolamento sui mercati digitali, comprendendo quali sono le disposizioni, gli imperativi, da esso imposti nei confronti delle imprese operanti all'interno dei mercati di interesse ai fini di questa trattazione, si può, ora, approfondire l'analisi, tendendo di comprendere le ripercussioni che l'adozione del *Digital Markets Act* può generare nei mercati eurounionali.

1.1. *Segue: L'Impact Assessment Report*

Tale approfondimento non può che originarsi dalle previsioni, pubblicate congiuntamente con la proposta di Regolamento del 15 dicembre 2020, contenute nell'*Impact Assessment Report*, nelle quali vengono espressi i risultati di varie analisi e studi sui motivi della necessità di tale atto legislativo, cercando, inoltre, di far comprendere il suo possibile impatto all'interno dell'Unione europea e dei suoi mercati.¹

¹ Commission staff working document of 15.12.2020, *Impact Assessment Report Accompanying the document "Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)", SWD(2020) 363 final (DMA Impact Assessment Report).*

In tale occasione, presentando le diverse modalità alle quali l'Unione europea avrebbe potuto ricorrere per regolare la concorrenza all'interno dei mercati digitali, è stato oggetto di analisi il possibile impatto che le diverse opzioni regolatorie avrebbero potuto avere in vari ambiti, ciò al fine di consentire al legislatore europeo di poter assumere una decisione correttamente e compiutamente informata.²

Dall'analisi del *report* si ricava che, come avevano concluso studi precedentemente richiesti dal Parlamento europeo³, l'effetto di un intervento volto all'ampliamento della contestabilità all'interno del settore non può che risultare in vari benefici, tra i quali si possono far risaltare quelli relativi alla maggiore scelta per i consumatori e ai prezzi minori, oltre che i guadagni in produttività ed innovazione.⁴

In particolare, si ritenne che affrontare le pratiche sleali dei *gatekeeper* avrebbe avuto un impatto positivo sull'economia delle piattaforme *online* in generale. Ciò grazie al fatto che le misure previste dovrebbero limitare gli effetti di tali pratiche anticoncorrenziali. Inoltre, essendo i *gatekeeper* uno dei canali principali, se non addirittura il mezzo principale, per entrare in contatto con mercati e consumatori, gli utenti commerciali sostengono che le pratiche sleali (ad es. considerazioni sulla privacy, limitazione all'accesso ai dati, ecc.) costituiscono una perdita pari fino al 15% delle loro entrate economiche. Dunque, si può ritenere che la presenza di obblighi di equità per i *gatekeeper* possa risultare in un incentivo per le imprese, in particolare quelle di dimensioni più piccole, nel rapportarsi in modo più costruttivo con i *gatekeeper* stessi, con una conseguente possibilità di maggior sviluppo per l'intero settore dei mercati digitali.⁵

Perpetuando l'analisi dell'impatto dell'entrata in vigore del Regolamento 1925/2022 sullo sviluppo dei mercati interni, viene sottolineato il fatto che accrescere la competitività dei concorrenti dei *gatekeeper* non può che contribuire alla crescita

² In particolare, in tale documento è analizzato il possibile impatto dell'allora proposta legislativa nei confronti di: mercati interni; crescita e produttività; concorrenza ed innovazione; scambio internazionale; occupazione; imprese; consumatori; autorità regolatorie.

³ Riferendosi, in particolare, ad uno studio del gennaio 2019 richiesto dal Comitato del Parlamento europeo per il mercato interno e la protezione dei consumatori, denominato "Contribution to Growth: The European Digital Single Market: Delivering economic benefits for citizens and businesses".

⁴ *DMA Impact Assessment Report*, § 267.

⁵ *DMA Impact Assessment Report*, § 276.

dell'ambito digitale, e dei mercati ad esso attinenti, nella sua totalità. Gli obblighi posti dal Regolamento, sfavorendo la crescita sleale a favore dello sviluppo di uno scambio economico più equo e contendibile, pur non potendo agire sulle immutabili caratteristiche alla base dei mercati digitali (quali i forti effetti di rete già analizzati), hanno l'obiettivo, quindi, di agevolare la crescita di soggetti terzi ai *gatekeeper*, permettendo loro di godere maggiormente del potenziale di crescita delle piattaforme digitali.⁶

Nel medesimo contesto, viene evidenziata la scarsa contendibilità del mercato e la mancanza di concorrenza, entrambe determinate dal forte potere contrattuale dei *gatekeeper* e dalle caratteristiche del mercato che determinano barriere all'ingresso, sono tra i problemi di interesse del *report* e, conseguentemente, del *Digital Markets Act*. In effetti, esistono forti legami tra i modelli di innovazione e la concorrenza. Quando le imprese competono in modo più equo in base ai loro meriti, sono incentivate a innovare e a offrire una gamma migliore di prodotti e servizi di qualità superiore che soddisfano le aspettative dei consumatori. Una maggiore concorrenza favorisce anche l'efficienza dei processi, della tecnologia e dei servizi. Inoltre, diversi studi empirici confermano che un aumento della concorrenza porta a un aumento significativo degli investimenti in ricerca e sviluppo da parte delle imprese cosiddette “*neck-and-neck*”.⁷ Al contrario, l'opinione secondo la quale la concentrazione del mercato o le grandi dimensioni delle imprese sono associate a un livello più elevato di innovazione non è supportata dall'evidenza empirica.⁸

Il Regolamento sui mercati digitali, secondo l'analisi del *report* in questione, potrebbe avere un impatto negativo diretto sugli incentivi all'innovazione di alcuni *gatekeeper* di più piccole dimensioni. Tuttavia, affrontando in modo ampio e flessibile i problemi incontrati dagli utenti commerciali dei *gatekeeper* e creando maggiori opportunità di competitività, dovrebbe consentire di creare un ambiente commerciale più sano per

⁶ *DMA Impact Assessment Report*, § 277.

⁷ Con la locuzione di imprese “*neck-and-neck*”, come dal *Cambridge Dictionary*, si definiscono due o più imprese concorrenti tra loro in una situazione alla pari e con le stesse nel mercato. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/neck-and-neck>.

⁸ *DMA Impact Assessment Report*, § 279.

altre piattaforme, contribuendo a ripristinare e/o installare dinamiche competitive nell'economia delle piattaforme. Attualmente, le piattaforme alternative si trovano ad affrontare una serie di sfide, ad esempio per lo sviluppo di offerte convincenti (mancanza di dati e di consumatori a causa dei forti effetti di rete), per l'accesso al capitale di rischio per i servizi concorrenti, per la portabilità o per il rischio di leva finanziaria. Inoltre, gli utenti commerciali (ad esempio i commercianti di *e-commerce*, i fornitori di servizi e gli sviluppatori di applicazioni) devono affrontare problemi quali la dipendenza commerciale, le relazioni contrattuali non eque, la distribuzione ineguale dei ricavi/profitti e l'esclusione. Alla luce di ciò, le aspettative per i possibili effetti del nuovo strumento legislativo sono quelle di spingere l'innovazione tecnologica complessiva nei mercati digitali (finora concentrata in un numero limitato di imprese) verso altri attori del mercato, creando così maggiore concorrenza e innovazione a beneficio finale dei consumatori. È stato, oltretutto, stimato che attraverso l'applicazione di tale strumento potranno essere prodotti benefici diretti per molti miliardi di euro all'anno, oltre al miglioramento dei livelli di innovazione e di imprenditorialità, che sono complessi da quantificare in termini precisi, ma probabilmente altrettanto, se non più, importanti in termini di dimensioni e impatto.⁹

Quanto, poi, ai possibili effetti del Regolamento sulle imprese, nel contesto della relazione in analisi viene effettuata una distinzione tra l'impatto sui *gatekeeper* e quello sulle altre piccole e medie imprese.

Relativamente ai *gatekeeper*, viene anzitutto rilevato come i costi diretti che tali imprese sono costrette ad osservare ai fini di una corretta ottemperanza alle disposizioni del Regolamento sono considerabili irrilevanti, in particolare una volta comparati con i guadagni dei *gatekeeper* stessi.¹⁰

Diversamente, i costi indiretti potrebbero essere più elevati. Si prevede, infatti, che le misure contenute nel *Digital Markets Act* possano avere un impatto rilevante sui

⁹ *DMA Impact Assessment Report*, § 286.

¹⁰ *DMA Impact Assessment Report*, § 301.

modelli commerciali dei *gatekeeper* e potenzialmente ridurre i loro profitti.¹¹ Un impatto, tuttavia, che è descritto come difficile da quantificare. Inoltre, dalla stessa relazione emerge che, sebbene si preveda una certa perdita di entrate per i *gatekeeper*, non vi sono indicazioni che ciò potrà tradursi in un aumento significativo delle tariffe e/o in una riduzione della qualità dei servizi per le imprese e i consumatori. Ciò in quanto i consumatori sono il fulcro della strategia commerciale delle piattaforme e, data la rilevanza degli effetti di rete indiretti e delle economie di scala, i *gatekeeper* devono attrarre un numero importante di consumatori per poter attrarre utenti commerciali (e viceversa) consentendo così l'incontro tra domanda e offerta online e poter così beneficiare del ciclo di crescita virtuale che caratterizza l'economia delle piattaforme.¹²

Peraltro, il Regolamento non è orientato ad eliminare le opportunità di guadagno e monetizzazione legittime, quanto, piuttosto, ad eliminare i comportamenti sleali nei confronti degli utenti commerciali e altre criticità nei mercati, rafforzando così la fiducia nel modello commerciale delle piattaforme. Misure volte allo sviluppo di un'economia delle piattaforme online più dinamica e a mercati più contendibili dovrebbe certamente avvantaggiare in particolare i concorrenti più piccoli, che si troverebbero di fronte a barriere più basse quando entrano nel mercato. Ma si può prevedere che una maggiore contendibilità del mercato incentivi anche i *gatekeeper* a introdurre prodotti innovativi sul mercato e a competere per i consumatori e gli utenti commerciali; questo anche nel caso in cui i modelli commerciali dei *gatekeeper* siano influenzati dalle misure di regolamentazione.¹³

Quanto, invece, alla situazione delle piccole e medie imprese, si deve dapprima rilevare che queste non sono oggetto degli obblighi posti dal Regolamento, in quanto viene considerata molto improbabile la possibilità che tali imprese si qualificino come *gatekeeper*. Al contrario, l'adozione di norme che livellino le condizioni di

¹¹ Si può rilevare, in merito ai profitti dei *gatekeeper*, come nella relazione sull'impatto del DMA vengano spesso definiti quali "profitti superiori alla norma", con l'evidente fine di rappresentare uno dei problemi oggetto dell'attenzione del legislatore europeo con il Regolamento stesso.

¹² *DMA Impact Assessment Report*, § 302.

¹³ *DMA Impact Assessment Report*, § 303.

concorrenza dovrebbe consentire alle PMI, categoria che comprende anche utenti commerciali in concorrenza con i *gatekeeper*, di crescere in tutto il mercato interno, potendo beneficiare di un ambiente più innovativo e competitivo e della conseguente crescita dell'intero settore digitale.¹⁴

Inoltre, l'accesso ai mercati digitali dovrebbe consentire alle PMI di aumentare la produttività e ridurre i costi. Alla base del ragionamento all'interno della relazione viene rilevato che nel 2015 solo il 20% delle PMI ha effettuato vendite attraverso il commercio elettronico, contro il 40% delle grandi imprese, un divario digitale che rallenta la crescita della produttività e amplia le disuguaglianze. Mercati digitali più competitivi, con servizi più accessibili, dovrebbero consentire alle PMI di accedere più facilmente alle tecnologie digitali. In definitiva, dato che le PMI costituiscono la parte più consistente di molte economie nazionali, una loro massiccia adozione delle tecnologie digitali dovrebbe generare uno spostamento della produttività aggregata e del benessere. Oltretutto, poiché molti dei modelli di business dei *gatekeeper* beneficiano ampiamente di effetti di rete e quindi di un gran numero di utenti commerciali o finali, non si prevede che gli obblighi introdotti dal nuovo quadro normativo possano indurre i *gatekeeper* a interrompere la fornitura di servizi alle PMI, che spesso dipendono da questi *gatekeeper* e dai loro servizi di base della piattaforma. Ciò non solo eliminerebbe molti dei vantaggi di cui i *gatekeeper* godono grazie alla loro posizione unica, ma potrebbe favorire il passaggio, sia da parte degli utenti commerciali che degli utenti finali, a fornitori alternativi di servizi di piattaforma di base.¹⁵

Le ultime due categorie di soggetti attenzionate dalla relazione sull'impatto sono i consumatori e le autorità nazionali che regolano la concorrenza. Queste ultime saranno, nel proseguo di questa trattazione, oggetto di un'analisi più approfondita.

In merito ai consumatori, si prevede che un regime volto alla protezione dei consumatori dalle pratiche commerciali che mantengono artificialmente alti i prezzi di beni e servizi possa garantire ai consumatori l'accesso a una qualità migliore, a una

¹⁴ DMA Impact Assessment Report, § 306, 307.

¹⁵ DMA Impact Assessment Report, § 310.

scelta più ampia e a beni e servizi innovativi a prezzi accessibili.¹⁶ Mercati digitali più competitivi potranno consentire ai consumatori di scegliere tra piattaforme alternative che offrono proposte commerciali differenziate. Inoltre, alcune delle misure considerate nell'ambito delle opzioni mirano a ridurre i costi di ricerca e di cambiamento associati al *multi-homing*, ad esempio consentendo la portabilità dei dati, creando condizioni di interoperabilità e aumentando la trasparenza del mercato. Le disposizioni del Regolamento, inoltre, dovrebbero contribuire indirettamente a salvaguardare il valore aggiunto per i consumatori e a garantire un maggiore rispetto della *privacy* e degli interessi dei consumatori agendo al fine di una concorrenza più equa sulle piattaforme dei *gatekeeper* e tra le piattaforme stesse, una maggiore contendibilità dei mercati in cui sono presenti i *gatekeeper* e un migliore funzionamento del mercato interno grazie a una maggiore supervisione normativa a livello UE.¹⁷

In sintesi, l'applicazione del *Digital Markets Act* dovrebbe avere un impatto positivo per gli utenti commerciali che beneficerebbero di una riduzione dei prezzi dei servizi di intermediazione. Ciò, oltretutto, consentirebbe agli utenti commerciali di abbassare i prezzi per i consumatori e di offrire loro una maggiore qualità del servizio. Di conseguenza, i consumatori dovrebbero godere di una maggiore scelta di prodotti e servizi, più adatti alle loro esigenze offerti da diversi utenti commerciali, eventualmente attraverso un numero maggiore di piattaforme.¹⁸

In conclusione, dunque, dallo studio della relazione sull'impatto allegata alla proposta di *Digital Markets Act* del 15 dicembre 2020 si possono ricavare gli effetti previsti del Regolamento all'interno dei mercati digitali e sui soggetti che li compongono. Segnatamente, il *report* ha previsto un generale sviluppo per i mercati digitali, sviluppo

¹⁶ A sostegno di tali affermazioni il *report* in analisi riporta diversi studi in merito ed in particolare: S. Ahn (2002), Competition, Innovation and Productivity Growth: A Review of Theory and Evidence; *OECD Economics Working Paper* No. 317. European Commission (2015), Study on The Economic Impact of enforcement of competition policies in the functioning of EU energy markets (<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0216007enn.pdf>). Note by the UNCTAD Secretariat (2014), The benefits of competition policy for consumers (https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd27_en.pdf)

¹⁷ *DMA Impact Assessment Report*, § 315, 316.

¹⁸ *DMA Impact Assessment Report*, § 323.

che influenza anche la generalità del settore digitale in sé e delle piattaforme nello specifico, inducendo una maggiore innovazione da parte delle imprese. L'entrata in vigore del Regolamento, inoltre, dovrebbe rappresentare costi diretti irrilevanti per le imprese qualificabili quali *gatekeeper*, ma costi indiretti più significativi, senza, peraltro, che questi costi possano essere trasmessi in misura troppo elevata nei confronti degli utenti commerciali e finali, a causa della reciproca necessità di relazioni commerciali tra i soggetti. Infine, dalle previsioni analizzate emergono possibili effetti positivi per le PMI, che dovrebbero vedere aumentare le possibilità di partecipare ai mercati digitali, e per i consumatori finali, che vedrebbero accrescere le loro possibilità di scelta e migliorare le condizioni di offerta.

1.2. Segue: Ulteriori considerazioni: le criticità osservate

Concluso lo studio delle previsioni sull'impatto formulate in sede di proposta del Regolamento, è necessario approfondire ulteriormente l'analisi sulle prospettive, sui possibili effetti e sulle criticità applicative del *DMA*, tentando di comprendere le varie opinioni, alle volte anche critiche nei confronti dell'approccio scelto.

Invero, sono indubbiamente chiare le prospettive del recentemente approvato strumento legislativo, che vuole porre fine o quantomeno limitare il rischio di *“squilibri gravi in termini di potere contrattuale e, di conseguenza, pratiche sleali e condizioni inique tanto per gli utenti commerciali quanto per gli utenti finali dei servizi di piattaforma di base forniti dai gatekeeper, a discapito dei prezzi, della qualità, della concorrenza leale, della scelta e dell'innovazione nel settore digitale”*¹⁹ ed è opinione è abbastanza pacifica che il *Digital Markets Act* introduca alcuni strumenti innovativi nella regolamentazione *ex ante* ai fini della promozione della contendibilità del mercato in una direzione promettente. Tuttavia, allo stesso tempo, parte della dottrina, individuando alcune particolari criticità, ritiene che l'approccio adottato, consistente in un elenco sparso di disposizioni e obblighi vincolanti non necessariamente adattabili ai diversi tipi di piattaforme digitali e modelli di *business*, potrebbe non realizzare

¹⁹ *Digital Markets Act*, considerando n. 4.

compiutamente le premesse e gli obiettivi del Regolamento di un panorama competitivo più contendibile ed equo. Il mancato raggiungimento degli obiettivi, pertanto, significherebbe un impatto del Regolamento all'interno dei mercati digitali ben meno rivoluzionario di quello auspicato dalle istituzioni europee ed all'interno dei documenti e degli studi preparatori.

Innanzitutto, è necessario riscontrare nello studio dell'applicazione del diritto *antitrust* nei mercati digitali la mancanza di una giurisprudenza consolidata, a causa sia del circoscritto lasso di tempo in cui si è sviluppato il settore digitale, sia per il fatto che molti dei più importanti casi cui si può fare riferimento ancora non sono conclusi, senza che le pertinenti decisioni di infrazione della Commissione siano state confermate da parte di entrambe le Corti europee. Da ciò deriva il fatto che mentre in altri settori, come quello delle telecomunicazioni, è possibile una regolazione attraverso la codificazione della giurisprudenza *antitrust*, una completa armonizzazione dei rimedi *ex-ante* tra i diversi servizi di piattaforma di base ed i diversi soggetti identificati come *gatekeeper* può, invece, presentare problematiche. Oltretutto, i mercati digitali non sono un settore o un'industria unica e statica e i soggetti che vi operano possono essere molto diversi fra loro. In particolare, varia sensibilmente il modo in cui i *gatekeeper* agiscono ed esercitano il potere acquisito nei mercati e, necessariamente, quelli che sono obblighi regolamentari. Di conseguenza, l'estensione della valutazione di singoli casi del diritto della concorrenza all'insieme dei *gatekeeper* per tutti i servizi di piattaforma di base può presentare criticità, il che spinge parte della dottrina a ritenere necessaria un'analisi specifica per ogni *gatekeeper*.²⁰

Manganelli (2021) rileva, nell'analisi delle criticità nell'approccio adottato dal legislatore europeo con il Regolamento 1925/2022, che la flessibilità auspicabile in uno strumento legislativo volto alla regolazione della materia dei mercati digitali “è formalmente limitata solo a un principio di proporzionalità per gli obblighi da

²⁰ Così (Manganelli, 2021), che a fini esplicativi aggiunge che “*limitando lo sguardo anche solo ai GAFAM, questi hanno infatti caratteristiche molto diverse: diversi modelli di business, fonte di entrate, strategie di integrazione del mercato (inviluppo), uso dei dati, interoperabilità, livello di multihoming e costi di switching*”.

precisare ulteriormente (art. 6), o alla sospensione degli obblighi per un singolo servizio di piattaforma di base in circostanze eccezionali che mettono a rischio la redditività economica dell'attività del gatekeeper nell'Unione (art. 9)". Tale rigidità rischia, ad opinione di parte della dottrina, di scalfire le possibilità di una adeguata efficacia delle regole e, dunque, del raggiungimento degli obiettivi posti in sede di adozione del mezzo legislativo.²¹

Inoltre, degno di nota è anche il fatto che, oltre all'assenza di norme specifiche adattabili ai singoli *gatekeeper*, oggetto del *Digital Markets Act* è l'imposizione di molti obblighi estremamente dettagliati in merito ad una lista, altrettanto dettagliata, di servizi di piattaforma di base, che presentano limitate capacità di adattarsi ai mutamenti del mercato, caratteristica fondamentale all'interno di mercati complessi e mutevoli. Oltretutto, nel caso in cui la Commissione dovesse riscontrare un comportamento scorretto, o comunque contrario ai principi concorrenziali, non contemplato da Regolamento, si troverebbe di fronte all'alternativa tra l'avvio di una procedura di indagine di mercato ai sensi dell'art. 19 dello stesso *DMA* e l'applicazione del diritto *antitrust* previgente.

Si rileva, quindi, un approccio semplificato seguito dal *Digital Markets Act*, che presenta vantaggi nella attuale situazione dei mercati dove agiscono le grandi piattaforme digitali, essendo questi caratterizzati da dinamiche competitive che portano alla prevalenza di un'impresa *leader* che viene a sovrapporsi al mercato e con la quale spesso si identifica un'impresa particolarmente dominante, e quest'ultima con il suo servizio più importante.²² Ad opinione di Polo e Sassano (2021) *“una laboriosa e accurata ricostruzione dell'insieme dei servizi offerti da ciascuna di queste piattaforme e delle sovrapposizioni tra i diversi servizi non aggiungerebbe molto alla ricostruzione del vantaggio competitivo goduto da ognuna di esse nei rispettivi servizi focali. Pertanto, potremmo essere portati a concludere che la scorciatoia adottata dal DMA per identificare le imprese da sottoporre a particolare attenzione raggiunge*

²¹ (Manganelli, 2021).

²² Attenendoci all'esempio delle GAFAM, il servizio più importante di ciascuna è rispettivamente: quello dei motori di ricerca per Google; i *social network* per Facebook; Amazon offre il suo *marketplace*; il mercato dei *device* per Apple; i sistemi operativi per Microsoft.

l'obiettivo di un veloce intervento senza lasciar fuori alcun operatore rilevante.”

Tuttavia, gli stessi autori procedono rilevando che per quanto l'approccio descritto sia più applicabile ed efficace nei confronti dei mercati digitali rispetto al più complesso procedimento della pratica antitrust, *“l'assenza di una metodologia generale per identificare i servizi di piattaforma di base lascia senza una guida adeguata il compito di cogliere per tempo l'evolversi dei servizi e dei soggetti emergenti nei mercati digitali, garantendo un continuo aggiornamento dell'intervento regolatorio”*. Sotto questo aspetto, come rilevato in precedenza, le politiche della concorrenza previgenti il *DMA* possono risultare più attrezzate e costituire quindi un ambito complementare dove l'aggiornamento continuo della regolazione *ex-ante* trova spunti e suggerimenti importanti. Quindi, se il *DMA* presenta tempi celeri nell'intervento sulle pratiche delle piattaforme digitali, per come queste agiscono ad oggi nei mercati, le politiche della concorrenza possono rappresentare *“il laboratorio di analisi capace di offrire un contributo importante all'aggiornamento continuo della regolazione e di cogliere le nuove realtà emergenti nei mercati digitali.”*²³

Ulteriormente, altro elemento rilevante del Regolamento definito critico da parte della dottrina, elemento ancor più incidente nell'impatto che si può attendere sui mercati, è quello derivante da un'impostazione “agnostica” nei confronti delle piattaforme digitali, intendendosi con ciò il fatto che questi non tenga conto del ruolo critico che le piattaforme stesse volgono per la creazione di valore. Il *DMA*, infatti, parte dal presupposto che i *gatekeeper* siano piattaforme digitali che fungono da *gateways* per i mercati e agiscono da intermediari per i servizi di piattaforma di base, senza nulla rilevare in merito al modello di *business* adottato dalle singole imprese.²⁴ Nondimeno, le piattaforme digitali non si limitano a facilitare le transazioni esistenti tra utenti commerciali e utenti finali, ma consentono anche nuove interazioni che non si verificherebbero in loro assenza. Queste interazioni sono legate alla produzione di nuovi tipi di dati che contribuiscono ulteriormente all'innovatività degli ecosistemi delle piattaforme. Secondo la tesi di Cennamo ed altri (2023) è necessario distinguere

²³ (Polo & Sassano, 2021).

²⁴ *Digital Markets Act*, articolo 3.

tra la creazione di nuove interazioni attraverso le piattaforme digitali, che si può concettualizzare come innovazione che porta alla "creazione di valore", e la facilitazione delle interazioni esistenti o delle transazioni di mercato, che, invece, si possono concettualizzare come coordinamento tra utenti commerciali e utenti finali che porta allo "scambio di valore". Il *DMA* sembra considerare le possibili criticità dei mercati digitali derivanti unicamente dalle distorsioni generate dai *gatekeeper*, tramite pratiche sleali protratte in condizioni di limitata contendibilità del mercato, senza prendere in considerazione altri problemi, come quelli dell'innovazione o degli ecosistemi, che non sviluppano completamente la loro capacità meta-organizzativa di stimolare le innovazioni volte alla creazione di valore per i consumatori. Secondo l'opinione degli stessi autori, ignorare questi aspetti può indurre conseguenze negative indesiderate in termini di perdita di innovazione e riduzione della capacità di creazione di valore.²⁵

Secondo l'opinione appena citata si ritiene, infatti, che, come attualmente strutturato, il *Digital Markets Act* potrebbe essere eccessivamente incentrato sull'ipotesi che le pratiche oggetto degli obblighi abbiano effetti negativi sul panorama competitivo, trascurando forse importanti effetti secondari, tra cui importanti compromessi tra creazione e distribuzione del valore e implicazioni per l'innovazione, in particolare per le PMI. Sostengono, quindi, che lo strumento legislativo volto alla regolazione dell'economia digitale possa dimostrarsi solido nel tempo solo tenendo conto anche di come il valore viene creato, riconoscendo che il valore non è semplicemente un sottoprodotto della concorrenza tra imprese atomistiche. Di conseguenza, ipotizzano che le misure adottate al fine di ristabilire l'efficienza e la contendibilità del mercato rischiano di non produrre grandi risultati, potenzialmente minando la creazione di valore stessa e così ossificando la concorrenza, piuttosto che agevolarla.²⁶

In conclusione, si può osservare come più voci della dottrina sottolineino possibili criticità nell'impostazione adottata dal *Digital Markets Act*, con il rischio che tali questioni possano risultare in una scarsa efficacia del Regolamento nel momento della

²⁵ (Cennamo, Kretschmer, Constantinides, Alaimo, & Santaló, 2023).

²⁶ *ibid.*

sua applicazione ed in una difficoltà, se non addirittura in una ridotta possibilità, di generare un effettivo impatto positivo sull'economia delle piattaforme *online* e sulla concorrenza. In particolare, tali criticità che vengono riscontrate nell'approccio del *DMA* sono generalmente relative alla rigidità delle sue disposizioni, risultante in una struttura dispositiva potenzialmente minacciata dalla repentina e ingente evoluzione che caratterizza i mercati delle piattaforme digitali.

Come evidenziato da Akman (2022), in linea di principio, un quadro normativo *ex ante* quale il *DMA* dovrebbe essere in grado di produrre rapidi cambiamenti nella condotta delle imprese rispetto ai procedimenti di applicazione del diritto della concorrenza, evitando le numerose e lunghe fasi di tali interventi. Tuttavia, risulta necessario trovare un equilibrio tra la rapidità e l'accuratezza di un intervento. Analogamente, come riconosciuto nella stessa valutazione d'impatto del Regolamento, le norme *ex ante* presentano un compromesso tra flessibilità e certezza. Mentre la regolamentazione *ex ante* dovrebbe fornire maggiore certezza ai soggetti regolati rispetto all'intervento *ex post*, essa manca di flessibilità rispetto all'applicazione del diritto della concorrenza, che viene condotta caso per caso. Essendo i mercati che rientrano nell'ambito di applicazione del *DMA* dinamici, in cui le pratiche e le caratteristiche del mercato sono soggette a rapidi cambiamenti, viene considerato fondamentale un approccio flessibile con uno sguardo al futuro per garantire l'agilità del quadro giuridico applicabile, fornendo allo stesso tempo una sufficiente certezza giuridica ai soggetti regolati. L'efficacia del Regolamento 1925/2022 dipenderà quindi dalla capacità di trovare questi necessari equilibri in linea di principio e nella pratica.²⁷

Quindi, va evidenziato che la rigidità delle disposizioni del *DMA* può essere considerata controbilanciata da altri fattori, quale appunto la rapidità con il quale tale mezzo può essere applicato per contrastare pratiche scorrette. Inoltre, come da auspicio di Polo e Sassano, l'integrazione delle pratiche contenute dal *DMA* con gli inevitabili sviluppi di cui sarà oggetto il diritto *antitrust* potranno permettere un efficace ed efficiente contrasto alle pratiche sleali sia ad oggi che in futuro, così permettendo un

²⁷ (Akman, 2022).

pieno e completo raggiungimento di quelli che sono gli obiettivi, i fini, che hanno portato all'adozione di tale mezzo legislativo.²⁸

2. I rapporti tra il *DMA* e la disciplina *antitrust*

Compresi quali sono gli auspicati ed attesi effetti del *Digital Markets Act* sui mercati digitali e sulla concorrenza all'interno di essi, è necessario cogliere i modi e le problematiche dell'interazione tra il Regolamento e la disciplina *antitrust*, sia nella sua sfera sostanziale che nell'ambito applicativo del diritto.

2.1. La collocazione del Regolamento nel diritto europeo

Intraprendendo tale ragionamento dai rapporti intercorrenti tra il nuovo strumento legislativo e il diritto *antitrust*, è necessario, innanzitutto, comprendere quale è l'effettiva collocazione del *DMA* all'interno del diritto eurounionale.

A tal fine, bisogna preliminarmente rilevare che, quantomeno nelle idee del legislatore europeo, nonostante nelle fasi iniziali delle consultazioni la Commissione lo definisse quale un “nuovo strumento antitrust”,²⁹ il *Digital Markets Act* non è uno strumento del diritto della concorrenza. Ciò è stato anche ribadito dal Commissario alla concorrenza dell'Unione europea Vestager in un suo discorso nel marzo 2021, nel quale sottolineava che il *DMA* non è uno strumento di diritto *antitrust*, in quanto non influisce sulle modalità di applicazione delle regole di concorrenza nei mercati digitali, né modifica poteri della Commissione, o i poteri delle autorità nazionali di concorrenza europee, di applicare tali norme nel mondo digitale. Oltretutto, riteneva che il Regolamento fosse concepito come un complemento delle regole di concorrenza, funzionando in modo diverso. Le norme del TFUE sulla concorrenza, infatti, “*stabiliscono i principi generali di come le aziende dovrebbero comportarsi per*

²⁸ (Polo & Sassano, 2021).

²⁹ European Commission, Inception impact assessment – New Competition Tool (NCT), Ares(2020)2877634.

*evitare di danneggiare la concorrenza [...] il DMA, invece, stabilisce in anticipo e nero su bianco quali sono gli obblighi dei gatekeeper”.*³⁰

Analogamente, nel preambolo del *DMA* è espressamente previsto che lo stesso mira a integrare l'applicazione del diritto della concorrenza, lasciando impregiudicati gli articoli 101 e 102 TFUE, le corrispondenti norme nazionali in materia di concorrenza e le altre norme nazionali in materia di concorrenza, prefiggendosi quale obiettivo la protezione della concorrenza non falsata sul mercato. Il Regolamento, invece, persegue un obiettivo complementare, ma diverso, consistente nel “*garantire che i mercati in cui sono presenti gatekeeper siano e rimangano equi e contendibili, indipendentemente dagli effetti reali, potenziali o presunti sulla concorrenza in un dato mercato derivanti dal comportamento di un dato gatekeeper contemplato dal presente regolamento*”.³¹

Il *DMA* è, quindi, considerato uno strumento innovativo nuovo ed indipendente, piuttosto che un nuovo sottoinsieme del quadro esistente del diritto della concorrenza, la cui applicazione, mirando ad un interesse diverso rispetto alle norme *antitrust*, dovrebbe avvenire senza pregiudizio a quest’ultime.³²

Oltretutto, tale approccio viene confermato dalla scelta della base giuridica del *DMA*, che è adottato sulla base dell'articolo 114 TFUE, che funge da base giuridica per gli strumenti dell'UE volti a salvaguardare il funzionamento del mercato interno, e non sulla base dell’articolo 103 TFUE, che avrebbe inserito il Regolamento in all’interno del tradizionale quadro giuridico del diritto *antitrust*. Dunque, sebbene la scelta della base giuridica sia soggetta a critiche, essa sembra confermare che la Commissione intende introdurre un nuovo regime giuridico.³³

Ad opinione di Schweitzer (2021), la Commissione ha voluto che il *DMA* fosse distinto dal diritto della concorrenza per motivi metodologici. Viene, infatti, rilevato che la sua formulazione, le regole di condotta del Regolamento 1925/2022 si applicano

³⁰ Discorso di Margrethe Vestager, “Competition in a Digital Age” (European Internet Forum, 17 marzo 2021).

³¹ *Digital Markets Act*, considerando nn. 10 e 11.

³² (Budzinski & Mendelsohn, 2022).

³³ Così (Beems, 2023).

a prescindere da un'analisi caso per caso degli effetti sulla concorrenza, evitando, ad esempio, l'uso di concetti e terminologia consolidati del diritto della concorrenza, come "mercati rilevanti", e, implicitamente, distaccandosi dal test e dall'obiettivo del benessere del consumatore, che ha acquisito peso nella pratica del diritto della concorrenza dell'UE dalla metà degli anni '80.³⁴

In effetti, è necessario sottolineare che anche gli obiettivi del *DMA*, definiti quali il garantire la contendibilità e l'equità dei mercati digitali, si distinguono da quelli del diritto *antitrust*, il cui attuale obiettivo giuridico è quello di “*tutelare la concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'allocazione efficiente delle risorse*”.³⁵ Dunque, viene da parte delle dottrine sostenute che garantire l'equità dei mercati non è un obiettivo del diritto della concorrenza dell'Unione europea, e il diritto della concorrenza non mira a eliminare le barriere all'ingresso, a meno che queste non siano il risultato di una condotta anticoncorrenziale.

In conclusione, si deve osservare come formalmente il *DMA* non possa essere considerato quale parte integrante del quadro normativo in materia di concorrenza. Tuttavia, le somiglianze tra gli strumenti giuridici sembrano essere più numerose di quanto emerga dalle dichiarazioni ufficiali della Commissione. Beems (2023) si domanda, nonostante il preambolo del Regolamento che indica obiettivi dello stesso distinti da quelli del diritto *antitrust*, se gli obiettivi siano effettivamente così divergenti come indicato, rilevando la presenza di chiari parallelismi tra le disposizioni sostanziali e applicative di entrambi gli strumenti. Ciò comporta notevoli incertezze e un intenso dibattito sul rapporto tra i due strumenti. Sottolinea, inoltre, l'esistenza di diverse opinioni in merito, le quali sono suddivisibili in due categorie: “*coloro che aderiscono all'approccio della Commissione europea e considerano lo strumento come uno strumento normativo nuovo e autonomo, e coloro che si concentrano sulle*

³⁴ (Schweitzer, 2021).

³⁵ Comunicazione della Commissione europea del 27.4.2004, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato*, G.U. dell'Unione europea 2004/C 101/08, § 13.

somiglianze e considerano il DMA come parte integrante del più ampio quadro normativo sulla concorrenza”.³⁶

L'esistenza, quindi, di tali varie opinioni, considerabili tendenzialmente divergenti su quelli che sono gli effettivi rapporti tra il diritto *antitrust* ed il Regolamento sui mercati digitali, dimostrano che l'intersezione tra i due ambiti giuridici è tutt'altro che chiara. La sovrapposizione di obblighi e divieti può generare tensioni tra il *Digital Markets Act* e il diritto della concorrenza, poiché è difficile determinare i limiti del Regolamento, determinandosi una questione in merito alle, successivamente rilevanti, modalità applicative.

2.2. La sovrapposizione con le norme *antitrust*

Nonostante, come si è avuto modo di sottolineare, tra gli obiettivi del legislatore e delle istituzioni europee, nella predisposizione del *DMA*, vi sia il tentativo di separare tale mezzo dal diritto *antitrust* e sia formalmente considerato quale uno strumento normativo indipendente, in realtà l'analisi del Regolamento stesso rivela varie sovrapposizioni delle sue norme con quelle del diritto *antitrust*.

Di fatto, come rilevato da parte della dottrina, la maggior parte degli obblighi, degli imperativi, contenuti dal *DMA* sono già affrontati dal diritto della concorrenza eurounionale. Per di più, relativamente a molti di questi la Commissione ha già avuto modo di attivare procedure, e porli sotto scrutinio, applicando le norme del tradizionale diritto della concorrenza. Si potrebbe dunque sostenere che, dato che le condotte censurate dalle disposizioni contenute nel Regolamento hanno, in potenza, la capacità di azionare anche le norme del Trattato sul funzionamento dell'Unione dedicate all'*antitrust*, il *DMA* non sia altro che uno strumento del diritto della concorrenza volto a conferire il potere di un'azione *ex ante* alla Commissione.

³⁶ Beems riporta e segnala alcune opinioni in merito alla natura del *Digital Markets Act*, segnatamente: “Cioffi, che vede il *DMA* come un “corpo normativo distinto e accessorio” e Ibáñez Colomo, che sostiene che la proposta di *DMA* era “più di un semplice ritocco del diritto della concorrenza”, rappresentano ad esempio la prima categoria. Schweitzer, invece, descrive il nuovo strumento come “una versione altamente semplificata del diritto della concorrenza”, mentre Schroeter e Hoyng considerano il *DMA* uno strumento *ex ante* del diritto della concorrenza”.

Tuttavia, nonostante l'evidenza delle sovrapposizioni tra il Regolamento ed il diritto *antitrust*, tale situazione può essere letta sotto un differente punto di vista.

Infatti, si può sottolineare come la sovrapposizione delle norme sia solo un effetto derivante dal tentativo del legislatore europeo di ottenere mercati digitali equi e contendibili, un obiettivo, come si è avuto modo di osservare in precedenza, divergente da quello a cui aspira il diritto della concorrenza. Quindi, come osservato da Lodoabă (2023), tale obiettivo è strettamente connesso alla possibilità dei *gatekeeper* di avvantaggiarsi sfruttando il proprio dominio sui mercati nei confronti degli altri soggetti, sia che questi siano utenti commerciali, sia che si tratti di utenti finali. Nonostante ciò, il *DMA*, e di conseguenza la sua azione, non sono pensati e strutturati per agire al fine della regolazione delle posizioni di abuso o degli squilibri di mercato, ma per lo sviluppo di una serie di regole *de minimis* che, quantomeno in teoria, dovrebbero consentire l'instaurazione di un mercato (o più mercati digitali) equi e contendibili per gli attori coinvolti, compresi gli utenti finali. Conseguentemente, si può rilevare che il *DMA* non affronta i problemi della concorrenza, ma, piuttosto, quelli di accessibilità ai mercati per i soggetti diversi dai *gatekeeper*.³⁷

Si vuole, pertanto, sottolineare che, nonostante sia innegabile una rilevante sovrapposizione tra le disposizioni contenute nel Regolamento sui mercati digitali e quelle del diritto *antitrust*, tale situazione non è derivante dalla volontà del legislatore europeo di fornire un'ulteriore strumento, ad azione anticipata, per scalfire le pratiche tipicamente oggetto dell'attenzione del diritto della concorrenza. Bensì, l'obiettivo è quello di poter conseguire obiettivi di equità e contendibilità, complementari e paralleli agli obiettivi *antitrust*, ma non del tutto sovrapponibili.

2.2.1. Il principio del *ne bis in idem* nel diritto della concorrenza

Sebbene, come è stato sottolineato in precedenza, la sovrapposizione tra *Digital Markets Act* e diritto *antitrust* sia potenzialmente giustificabile grazie ai fini diversi che le due normative vogliono raggiungere, ciò non preclude il rischio che una stessa

³⁷ (Lodoabă, 2023).

pratica scorretta espletata da parte di un *gatekeeper* sia oggetto di attenzioni sotto il punto di vista di entrambe le discipline. È, dunque, oggetto di interesse tra la dottrina l'applicazione del principio del *ne bis in idem* in tali situazioni.

Il principio del *ne bis in idem* è un principio fondamentale del diritto dell'UE e sancisce che “nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge”.³⁸ Nonostante l'appena citato articolo 50 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea faccia riferimento all'ambito penale, la norma in questione è stata interpretata ampliando la portata del principio anche ad ambiti diversi dal diritto penale, compreso il diritto della concorrenza. Tale principio trova applicazione a condizione che siano soddisfatte due condizioni. In primo luogo, deve esistere una precedente decisione sui fatti, il cosiddetto *bis*; in secondo luogo, la precedente decisione e il successivo procedimento devono riguardare la stessa persona e lo stesso reato, l'*idem*. Come sottolineato da Falce e Faraone (2022), nel caso di applicazione del principio in esame al diritto antitrust, l'elemento caratteristico dell'*idem* è oggetto di interpretazione difforme rispetto al sistema del diritto penale. Nell'ambito del diritto della concorrenza, infatti, la Corte di giustizia dell'Unione ha ritenuto che tale condizione sia soddisfatta in presenza di tre distinti requisiti: identità del fatto, identità del contravventore e unicità dell'interesse giuridico tutelato dalle norme di cui si lamenta la violazione. In base a quest'ultimo requisito, il principio del *ne bis in idem* riesce a non essere applicato in tutti i casi in cui una singola condotta dello stesso soggetto, o della stessa impresa nei casi qui rilevanti, sia censurata sulla base di più strumenti legislativi tra loro difformi, così permettendo la moltiplicazione di sanzioni.³⁹

È necessario, ai fini di una corretta analisi del principio in oggetto in relazione al *Digital Markets Act*, presentare due recenti decisioni del giudice europeo che sembrano avvicinare l'applicazione del principio del *ne bis in idem* nel diritto *antitrust*

³⁸ Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, art. 50.

³⁹ (Falce & Faraone, 2022).

all'applicazione effettuata in altri ambiti del diritto. Si tratta, segnatamente, delle sentenze *Nordzucker*⁴⁰ e *bpost*⁴¹.

In particolare, nella sentenza *bpost* la Corte di Giustizia ha stabilito che, ai fini dell'applicazione del principio del *ne bis in idem*, è necessario stabilire l'identità dei fatti materiali e che “*la qualificazione giuridica, in diritto nazionale, dei fatti e l'interesse giuridico tutelato non sono rilevanti ai fini della constatazione della sussistenza di uno stesso reato, considerato che la portata della tutela conferita all'articolo 50 della Carta non può variare da uno Stato membro all'altro*” e che tale impostazione vale anche “*ai fini dell'applicazione del principio del ne bis in idem sancito all'articolo 50 della Carta nel settore del diritto della concorrenza dell'Unione, nei limiti in cui [...] la portata della tutela conferita a tale disposizione non può, salvo disposizione contraria del diritto dell'Unione, variare da un settore di quest'ultimo a un altro*”.⁴²

Successivamente, nel proseguo della sentenza, la Corte si è interessata della possibile giustificazione di un'eventuale limitazione del diritto fondamentale del *ne bis in idem*. Segnatamente, ha ritenuto che, per giustificare la possibile limitazione del diritto come prevista dall'articolo 52 della Carta dei diritti fondamentali e, conseguentemente, la duplicazione dei procedimenti, devono essere soddisfatte determinate condizioni, ricavabili dalla sentenza:

- il cumulo di procedimenti e di sanzioni, e dunque l'eventuale limitazione del principio deve essere previsto dalla legge e deve rispettare il contenuto essenziale del diritto;⁴³
- il cumulo di procedimenti e di sanzioni ai sensi di una normativa settoriale e del diritto della concorrenza deve rispondere a un obiettivo di interesse

⁴⁰ Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nella causa C-148/14, *Bundeswettbewerbshörde c Nordzucker AG*, EU:C:2022:203.

⁴¹ Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nella causa C-117/20, *bpost SA v Autorité belge de la concurrence*, EU:C:2022:202.

⁴² Sentenza nella causa *bpost*, § 33, 34 e 35.

⁴³ *ibid.*, § 41.

generale. Inoltre, è necessario constatare che “*le due normative di cui trattasi nel procedimento principale perseguono obiettivi legittimi distinti*”,⁴⁴

- il cumulo di procedimenti e di sanzioni, in base al principio di proporzionalità, non deve superare i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi.⁴⁵

Quanto alla causa *Nordzucker*, il cui oggetto è la duplicazione dei procedimenti avviati dalle autorità garanti della concorrenza di Germania ed Austria ai sensi dell'art. 101 del TFUE, una questione fondamentale riguardava la determinazione dell'identità dei fatti. La Corte, in tale occasione, ha ritenuto che “*il criterio rilevante ai fini della valutazione della sussistenza di uno stesso reato è quello dell'identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro che hanno condotto all'assoluzione o alla condanna definitiva dell'interessato*”,⁴⁶ e che, per ciò che riguarda l'identità dei fatti, “*la questione se talune imprese abbiano adottato un comportamento avente per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza non può essere valutata in maniera astratta, ma va esaminata facendo riferimento al territorio e al mercato di prodotti sui quali il comportamento di cui trattasi ha avuto tale oggetto e tale effetto, nonché al periodo durante il quale il comportamento in questione ha avuto tale oggetto e tale effetto*”.⁴⁷

2.2.2. Il *Digital Markets Act* e il principio del *ne bis in idem*

Esposto, dunque, il principio del *ne bis in idem* e compresa la sua applicazione nel campo del diritto della concorrenza da parte del giudice europeo, soprattutto avendo riguardo delle recenti sentenze *bpost* e *Nordzucker*, si può valutare in che modo la disciplina del *Digital Markets Act*, nella sua interazione con le norme del Trattato sul funzionamento relative alla concorrenza, si trovi a soddisfare o meno le condizioni del

⁴⁴ *ibid.*, § 44.

⁴⁵ *ibid.*, § 48.

⁴⁶ Sentenza nella causa *Nordzucker*, § 38.

⁴⁷ *ibid.*, § 41.

principio in questione, in quanto non si può escludere, data la sovrapposizione tra le due normative, la possibilità di una duplicazione dei procedimenti allo scopo di indagare in merito alla stessa pratica posta in essere da un *gatekeeper*.

Tuttavia, come sottolinea Bania (2023), va subito rilevata l'improbabilità che più procedimenti vengano avviati dalla Commissione, dato che Regolamento stabilisce divieti di per sé e non richiede che la Commissione definisca i mercati rilevanti, dimostri che la piattaforma in esame sia dominante e stabilisca effetti anticoncorrenziali. Inoltre, analogamente al diritto della concorrenza, ai sensi del *DMA*, la Commissione può imporre ammende e misure correttive. In altre parole, il Regolamento "*offre alla Commissione una scorciatoia e non vi è alcuna ragione apparente per cui la Commissione dovrebbe preferire il lungo (e doloroso) percorso dell'applicazione del diritto della concorrenza per affrontare la stessa condotta*".⁴⁸

Ciò che desta preoccupazioni, o che quantomeno potrebbe far sorgere criticità, è il fatto che le autorità nazionali garanti della concorrenza e i tribunali possano decidere di applicare il diritto *antitrust* alla stessa condotta che potrebbe essere già stata oggetto di procedimenti attivati dalla Commissione applicando il *DMA*, o viceversa. In questi casi, infatti, vedendosi soddisfatti i criteri in base ai quali può essere limitata l'applicazione del principio del *ne bis in idem*, per come già delineati, si può prevedere in capo ai *gatekeeper* una duplicazione di procedimenti e sanzioni.

Le citate sentenze, infatti, ad opinione di van den Boom (2022) pongono un dilemma per l'applicazione del Regolamento e del diritto della concorrenza, da parte della Commissione e delle autorità nazionali garanti della concorrenza, rispettivamente. Lo stesso autore rileva che, in primo luogo, se gli interessi giuridici perseguiti dal *DMA* sono effettivamente interpretati in modo ampio per bilanciare l'esigenza di equità e contestabilità con gli obiettivi normativi perseguiti dagli Stati membri, gli interessi giuridici potrebbero non essere sufficientemente diversi l'uno dall'altro per l'applicazione delle regole stabilite nella sentenza *bpost*. In secondo luogo, poiché il funzionamento delle imprese digitali, e in particolare di quelle regolamentate dal

⁴⁸ (Bania, 2023).

recente strumento europeo, è generalmente simile a livello transfrontaliero, diventa complicato per un'autorità nazionale sostenere che le proprie decisioni si riferiscono esclusivamente al comportamento tenuto all'interno Stato membro, così rendendo, di fatto, le due decisioni uguali.⁴⁹

Volendo comprendere se e come l'interazione tra *Digital Markets Act* e diritto *antitrust* possa causare l'applicazione del principio del *ne bis in idem*, ovvero se questo può essere limitato legittimando il cumulo di procedimenti, si può tentare un'analisi degli istituti in questione, anche alla luce della recente giurisprudenza. Come sottolineato da Bania (2023), si può partire dal presupposto che siano soddisfatte le condizioni del *bis*, in quanto è certa la presenza di una precedente decisione, e dell'*idem*, quest'ultima, tuttavia, solo in riferimento al fatto che si tratti dello stesso soggetto, dello stesso *gatekeeper*. Tuttavia, risulta di maggiore complessità stabilire l'identità tra i fatti, requisito costantemente richiesto dalla Corte di Giustizia. In base alla sentenza *Nordzucker*, l'identità dei fatti deve essere valutata in merito al territorio, al mercato rilevante e al periodo durante il quale la condotta in questione ha limitato la concorrenza.⁵⁰ Se sono di facile soluzione le questioni relative al periodo, la situazione è diversa per per ciò che riguarda territorio e mercato rilevante. Quanto al territorio, il procedimento instaurato da parte di un'autorità di uno Stato membro riguarderebbe presumibilmente il mercato nazionale, quindi la condizione dell'*idem* non sarebbe soddisfatta e alla Commissione non sarebbe preclusa la possibilità di applicare il Regolamento. Relativamente al mercato rilevante, non essendo richiesta dal *DMA* una valutazione dello stesso, sorgono questioni su come debba essere valutato questo requisito. Seguendo un approccio rigoroso, si può rilevare che, essendo il mercato del prodotto diverso dalla piattaforma di base, non agisce il *ne bis in idem*. Successivamente, ritenute soddisfatte entrambi le condizioni, sia quella del *bis* che quella dell'*idem*, è necessario valutare la possibilità di duplicazioni dei procedimenti alla stregua dei criteri esposti dalla Corte nella sentenza *bpost*, richiedendosi, dunque, che tale possibilità sia prevista dalla legge, rispetti i diritti e le libertà interessate e sia

⁴⁹ (van den Boom, 2022).

⁵⁰ Sentenza nella causa *Nordzucker*, § 41.

aderente al principio di proporzionalità. Il *DMA* prevede espressamente che esso venga applicato senza pregiudizio nei confronti dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE e delle norme nazionali in materia di concorrenza, così soddisfacendo il primo requisito.⁵¹ Quanto al rispetto dei diritti e delle libertà interessate, la Corte ha statuito la possibilità di cumulo di procedimenti nel momento in cui questi siano attivati in base a disposizioni che perseguono fini differenti,⁵² dunque la possibile limitazione del principio del *ne bis in idem* dipenderà dalla valutazione effettuata in merito agli scopi effettivamente perseguiti dal Regolamento. Infine, in merito alla proporzionalità, vanno valutate in concreto le possibili conseguenze derivanti dai procedimenti, per poter compiere un'analisi completa sul principio, in quanto l'azione non coordinata tra la Commissione e le autorità nazionali ben potrebbe far sì che il principio in questione non venga rispettato.

Nel complesso, quindi, i recenti sviluppi della giurisprudenza potrebbero aver tentato di allineare l'approccio nell'interpretazione data al *ne bis in idem* seguito nei casi che riguardano i procedimenti in materia di diritto *antitrust* con quello alla base dei procedimenti in altre aree del diritto, ma la situazione rimane incerta per quanto riguarda l'effettiva applicazione del *Digital Markets Act* senza pregiudizio per il diritto della concorrenza. Il quadro delineato dalle sentenze nei casi *Nordzucker* e *bpost* solleva dubbi sul fatto che i procedimenti duplicati ai sensi dei due strumenti siano eventualmente compatibili con il principio in oggetto, poiché non è chiaro se le condizioni stabilite da tali sentenze siano soddisfatte.⁵³

3. L'applicazione del *Digital Markets Act*

Analizzata la posizione occupata, o che quantomeno tenterà di occupare, il *Digital Markets Act* all'interno del quadro normativo dell'Unione europea, delineando, in particolare, i rapporti tra il nuovo strumento normativo ed il diritto *antitrust*, si può ora tentare di analizzare il modo in cui, nelle idee del legislatore europeo, il Regolamento

⁵¹ *Digital Markets Act*, art. 1, § 6.

⁵² Sentenza nella causa *bpost*, § 44.

⁵³ (Bania, 2023).

sarà applicato dalla Commissione, tratteggiando i rapporti tra questa e le varie istituzioni ed autorità.

3.1. L'*enforcement* centralizzato

Procedendo nell'intento di comprendere, ed analizzare, le modalità applicative del *Digital Markets Act* e le possibili criticità nel dispiegarsi delle stesse, il ragionamento non può che originare da una semplice statuizione: l'applicazione del Regolamento si basa su un accentramento di poteri alla Commissione europea.

Dall'analisi del Regolamento effettuata nel capitolo II di questa trattazione, emerge in maniera evidente il ruolo centrale riservato alla Commissione, alla quale sono riservati la quasi totalità dei poteri ai fini dell'attuazione del nuovo strumento. In particolare, si possono evidenziare i poteri in merito alla designazione, e possibile riesame dello *status*, dei *gatekeeper*, alla sospensione ed alla esenzione dagli obblighi, oltre che sull'aggiornamento degli obblighi stessi. Tutti aspetti, e poteri, questi appena sottolineati, che necessitano di un accentramento su di un soggetto unico, così da evitare possibili frammentazioni dei mercati delle piattaforme digitali.⁵⁴ Inoltre, si ritiene utile evidenziare nuovamente l'opinione di Monti (2021), il quale ritiene che l'accentramento di poteri verso la Commissione sia giustificata da particolari caratteristiche del campo d'azione del Regolamento, segnalando, in particolare, l'operatività globale dei *gatekeeper*, il loro funzionamento simile in tutta l'Unione europea, i costi per garantire i comportamenti conformi dei *gatekeeper* e il fatto che il Regolamento sia rivolto a un numero relativamente ristretto di imprese.⁵⁵

Anche in un contesto di applicazione incentrata principalmente in capo ad una singola istituzione, quale la Commissione europea nel caso di specie, non si può escludere l'emergere di problemi di coerenza nell'azione dell'istituzione stessa. Di fatto, come sottolineato da Beems (2023), all'interno della Commissione, l'attività di applicazione ed *enforcement* delle disposizioni in materia di concorrenza è di competenza della

⁵⁴ Si veda, in merito, (Schweitzer, 2021).

⁵⁵ (Monti, 2021).

Direzione generale COMP, dedita, per l'appunto, all'*antitrust*. Tuttavia, in merito all'applicazione del *Digital Markets Act* è stata effettuata una scelta differente, in quanto ai fini dello svolgimento di tale compito sono preposti team incorporati nella Direzione generale CONNECT, responsabile per reti di comunicazione, contenuti e tecnologia.⁵⁶ La preoccupazione generata da tale impostazione è relativa al fatto che, date le somiglianze e i parallelismi osservabili tra la disciplina *antitrust* e il Regolamento 1925/2022, presenti indipendentemente dalle divergenze quanto agli obiettivi, ai fini dell'adozione di un'applicazione efficace ed efficiente delle varie norme sembra necessario un approccio uniforme, esigendosi nella pratica, dunque, una stretta cooperazione tra le Direzioni generali menzionate.⁵⁷

Inoltre, quanto ad ulteriori possibili criticità dell'*enforcement* centralizzato del *Digital Markets Act*, Beems si interroga sulla effettiva disponibilità di personale della Commissione e sulla sufficienza di tale personale ai fini della corretta ed efficiente applicazione del Regolamento. Rileva, infatti, che nella proposta di Regolamento, la Commissione ha riservato 80 ETP⁵⁸ per l'applicazione del *DMA*. Tuttavia, più recentemente, il Commissario Breton ha sottolineato che un team di 100 membri del personale sarà responsabile dell'applicazione sia del *Digital Markets Act* che del *Digital Services Act*.⁵⁹ Questi numeri sembrano comunque non sufficienti per l'agevole applicazione del Regolamento. Infatti, da ultimo è stato Andreas Schwab, eurodeputato e relatore del Regolamento sui mercati digitali, ad aver espresso la sua opinione sulla questione, dichiarando la necessità di almeno 150 ETP per un'applicazione efficace.⁶⁰

⁵⁶ Tale impostazione è rilevabile dalle dichiarazioni del Commissario europeo al mercato interno Thierry Breton in "*Sneak Peak: How the Commission Will Enforce the DSA & DMA – Blog of Commissioner Thierry Breton*", STATEMENT/22/4327, Commissione europea (2022).

⁵⁷ (Beems, 2023).

⁵⁸ L'ETP, o equivalente a tempo pieno, è un'unità di misura per i lavoratori dipendenti utilizzato al fine di renderli comparabili anche se lavorano un numero diverso di ore a settimana. Un ETP equivale al tempo di lavoro di un lavoratore dipendente a tempo pieno.

⁵⁹ Il *Digital Services Act* è uno strumento legislativo adottato dal legislatore europeo insieme al *DMA*, si tratta di un insieme di nuove norme che disciplinano i responsabili dei servizi digitali che fungono da intermediari all'interno dell'UE per collegare i consumatori a beni, servizi e contenuti, adottato al fine di proteggere allo stesso modo tutti gli utenti nell'UE, sia per quanto riguarda la loro sicurezza da beni, contenuti o servizi illegali, sia per quanto riguarda i loro diritti fondamentali.

⁶⁰ (Beems, 2023).

3.2. La relazione con gli Stati membri e le autorità garanti

L'*enforcement* centralizzato del *Digital Markets Act*, per quanto, come si è avuto modo di sottolineare, presenti determinate criticità minore in merito all'applicazione pratica da parte della Commissione, e dei suoi organi, tali criticità non sono le più rilevanti quanto alla fase applicativa.

Come da opinione di gran parte della dottrina, uno dei problemi di maggior rilevanza nella fase applicativa delle disposizioni contenute nel *Digital Markets Act* è quello delle interazioni tra Commissione europea e Stati membri, in particolare bisogna comprendere qual è effettivamente lo spazio lasciato alle autorità nazionali competenti in materia di concorrenza.

Infatti, si può, senza un'analisi approfondita, sostenere che il delineato sistema di *enforcement* centralizzato possa contribuire ad un'applicazione ed un'interpretazione costante e coerente del Regolamento. Tuttavia, ai fini di tale ragionamento il *DMA* dovrebbe essere erroneamente considerato quale uno strumento isolato, a sé stante nel quadro normativo eurounionale, situazione inverosimile data la vicinanza facilmente desumibile, ed osservata, tra tale mezzo e il diritto della concorrenza.

Viene rilevata, dunque, la non possibilità di trascurare, ai fini di un'analisi completa del *Digital Markets Act*, la posizione degli Stati membri dell'Unione e delle rispettive autorità nazionali garanti della concorrenza. Come sottolineato da Beems (2023), nel corso degli ultimi anni la autorità nazionali hanno avuto modo di acquisire una vasta e profonda esperienza in materia di mercati digitali, trattandosi di un settore, peraltro, tra i più rilevanti nelle agende delle autorità stesse.⁶¹ Le autorità *antitrust* nazionali hanno, mediante le loro azioni recenti, dimostrato di avere una certa propensione ad attenzionare e perseguire le *big tech* e sembra improbabile che non intervengano più nei mercati in cui sono presenti *gatekeeper*. Si può, dunque, sottolineare che negare la posizione delle autorità nazionali, non valutando compiutamente il loro ruolo, e in

⁶¹ Beems, a fini esemplificativi, segnala le azioni delle autorità garanti della concorrenza tedeschi e olandesi, rispettivamente nei confronti di Facebook e Apple (Bundesartellamt c. Facebook, Caso 15 B6-22/16; ACM c. Apple, Caso ACM/19/035630).

assenza di meccanismi adeguati al coordinamento e la cooperazione si rischia di avere un effetto negativo sulla coerenza applicativa tra il diritto della concorrenza e il Regolamento 1925/2022, poiché le autorità continueranno a essere in grado di imporre decisioni e sanzioni a *gatekeeper* ai sensi del diritto della concorrenza.⁶²

Si può segnalare che la questione in merito a chi sarebbe dovuta spettare l'applicazione del *Digital Markets Act* si è presentata complessa e controversa già nelle fasi preliminari della proposta legislativa. La prima proposta, infatti, stabiliva che solo al Commissione sarebbe stata competente per l'applicazione del Regolamento. Tale situazione ha, tuttavia, spinto le autorità *antitrust* nazionali di tutti gli Stati membri ad un'inusuale dichiarazione congiunta in cui è stato richiesto un maggior coinvolgimento delle stesse nell'applicazione del Regolamento.⁶³

In occasione di tale dichiarazione, l'European Competition Network (ECN)⁶⁴ ha avuto modo di definire il diritto della concorrenza quale uno strumento efficace per mantenere le dinamiche competitive dell'economia digitale, in quanto questo ha la possibilità di essere applicato in tutte le discipline, senza limiti settoriali o tecnici, il che lo rende particolarmente adatto ad affrontare i cambiamenti o le interruzioni tecnologiche che mettono in discussione i confini tra i diversi settori dell'economia. Inoltre, ad opinione della stessa dichiarazione, *“le autorità garanti della concorrenza hanno dimostrato la loro capacità di affrontare i comportamenti degli attori digitali, utilizzando ragionamenti innovativi o applicando soluzioni consolidate a nuove problematiche specifiche degli ecosistemi digitali”*.⁶⁵ Tuttavia, l'ECN rileva, data la complessità e la rapida evoluzione dei mercati digitali, la necessità per le autorità garanti nazionali di disporre di strumenti completi ed efficaci. Di conseguenza, viene valutata positivamente l'adozione del *Digital Markets Act*, il quale, *“basandosi sulla prassi decisionale e sul lavoro svolto dalla DG COMP e dalle agenzie nazionali per la concorrenza negli ultimi vent'anni”*, potrà costituire uno strumento per affrontare

⁶² (Beems, 2023).

⁶³ European Competition Network (2021). Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union: *How national competition agencies can strengthen the DMA*.

⁶⁴ Anche noto come “Rete europea della concorrenza”.

⁶⁵ European Competition Network (2021), § 1 e 2.

efficacemente *ex ante* alcuni dei comportamenti più rilevanti posti in essere da parte dei *gatekeeper*.⁶⁶ L'ECN, inoltre, ha avuto modo di evidenziare che, basandosi il *DMA* su casi giurisprudenziali e indagini di settore svolte dalle varie autorità della concorrenza, il suo approccio dovrebbe fornire vantaggi procedurali, tra cui uno snellimento delle procedure stesse, in quanto le autorità di controllo non devono più procedere a una valutazione individuale delle posizioni di mercato e dei probabili effetti delle pratiche in questione.⁶⁷ Oltretutto, l'ECN, ritenendo essenziale l'effettiva applicabilità del Regolamento sin dalla sua entrata in vigore, sottolineava la significatività del *know-how* dei garanti nazionali, ritenendo, quindi, necessario il supporto da parte di questi nei confronti della Commissione nell'applicazione del Regolamento. Era sostenuto che, anche in presenza di un numero limitato di *gatekeeper*, non sarebbe stato agile per la sola Commissione europea fornire risorse sufficienti per far rispettare tutti gli obblighi e i divieti e, tra le altre, le autorità garanti avrebbero potuto svolgere l'attività di *radar*, volte ad individuare casi e criticità.⁶⁸

A causa delle varie opinioni, relative alla necessità di una maggiore partecipazione delle autorità garanti nazionali, espresse a seguito della proposta di Regolamento, il testo definitivo prevede un ruolo più ampio per gli Stati membri e le loro autorità nell'*enforcement*. In particolare, il ruolo ricoperto dagli Stati membri nell'applicazione del *Digital Markets Act* si riflette sotto due punti di vista, sia nella loro capacità di agire in conformità alle proprie leggi nazionali, ai sensi dell'articolo 1, paragrafi 5 e 6, sia nella capacità di partecipare all'applicazione del Regolamento, seguendo i principi stabiliti dagli articoli 37 e 38.

3.2.1. Lo spazio per il diritto nazionale

Ci si vuole soffermare, anzitutto, sulla capacità degli Stati membri di agire in conformità alle proprie leggi nazionali e di sviluppare il proprio quadro normativo in materia *antitrust* in conformità con il Regolamento.

⁶⁶ *ibid.*, § 14.

⁶⁷ *ibid.*, § 15.

⁶⁸ *ibid.*, § 18, 21 e 24.

Segnatamente, l'articolo 1, paragrafo 5, del *DMA* dispone che “*al fine di evitare la frammentazione del mercato interno, gli Stati membri non impongono ulteriori obblighi ai gatekeeper per mezzo di leggi, regolamenti o misure amministrative allo scopo di garantire l'equità e la contendibilità dei mercati. Nessuna disposizione del presente regolamento impedisce agli Stati membri di imporre obblighi alle imprese, comprese le imprese che forniscono servizi di piattaforma di base, per questioni che non rientrano nell'ambito di applicazione del presente regolamento, purché tali obblighi siano compatibili con il diritto dell'Unione e non derivino dal fatto che le imprese pertinenti hanno lo status di gatekeeper ai sensi del presente regolamento*”.⁶⁹ Ai sensi del paragrafo 6, invece, come si è avuto già modo di sottolineare, il Regolamento non pregiudica l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, oltre che delle norme nazionali equivalenti in materia di concorrenza e delle norme in materia di concorrenza che vietano altre forme di comportamento unilaterale nella misura in cui si applicano a imprese diverse dai *gatekeeper* o comportano l'imposizione di ulteriori obblighi ai *gatekeeper*.⁷⁰

In pratica, come osservato da van den Boom (2022), la possibilità di agire conformandosi con le proprie leggi nazionali offre agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità nell'imporre i propri regimi normativi o nell'utilizzare il diritto della concorrenza. Infatti, viene lasciato ampio margine di sviluppo dei propri sistemi legislativi nei mercati digitali agli Stati membri dallo stesso articolo 1, libertà che è limitata solo nella misura in cui gli obiettivi di tale regolamentazione sono mercati equi e contendibili e la legislazione deriva dallo status di *gatekeeper* di un'impresa conferitole. Conseguentemente, gli Stati membri che citano interessi giuridici diversi da quelli per cui è stato adottato il Regolamento sui mercati digitali dovrebbero essere in grado di legiferare liberamente, purché tale legislazione non si ponga in diretto conflitto con gli obblighi previsti dal diritto dell'Unione. Conflitto, peraltro, che potrebbe sorgere se uno Stato membro introducesse norme che consentono alle imprese di aggirare gli obblighi stabiliti nel *DMA*, ma probabilmente non limiterebbe

⁶⁹ *DMA*, art. 1, § 5.

⁷⁰ *DMA*, art. 1, § 6.

la loro capacità di stabilire standard più severi in leggi che perseguono obiettivi diversi. Oltretutto, il paragrafo 6 consente di imporre ulteriori obblighi attraverso il diritto della concorrenza, anche alle imprese che sono designate quali *gatekeeper*. Conseguentemente, se sono invocati interessi giuridici diversi da quelli di equità e contendibilità dei mercati digitali perseguiti Regolamento, potranno anche essere introdotti obblighi aggiuntivi sui *gatekeeper* mediante leggi, regolamenti o atti amministrativi.⁷¹

Successivamente, nel caso in cui uno Stato membro, utilizzando la libertà e lo spazio concessagli dal sesto dall'articolo 1, voglia esercitare un'azione legale nei confronti di un *gatekeeper*, ai sensi dell'articolo 38 dovrà cooperare con la Commissione attraverso l'European Competition Network. Si tratta, in particolare, di disposizioni il cui oggetto è l'imposizione di oneri informativi, nei confronti della Commissione, prima, e degli altri Stati membri, poi, posti in capo allo Stato membro intenzionato ad avviare un'indagine ai sensi del proprio diritto *antitrust* ovvero ad imporre regole aggiuntive sui *gatekeeper*, così da permettere un corretto coordinamento tra autorità differenti.

Dunque, il *Digital Markets Act* fornisce un quadro normativo volto alla cooperazione tra Commissione e Stati membri. Nonostante ciò, van den Boom (2022) ritiene che il Regolamento non affronti un'importante questione relativa ai poteri detenuti dagli Stati membri. In particolare, rileva la mancanza di norme poste al fine di disciplinare le proposte legislative divergenti che non siano legate all'equità e alla contendibilità o che siano il risultato dello status di *gatekeeper*.⁷²

3.2.2. La partecipazione dei garanti *antitrust*

Compreso qual è lo spazio che il *Digital Markets Act* riserva all'azione degli Stati membri nel legiferare ed applicare il diritto della concorrenza quando questo interagisce con le disposizioni del Regolamento, ci si può focalizzare su una delle

⁷¹ (van den Boom, 2022).

⁷² (van den Boom, 2022).

criticità considerabili più rilevanti nella fase di *enforcement*: qual è il grado di partecipazione delle autorità garanti della concorrenza nazionali?

Come si è avuto modo di sottolineare, una delle questioni più controverse emerse a seguito della pubblicazione della proposta di *DMA* è stata quella in merito a chi spettasse la fase applicativa del Regolamento, il che ha portato ad un maggiore coinvolgimento degli Stati membri e delle loro autorità nel testo definitivo.

Volendo, quindi, concentrarsi sulla partecipazione delle autorità garanti della concorrenza è necessario approfondire l'analisi degli articoli 37 e 38 del Regolamento. Infatti, ai sensi di tali disposizioni, la Commissione e le autorità nazionali devono lavorare in stretta collaborazione, coordinando le proprie azioni ai fini di “*un'applicazione coerente, efficace e complementare degli strumenti giuridici disponibili applicati ai gatekeeper*” in base al *Digital Markets Act*.⁷³ Inoltre, le autorità garanti, dotate delle competenza e dei poteri di indagini previste al fine del diritto della concorrenza nazionale, possono di propria iniziativa svolgere nel proprio territorio un'indagine su un caso di possibile non conformità agli articoli 5, 6 e 7, dovendo, tuttavia, informare la Commissione prima di adottare una formale misura di indagine.⁷⁴ Vi sono anche ulteriori possibilità per le autorità nazionali di prendere parte alla fase applicativa del Regolamento, ma si tratta di tutte situazioni in cui l'azione del garante è intrapresa solo a seguito di una richiesta da parte della Commissione, la quale, esemplificativamente, ha il potere di nominare funzionari designati dalle autorità nazionali al fine di assisterla nel monitoraggio di obblighi e misure e che le forniscano consulenze o conoscenze specifiche⁷⁵ ovvero può chiedere alle autorità garanti di sostenere le sue indagini di mercato⁷⁶. In sintesi, dunque, sebbene il testo definitivo presenti delle novità, e disponga una partecipazione più rilevante delle autorità nazionali, il processo applicativo del *Digital Markets Act* è rimasto saldamente in mano alla Commissione, che, come già sottolineato, resta l'organo centrale dell'*enforcement* del Regolamento.

⁷³ *DMA*, art. 37, § 1.

⁷⁴ *ibid.*, art. 38, § 7.

⁷⁵ *ibid.*, art. 26, § 2.

⁷⁶ *ibid.*, art. 38, § 6.

Il legislatore europeo, in definitiva, ha scelto un approccio centralizzato per l'applicazione del *DMA*, così da evitare interpretazioni divergenti da parte delle varie autorità garanti. Come da opinione di Witt (2023), soprattutto considerando l'assenza di precedenti, la scelta del legislatore può essere considerata legittima, in quanto viene ritenuto probabile che i garanti della concorrenza dei ventisette Stati membri, con programmi politici ed economie diverse, avrebbero probabilmente interpretato le regole di condotta sostanziali in modo diverso. Allo stesso tempo, dato che l'*enforcement* del Regolamento richiederà tempo e risorse particolarmente elevati, è necessario comprendere se la Commissione sarà in grado di perseguire da sola tutte le presunte violazioni dei *gatekeeper* nel territorio dell'Unione europea o se dovrà stabilire delle priorità. Il rischio, prosegue Witt, è che i limiti della Commissione, nella sua azione solitaria, possano indurre un'applicazione insufficiente delle norme.⁷⁷

4. Il rischio di contrasti nell'applicazione

Nel corso di questo capitolo, si è avuto modo di approfondire le relazioni che potranno caratterizzare l'azione del *Digital Markets Act*, relazioni esistenti tra il nuovo strumento legislativo e il diritto antitrust, ma anche con gli Stati membri dell'Unione europea e le loro autorità garanti della concorrenza. Le connessioni che, dunque, insistono nei rapporti del *DMA*, come rilevato da gran parte della dottrina possono causare contrasti nella fase applicativa del Regolamento.

Infatti, essendo gli obblighi contenuti dal *DMA* spesso il risultato di una codificazione di pratiche oggetto di indagini *antitrust* passate, la prima potenziale sovrapposizione potrebbe emergere dall'applicazione parallela delle attuali disposizioni *antitrust* europee e nazionali. Il rischio, in pratica, riguarda l'applicazione di queste norme da parte dei garanti nazionali della concorrenza. Dato che ai fini dell'applicazione del Regolamento la Commissione è dispensata dai vincoli e dalle analisi necessariamente richieste dal diritto *antitrust*, non ci si può certo attendere che questa applichi le disposizioni del diritto della concorrenza per affrontare le pratiche oggetto del *DMA*.

⁷⁷ (Witt, 2023).

In particolare, Colangelo (2022) rileva una serie di casi avviati dalle varie autorità garanti nazionali, come, ad esempio il caso del Bundeskartellamt tedesco contro Facebook⁷⁸, ovvero quello dell' AGCM contro Google⁷⁹, sottolineando che i casi delle autorità antitrust nazionali oggetto di ispirazione per il Regolamento mirano essenzialmente a gestire alcune forme di condotte di *self-preferencing*, percepite dal *DMA*, a sua opinione, come la principale criticità legata al doppio ruolo delle piattaforme online, dato che i *gatekeeper* agiscono come regolatori e commercianti sulle proprie piattaforme e sono incentivati a sfruttare il proprio potere e a riservare un trattamento preferenziale ai propri prodotti e servizi, rispetto a quelli forniti da altre entità.⁸⁰

Se si è avuto modo di osservare la sovrapposizione tra le disposizioni del *Digital Markets Act* con le norme del diritto *antitrust*, sovrapposizione che, in ambito nazionale, diventa evidente nel momento in cui si sottolinea che per molti imperativi contenuti dal Regolamento si è tratta ispirazione da procedimenti nazionali avviati dai garanti. Si può dedurre, quindi, un rischio di frizione tra il diritto *antitrust* ed il *DMA*, frizione che può essere particolarmente accentuata, ovvero l'inverso, a seconda dell'interpretazione che sarà fornita in merito agli interessi giuridici perseguiti dal Regolamento e, quindi, da come si armonizzerà con il diritto della concorrenza, nazionale ed eurounitario.

In effetti, il rischio di attriti nell'attuazione e nell'applicazione del *Digital Markets Act* è stato riconosciuto dalla dottrina, che sostiene che questo potrebbe portare a una maggiore frammentazione del mercato interno invece che a un'armonizzazione, a causa della libertà concessa alle autorità garanti della concorrenza dall'articolo 1, dato che l'applicazione parallela del *DMA*, delle norme europee e di quelle nazionali sulla concorrenza, una piattaforma digitale può essere soggetta ad un multiplo rischio. Tale rischio, dunque, dimostra la necessità di un *enforcement* che realizzi

⁷⁸ Bundesartellamt c. Facebook, Caso15 B6-22/16.

⁷⁹ Decisione n. 29645 del 27 aprile 2021 dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

⁸⁰ (Colangelo, 2022).

un'armonizzazione efficace per garantire operazioni transfrontaliere efficienti nel mercato unico digitale europeo.

In particolare, si ritiene che, quanto ai possibili contrasti tra *Digital Markets Act*, diritto della concorrenza e, conseguentemente garanti *antitrust* nazionali, avrà un'elevata rilevanza l'interpretazione che sarà adottata in merito alle prescrizioni di cui all'articolo 1 del Regolamento, che potranno indirizzare l'azione dei vari attori in diverse direzioni.

In merito all'applicazione del Regolamento e alla sua armonizzazione con il diritto *antitrust*, van den Boom (2022) sostiene che questi possono essere applicati secondo diverse interpretazioni, a seconda dell'ampiezza di azione che verrà riconosciuta alle disposizioni dell'articolo 1.

Sottolinea, anzitutto, che un'interpretazione restrittiva dell'azione del Regolamento potrebbe significare effetti di armonizzazione particolarmente limitati, in quanto limiterebbe l'azione degli Stati membri nei confronti dell'adozione leggi complementari in materia *antitrust*, solo nella misura in cui tali leggi perseguono gli obiettivi di promuovere l'equità e la contendibilità e sono attuate come risultato dello status di *gatekeeper* conferito dal *DMA*. Con un'interpretazione restrittiva, che limita la portata degli effetti dell'armonizzazione per la politica della concorrenza alle questioni relative alla contendibilità e all'equità, connesse allo stato di *gatekeeper*, dunque, gli Stati membri ben potranno aggirare l'armonizzazione totale delle leggi auspicata dal Regolamento.⁸¹

Diversamente, un'interpretazione più ampia, in cui l'articolo 1, paragrafi 5 e 6, fosse interpretato non solo dal punto di vista testuale, ma, con le parole di van den Boom, “*nello spirito più ampio del diritto dell'Unione europea*”, porterebbe probabilmente alla massima certezza per le imprese e al massimo livello di armonizzazione. In questo caso, la definizione di regole attraverso le leggi nazionali sulla concorrenza verrebbe interpretata anche alla luce del dovere di leale cooperazione di cui all'articolo 4 del Trattato sull'Unione europea, in modo che le istituzioni europee possano stabilire se

⁸¹ (van den Boom, 2022).

le norme in oggetto costituiscano un'elusione dell'armonizzazione di cui all'articolo 1, paragrafo 5, della Regolamento, ovvero se tali norme perseguano l'obiettivo di una concorrenza non distorta (o altri obiettivi, come la prevenzione dell'abuso di dipendenze economiche) in modo realmente complementare al *Digital Markets Act*.⁸²

In conclusione, dunque, è necessario sottolineare come sia innegabile la possibilità di frizioni, se non addirittura contrasti, nella fase di *enforcement* del *DMA*, in quanto è evidente la sovrapposizione esistente tra il nuovo strumento della Commissione ed il diritto *antitrust*. Allo stesso tempo, tale situazione potrà essere mitigata tramite un'interpretazione ampia dell'oggetto del Regolamento e delle sue disposizioni quanto all'armonizzazione delle norme. Si può argomentare, certamente, che un'interpretazione ampia imporrebbe limitazioni relativamente severe alla capacità degli Stati membri di organizzare i propri affari nazionali. Tuttavia, le azioni degli Stati membri non sarebbero precluse, questi continuerebbero ad avere la facoltà di applicare gli articoli 101 e 102 del TFUE o l'equivalente nazionale in tutti i casi esterni all'azione del *DMA*. Allo stesso modo, gli Stati membri non sono preclusi dalla possibilità di legiferare in merito ad obblighi complementari o più severi attraverso il diritto della concorrenza quando questi obblighi sono in linea con lo spirito del Regolamento.

5. I *gatekeeper* designati e l'entrata in vigore del Regolamento

Come si è avuto modo di sottolineare all'interno del secondo capitolo di questa trattazione, il *Digital Markets Act* è entrato in vigore a partire dal 2 maggio 2023.

Due mesi dopo, il 4 luglio 2023⁸³, è stato il termine ultimo previsto dal Regolamento per la notifica alla Commissione del soddisfacimento delle soglie stabilite dall'articolo 3, da parte dei potenziali *gatekeeper*. Entro tale scadenza, la Commissione ha ricevuto le notifiche da parte di sette società: Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta, Microsoft e Samsung.⁸⁴

⁸² *ibid.*

⁸³ Per la precisione alla mezzanotte del 3 luglio 2023, come da annuncio della Commissione.

⁸⁴ Così dall'annuncio della Commissione del 4 luglio 2023, https://digital-markets-act.ec.europa.eu/potential-gatekeepers-notified-commission-and-provided-relevant-information-2023-07-04_it.

Conseguentemente, nei 45 giorni lavorativi successivi, la Commissione ha avuto l'onere di valutare se queste imprese soddisfano le soglie e per designarle come *gatekeeper*.

Successivamente, il 6 settembre 2023 la Commissione europea ha designato i primi sei *gatekeeper*: Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta e Microsoft.⁸⁵ Si rileva, quindi, l'esclusione di Samsung, nonostante la multinazionale sudcoreana avesse notificato il superamento delle soglie di cui all'art. 3 del *DMA*.

La Commissione, nel comunicare la designazione dei primi *gatekeeper*, ha sottolineato che i servizi di piattaforma di base designati dei *gatekeeper* sono ventidue, con i servizi di intermediazione *online* che rappresentano la categoria più rappresentata, composta da sei servizi. Inoltre, la Commissione ha avuto modo di evidenziare e reiterare che i *gatekeeper*, dalla designazione, avranno sei mesi di tempo per garantire il pieno rispetto degli obblighi previsti dal Regolamento per ciascuno dei servizi di piattaforma principali da loro designati.

⁸⁵ Commissione europea (2023). *Digital Markets Act: Commission designates six gatekeepers*. Comunicato stampa del 6 settembre 2023.

IV. Un case study: l'App Store di Apple

SOMMARIO: 1. Il mercato degli *app store*. - 2. Le pratiche anti-competitive degli *app store*. - 3. Il caso: *Spotify* contro *Apple*. - 4. La lettura del caso alla luce del *Digital Markets Act*.

1. Il mercato degli *app store*

Conclusa l'analisi del *Digital Markets Act*, comprendendo le criticità applicative che potranno riscontrarsi nel prossimo futuro, a partire dall'inizio effettivo del suo *enforcement*, si può tentare di comprendere come lo stesso Regolamento, e le sue disposizioni, potrebbero applicarsi a casi di attualità. Si ritiene, infatti, utile cercare di immaginare un mondo in cui il *DMA* potrà essere applicato, valutando l'effettivo perseguimento dei suoi obiettivi.

In particolare, il caso oggetto di analisi è quello dell'App Store di Apple, da tempo oggetto di reclami in merito a possibili pratiche in contrasto con il diritto *antitrust*, in particolare da parte di Spotify.¹

Ai fini di una completa comprensione del caso, è, anzitutto, necessario comprendere il contesto in cui Apple, tramite il suo App Store, operava ed opera tuttora. Si ritiene rilevante, dunque, comprendere il mercato degli *app store*.

Per poter procedere ad un'analisi degli *app store* è utile fare un'ulteriore “passo indietro”. Si deve rilevare che tali soggetti esistono solo in funzione di un sistema operativo mobile e, conseguentemente, dell'ecosistema creato intorno a questi. Quanto agli ecosistemi per smartphone, si osserva che esistono due ecosistemi predominanti: quello nato attorno al sistema operativo mobile di Apple, iOS, e quello relativo al sistema operativo mobile di Google, Android.² Deve essere, ulteriormente, sottolineato che i due ecosistemi che formano questo duopolio sono molto diversi sotto vari aspetti.

¹ I vari comportamenti e pratiche oggetto di reclami da parte di Spotify sono esposti dalla stessa società svedese in un sito web predisposto appositamente, www.timetoplayfair.com.

² In particolare, si può segnalare che a luglio 2023 Android deteneva il 70,87% del mercato, mentre iOS il 28,39%. I due ecosistemi, di fatto, controllano congiuntamente una quota superiore al 99% del mercato globale dei sistemi operativi (come da <https://gs.statcounter.com/os-market-share/mobile/worldwide>, consultato il 7.8.2023).

Se iOS è caratterizzato dall'integrazione esclusiva nei dispositivi di Apple, Google, invece, concede in licenza il suo sistema operativo Android alle imprese, costruttrici di smartphone, disposte ad accettare le sue condizioni. Oltretutto, per gli sviluppatori di *app*, e le imprese che compiono la medesima attività, l'esperienza con ogni *app store* può essere molto diversa. In particolare, Apple è molto più severa di Google quando si tratta di approvare le *app* ammesse nel suo *app store*, in quanto la prima sembra redigere linee guida più rigide, per poi controllare più da vicino la conformità a tali linee guida. Quando si tratta di strutture tariffarie, tuttavia, i due *app store*, l'App Store di Apple e Google Play, sono simili: entrambi gli *app store* addebitano una commissione del 30% su ogni vendita di *app*, acquisto *in-app* o abbonamento *in-app*.³

Si ritiene oltretutto utile sottolineare che il tema degli *app store*, negli ultimi anni, è divenuto maggiormente rilevante anche per le autorità nazionali garanti della concorrenza. In particolare, si deve evidenziare l'importante lavoro svolto dal garante olandese tramite il suo studio del 2019 incentrato sul mercato degli *app store*. Il garante olandese rileva, infatti, che il mercato degli smartphone e delle applicazioni si è evoluto in un mercato maturo negli ultimi anni, in quanto lo smartphone è diventato sempre più importante per accedere a contenuti e servizi, con una quantità considerevole di traffico internet che passa attraverso le *app*. Sottolinea, oltretutto, che Google e Apple determinano e controllano quali *app* sono disponibili nei rispettivi *app store* stabilendo i termini e le condizioni degli stessi, che consentono loro di accettare o rifiutare la pubblicazione di nuove *app* e di rimuovere quelle esistenti, e determinando le funzionalità che i fornitori di *app* possono utilizzare e il tipo di contenuti o servizi che possono offrire nelle loro *app*. Dunque, ad opinione del garante dei Paesi Bassi, le due società americane analizzate hanno la possibilità di “*controllare, imporre o limitare determinate app, software, opzioni o contenuti per l'utente gestendo i rispettivi sistemi operativi, oltre a gestire l'app store stesso*”.⁴

³ In merito, si può sottolineare la comparazione svolta da Viswanathan (2023) tra i due *app store*.

⁴ Autoriteit Consument & Markt - Autorità olandese per i consumatori ed il mercato (2019). *Market study into mobile app stores* (Caso ACM/18/032693).

Un'ulteriore importante rilevazione ai fini della comprensione del mercato degli *app store* è il fatto che si tratti di un mercato c.d. *two-sided*, o mercato a due parti, nel quale il soggetto centrale, gli *app store* nel caso in oggetto, interagisce con due parti distinte, nel caso in esame con gli sviluppatori di *app* e con gli utenti finali. In merito a tale categoria di mercati, ai fini dell'applicazione del diritto della concorrenza, si rileva che la definizione del mercato rilevante costituisce un elemento dibattuto. La natura delle piattaforme *two-sided*, infatti, implicando il soddisfacimento simultaneo della domanda di almeno due gruppi di clienti distinti ma interdipendenti, solleva la questione di quanti e quali mercati debbano essere definiti, in quanto sussistono diverse opinioni a riguardo.⁵

Nonostante le opinioni possibilmente divergenti, la Commissione, con riferimento in particolare alla decisione nel caso *Google Android*, ha ritenuto di sottolineare solo marginalmente la natura *multi-sided* dei vari servizi di Google e, analizzando l'*app store* della stessa, Google Play, la Commissione ha riscontrato che il mercato rilevante è costituito solo dai negozi di *app* Android.⁶ Ad opinione di Bostoen e Mândrescu (2020), tale conclusione da parte della Commissione comporta due implicazioni:

- in primo luogo, implica che ogni ecosistema basato su un sistema operativo mobile costituisce un mercato a sé stante, e che i negozi di *app* costituiscono mercati secondari specifici dell'ecosistema;
- in secondo luogo, implica il fatto che l'unico sostituto per i negozi di *app* sono altri negozi di *app* compatibili con il sistema operativo.⁷

In conclusione, alla domanda su quanti mercati debbano essere definiti e quali sono in pratica i mercati degli *app store*, la risposta della Commissione europea CE è che ve ne è soltanto uno, cioè il mercato degli *app store* per il sistema operativo con cui sono compatibili.

⁵ Ai fini di un approfondimento della questione, è rilevante menzionare Filistrucchi, Geradin, van Damme & Affeldt (2014).

⁶ Decisione della Commissione europea del 18 luglio 2018, relativa a un procedimento a norma dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 54 dell'accordo SEE, Caso AT.40099 – *Google Android*, notificata con il numero C(2018)4761, sezione 7.4, § 268-322.

⁷ (Bostoen & Mândrescu, 2020).

2. Le pratiche anti-competitive degli *app store*

Introdotta il tema degli *app store* e compreso il mercato rilevante ai fini della loro azione, quantomeno ad opinione della Commissione, è necessario comprendere quali comportamenti ed azioni posti in essere dagli *app store*, ed in particolare dagli *app store* di Apple e Google, detentori del duopolio già osservato, possono costituire abuso ai sensi del diritto della concorrenza dell'Unione europea.

Avviando tale analisi dal già citato studio pubblicato dal garante *antitrust* olandese, questo ha avuto modo di individuare la sussistenza di tre questioni fondamentali, attorno alle quali si concentrano le criticità nell'azione degli *app store*:

- la parità di condizioni di accesso agli utenti finali, in quanto le imprese a capo di *app store* sono solite porre in essere condotte auto-preferenziali a favore di servizi propri, così sfavorendo *app* di sviluppatori terzi;
- gli acquisti *in-app*, e più in generale la questione che si sviluppa nell'intorno delle commissioni, ritenute particolarmente elevate, applicate dagli *app store* agli sviluppatori, che hanno la possibilità, ovvero comportano il rischio, di escludere dal mercato determinati sviluppatori;⁸
- le politiche di trasparenza e responsabilità, ed in particolare la mancanza di trasparenza da parte degli *app store* nei confronti degli sviluppatori.

Volendo entrare nel dettaglio delle condotte poste in essere dagli *app store*, è necessario, anzitutto, rilevare che le condotte auto-preferenziali, o di *self-preferencing*, possono essere riconosciute in varie azioni o politiche delle imprese, come, ad esempio, limitando l'interoperabilità tra le *app* indipendenti e l'ecosistema in cui l'*app store* è inserito. Inoltre, avendo il controllo dei sistemi, dell'interfaccia utente e degli algoritmi di classificazione, i gestori degli *app store* hanno il potere di controllare come e quali *app* vengono mostrate agli utenti, potendo così favorire le proprie *app*, quest'ultime avvantaggiate anche dal fatto di essere preinstallate. Ulteriormente, si può

⁸ In merito a tale questione si ritiene utile evidenziare che non si tratta la possibile esclusione dal mercato di soggetti, o imprese, terzi in generale, ma sono considerati sviluppatori ritenuti egualmente efficienti, che dovrebbero, a differenza dell'impresa a capo dell'*app store* stesso, sottostare a tali commissioni.

sottolineare che il *self-preferencing* può essere attuato anche a livello contrattuale.⁹ Quanto alle commissioni applicate dagli *app store*, tali possono risultare in un problema a sé stante, considerando la possibilità di esclusione dal mercato di sviluppatori egualmente efficienti. Oltretutto, gli sviluppatori di *app*, anche a causa dell'elevato livello di commissioni applicate dagli *app store*, trovano ingiusto il divieto di utilizzare metodi di pagamento esterni all'*app store* stesso.¹⁰ Infine, ciò che desta preoccupazioni per gli sviluppatori è la mancanza, o quanto meno carenza, di trasparenza da parte degli *app store*, in quanto le linee guida predisposte sembrano lasciare grandi spazi all'interpretazione e possono essere modificate in qualsiasi momento.¹¹

Si potrebbe, conseguentemente, ritenere che i comportamenti posti in essere da parte degli *app store*, a causa dei quali sono riscontrabili preoccupazioni da parte degli sviluppatori di *app*, possano in alcuni casi costituire violazione dell'articolo 102 TFUE, essendo dunque abusi di posizione dominante. Tuttavia, come oltretutto sottolineato da Bostoen e Mândrescu (2020), anche quando sono di fatto attuate le pratiche appena descritte, molte di esse non si configurano come un abuso di posizione dominante, in quanto perché sussista l'abuso è necessario soddisfare una serie di condizioni. In particolare, è necessaria la dimostrazione del fatto che la condotta potenzialmente abusiva possa provocare un danno alla libera concorrenza nel mercato, indipendentemente dalla sua influenza nei confronti dei consumatori o della struttura della concorrenza, il che implica la dimostrazione di una certa probabilità di effetti anticoncorrenziali. Inoltre, si deve rilevare che tali pratiche poste in essere da parte degli *app store*, anche se a seguito di un'analisi superficiale possono essere ritenute quali anticoncorrenziali, spesso possono essere giustificate dalla necessità di *governance* della piattaforma.¹²

⁹ Come evidenziato da Bostoen e Mândrescu (2020).

¹⁰ In merito a tale preoccupazione, gli sviluppatori di *app* lamentano che questa restrizione non è implementata ovvero valutata in modo uniforme tra i vari sviluppatori, come riportato dallo studio del garante olandese (§ 4.2.3).

¹¹ Caso ACM/18/032693, § 4.3.

¹² (Bostoen & Mândrescu, 2020).

3. Il caso: *Spotify contro Apple*

Brevemente analizzati lo stato del mercato degli *app store* e le criticità, in ambito concorrenziale, che i vari *player* osservano nel mercato stesso, si può intraprendere l'analisi del caso oggetto del corrente capitolo della trattazione: il caso *Spotify contro Apple*.

Il caso in questione risultata utile ai fini dell'illustrazione pratica delle condotte potenzialmente in contrasto con il diritto *antitrust* eurounionale esaminate in precedenza, in quanto la denuncia da parte di Spotify rileva sostanzialmente le criticità appena affrontate.

Volendo affrontare la questione nel particolare, l'analisi deve cominciare basandosi sul sito web predisposto appositamente da Spotify, chiamato "*Time to play fair*"¹³, nel quale la società svedese, la cui attività principale è l'offerta di musica in *streaming on-demand*, delinea, a suo parere, determinati problemi nei comportamenti e nelle condotte poste in essere da Apple. Segnatamente, Spotify segnala tre problemi principali, per mezzo dei quali Apple concede a sé stessa un non equo vantaggio e discrimina società concorrenti. Spotify ritiene che Apple:

- nega ai consumatori una vera scelta, cambiando spesso le regole per i concorrenti. Ritiene, inoltre, che Apple tenda ad impedire a Spotify di comunicare direttamente con i propri clienti che accedono al servizio tramite le piattaforme della multinazionale americana. La società di *streaming* musicale sottolinea che i propri utenti non hanno la possibilità di ricevere informazioni su offerte, promozioni e sulle modalità in cui possono sfruttare le opportunità di *upgrade* del servizio usufruito. Oltretutto, sottolinea che Apple ha regolarmente rifiutato e ritardato gli aggiornamenti e i miglioramenti dell'*app*, tramite condotte mai sostenute quando oggetto erano i servizi offerti da Apple stessa;

¹³ Spotify (2019). *Time to play fair*. www.timetoplayfair.com.

- impone commissioni discriminatorie, pari al 30%.¹⁴ Spotify sostiene che, ai fini della fornitura del proprio servizio *premium* agli utenti, fornito a seguito del pagamento di un corrispettivo da parte degli utenti stessi, sia limitata a due possibilità, cioè utilizzare il sistema di pagamento di Apple ed essere costretti a pagare le commissioni del 30% loro imposte, che rendono impossibile un approccio competitivo alle politiche dei prezzi per gli utenti¹⁵, ovvero rifiutare tali commissioni e, conseguentemente, vedersi limitate le modalità di comunicazione delle offerte disponibili ai propri utenti.¹⁶ Entrambe le opzioni, evidenzia la società svedese, creano un'esperienza peggiore per gli utenti finali, rendendo loro impossibile ottenere i contenuti che desiderano, nel modo in cui li desiderano e con la facilità che si aspettano;
- viola le norme in materia di diritto della concorrenza tramite le sue azioni. Spotify ritiene che per le aziende grandi e piccole, la concorrenza non funziona se non è costruita in base ad equità e se un tempo Apple operava come se una concorrenza vivace e leale per i clienti fosse la migliore strategia commerciale, le sue azioni al giorno d'oggi indicano che ha abbandonato queste convinzioni, a danno ingiusto e illegale di Spotify, degli utenti finali, dei creatori di musica e degli editori.¹⁷

Sono, dunque, queste le ragioni che hanno condotto Spotify a ritenere che le regole imposte unilateralmente da Apple esistono per un solo motivo: dare ad Apple un vantaggio sleale rispetto ai molti altri servizi che stanno lavorando duramente per competere per il raggiungimento dell'utenza finale, sostenendo, inoltre che *“affinché la concorrenza funzioni e l'innovazione prosperi, Apple debba giocare lealmente”*.¹⁸

¹⁴ Si ritiene necessario rilevare che, nella comunicazione adottata da Spotify, a sostituzione del termine “commissioni” viene utilizzato, per esprimere la propria posizione, il termine “tasse”, identificando la cosiddetta “Apple Tax”.

¹⁵ Spotify, oltretutto, sottolinea che il servizio di *streaming* musicale di Apple, Apple Music, non deve pagare tali commissioni.

¹⁶ Tale situazione in quanto, optando per un completo abbandono dei pagamenti effettuati tramite le piattaforme di Apple, agli sviluppatori di *app* è preclusa qualsiasi possibilità di indicazione della possibilità di usufruire di servizi extra e di indicazione delle modalità in cui tale *upgrade* potrebbe essere effettuato.

¹⁷ Spotify (2019). *Time to play fair*. www.timetoplayfair.com, sezione “The Case”.

¹⁸ *ibid.*, sezione “Fast Facts”.

La denuncia da parte di Spotify non è stata seguita immediatamente dall'azione della Commissione europea in merito. Infatti, un'indagine formale in materia *antitrust* da parte della Commissione è stata avviata solo a metà del 2020, ben più di un anno dopo il reclamo da parte di Spotify.

Oggetto dell'indagine della Commissione, come emerge dal relativo comunicato stampa del 16 giugno 2020, è la valutazione delle regole di Apple per gli sviluppatori di *app* sulla distribuzione di applicazioni attraverso l'App Store, ed in particolare se tali regole siano o meno in contrasto con le norme dell'Unione sulla concorrenza. Le indagini, in particolare, riguardavano l'uso obbligatorio del sistema di acquisto *in-app* proprietario di Apple, l'*in-app purchase* (IAP), e le restrizioni alla possibilità per gli sviluppatori di informare gli utenti sulle possibilità di acquisto alternative più economiche al di fuori delle *app*. Di conseguenza, la Commissione sottolineava ulteriormente che le indagini si sarebbero interessate di due restrizioni imposte da Apple nei suoi accordi con le aziende che desiderano distribuire applicazioni agli utenti dei dispositivi Apple:

- i) *“l'uso obbligatorio del sistema di acquisto in-app “IAP”, di proprietà di Apple, per la distribuzione di contenuti digitali a pagamento. Apple addebita agli sviluppatori di app una commissione del 30% su tutte le spese di abbonamento tramite IAP.*
- ii) *restrizioni alla possibilità per gli sviluppatori di informare gli utenti sulle possibilità di acquisto alternative al di fuori delle app. Sebbene Apple consenta agli utenti di consumare contenuti come musica, e-book e audiolibri acquistati altrove (ad esempio sul sito web dello sviluppatore dell'app) anche nell'app, le sue regole impediscono agli sviluppatori di informare gli utenti su tali possibilità di acquisto, che di solito sono più economiche.”*¹⁹

Lo stesso comunicato stampa, inoltre, riportava l'opinione del Commissario alla concorrenza Vestager sulla questione, la quale ha avuto modo di dichiarare che “le

¹⁹ Commissione europea (2020). *Antitrust: Commission opens investigations into Apple's App Store rules*. Comunicato stampa del 16 giugno 2020.

*applicazioni mobili hanno cambiato radicalmente il modo in cui accediamo ai contenuti. Apple stabilisce le regole per la distribuzione delle applicazioni agli utenti di iPhone e iPad. Sembra che Apple abbia ottenuto un ruolo di “gatekeeper” quando si tratta di distribuire app e contenuti agli utenti dei popolari dispositivi Apple. Dobbiamo garantire che le regole di Apple non distorcano la concorrenza nei mercati in cui Apple è in competizione con altri sviluppatori di app [...] ho quindi deciso di esaminare da vicino le regole dell'App Store di Apple e la loro conformità alle norme UE sulla concorrenza”.*²⁰

Alla prima comunicazione della Commissione in merito alle indagini nei confronti di Apple, del giugno 2020, ne è seguita un’ulteriore nell’aprile dell’anno successivo. In tale occasione la Commissione ha comunicato alla multinazionale americana il suo parere preliminare. In particolare, la Commissione ha ritenuto in via preliminare che Apple detenga una posizione dominante nel mercato della distribuzione di *app* di *streaming* musicale attraverso l'App Store. Per gli sviluppatori di *app*, dunque, l'App Store è l'unico punto di accesso ai consumatori che utilizzano i dispositivi mobili di Apple, in quanto l'App Store fa parte dell’ecosistema chiuso formato da *hardware* e *software* di Apple ed è l'unico negozio di applicazioni che gli utenti di iPhone e iPad possono utilizzare per scaricare applicazioni per i loro dispositivi mobili. Inoltre, reiterando le preoccupazioni espresse nella prima comunicazione, la Commissione ha ritenuto, sempre in via non definitiva, che le regole di Apple distorcano la concorrenza nel mercato dei servizi di *streaming* musicale, aumentando i costi degli sviluppatori concorrenti, con un conseguente aumento dei prezzi per i consumatori per gli abbonamenti musicali *in-app* sui dispositivi iOS. Pertanto, la Commissione ha ritenuto che Apple abbia distorto la concorrenza nel mercato dello *streaming* musicale abusando della sua posizione dominante per la distribuzione di applicazioni di *streaming* musicale attraverso l'App Store.²¹

²⁰ *ibid.*

²¹ Commissione europea (2021). *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store rules for music streaming providers*. Comunicato stampa del 30 aprile 2021.

Si deve, inoltre, rilevare che sulla questione, in occasione della seconda comunicazione si è espresso nuovamente il Commissario Vestager, la quale ha sostenuto che Apple è un *gatekeeper* per gli utenti di iPhone e iPad attraverso l'App Store e, stabilendo regole rigide sull'App Store che svantaggiano i servizi di *streaming* musicale concorrenti, priva gli utenti di scelte più economiche e distorce la concorrenza.²²

Un'ultima, e rilevante, comunicazione sul caso da parte della Commissione è pervenuta nel febbraio 2023. In tale occasione, la Commissione, ha anzitutto reiterato il fatto che, a seguito di indagini preliminari, aveva avuto modo di ritenere abusivi le condotte di Apple consistenti nell'imporre agli sviluppatori di applicazioni la propria tecnologia di pagamento tramite acquisti *in-app* e limitando la possibilità per gli sviluppatori di applicazioni di informare gli utenti di iPhone e iPad su servizi alternativi di abbonamento musicale (obblighi c.d. *anti-steering*). In un secondo momento, tuttavia, con l'ultima comunicazione ha chiarito di non ritenere più rilevante ai fini dell'indagine *antitrust* la prima condotta, sull'obbligo dell'utilizzo delle proprie tecnologie di pagamento, ma solo la seconda, sugli obblighi *anti-steering*, ritenuti non necessari, dannosi per gli utenti e con un'incidenza negativa sulla concorrenza.²³

In conclusione, si può rilevare come le condotte di Apple possano essere perseguite ai sensi del diritto della concorrenza eurounionale, ed in particolare ai sensi dell'articolo 102 TFUE, quantomeno ad opinione della Commissione, anche grazie al fatto che la Commissione ha individuato il mercato rilevante, quello della distribuzione di *app* di *streaming* musicale, ed ha rilevato la posizione dominante occupata da Apple sullo stesso mediante il suo App Store. Tuttavia, è necessario evidenziare, come oltretutto fatto anche più volte da Spotify stessa²⁴, che sul caso dell'App Store di Apple la Commissione non è ancora giunta ad una decisione definitiva, e, dunque, Apple continua a porre in essere le stesse condotte e ad applicare le medesime regole agli sviluppatori di *app* che decidono di approcciarsi al mercato dei dispositivi mobili della società americana, gli iPhone e gli iPad.

²² *ibid.*

²³ Commissione europea (2023). *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple clarifying concerns over App Store rules for music streaming providers*. Comunicato stampa del 28 febbraio 2023.

²⁴ Spotify (2019). *Time to play fair*. www.timetoplayfair.com, sezione "Timeline".

4. La lettura del caso alla luce del *Digital Markets Act*

Esposto il caso *Spotify contro Apple*, comprese quali sono le condotte di Apple che hanno portato alla denuncia da parte di Spotify, prima, e all'avvio delle indagini da parte della Commissione, poi, ciò che emerge è il fatto che si tratti di un caso *antitrust* con inferenza all'interno di un mercato digitale. Oltretutto, risulta evidente il protrarsi nel tempo della procedura, instaurata dalla Commissione, adottando le modalità previste dal diritto della concorrenza eurounionale al fine dello studio delle condotte e di una successiva, possibile, sanzione.

Si vuole, dunque, in questa sede tentare di comprendere come lo strumento recentemente entrato in vigore ed oggetto di questa trattazione, il *Digital Markets Act*, potrebbe interagire con il caso in questione.

Anzitutto, questo ragionamento non può che iniziare dal comprendere se ad Apple, ed al suo App Store, si applichino o meno il Regolamento sui mercati digitali e le sue disposizioni. Si può rilevare che il Regolamento qualifica i “negozi di applicazioni *software*”, e dunque gli *app store*, quali “servizi di intermediazione *online*”, quindi quali servizi di piattaforma di base. Questi sono, in particolare, definiti quali “*un tipo di servizio di intermediazione online dedicato alle applicazioni software in qualità di prodotti o servizi oggetto di intermediazione*”.²⁵ Oltretutto, lo stesso Regolamento si preoccupa di definire i “sistemi di pagamento per acquisti *in-app*”, cioè applicazioni *software*, servizi o interfacce utente che facilitano l'acquisto di contenuti digitali o servizi digitali all'interno di un'applicazione *software* (compresi contenuti, abbonamenti, componenti o funzionalità) e i pagamenti per tali acquisti.²⁶ Si può, quindi, desumere che l'App Store di Apple sia compreso tra i servizi di piattaforma di base ai sensi del Regolamento.

Ulteriormente, ai fini dell'applicazione del Regolamento, Apple deve essere qualificabile quale *gatekeeper*. Si è già avuto modo di sottolineare che un'impresa è

²⁵ DMA, art. 2, n. 14).

²⁶ *ibid.*, n. 18).

presumibilmente designabile come *gatekeeper* nel momento in cui ha un impatto significativo sul mercato, il suo servizio di piattaforma di base è rilevante e la sua posizione è consolidata. Segnatamente, si è osservato che:

- si può presupporre che un'impresa abbia un impatto significativo sul mercato interno nel momento in cui questa dovesse raggiungere *“un fatturato annuo nell'Unione pari o superiore a 7,5 miliardi di euro in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari, o se la sua capitalizzazione di mercato media o il suo valore equo di mercato equivalente era quanto meno pari a 75 miliardi di euro nell'ultimo esercizio finanziario, e se essa fornisce lo stesso servizio di piattaforma di base in almeno tre Stati membri”*;²⁷
- riguardo della rilevanza del servizio di piattaforma fornito, questa si presuppone nel momento in cui l'impresa fornisce un servizio di piattaforma di base che, nell'ultimo esercizio finanziario, *“annovera almeno 45 milioni di utenti finali attivi su base mensile, stabiliti o situati nell'Unione, e almeno 10 000 utenti commerciali attivi su base annua stabiliti nell'Unione”*;²⁸
- si presume consolidata e duratura una posizione nel momento in cui le soglie in base alle quali il servizio di piattaforma di base è presupposto come importante per gli utenti sono raggiunte negli ultimi tre esercizi finanziari.²⁹

Apple, ed il suo App Store, soddisfano senza particolari problemi tutti i requisiti posti ai fini della qualificazione di un *gatekeeper*: la sua capitalizzazione di mercato supera stabilmente i 2,5 trilioni di dollari³⁰, si può stimare un numero superiore ai 100 milioni di utenti attivi nell'Unione europea³¹ e la posizione della società americana è notoriamente tale da ben più di tre anni.

²⁷ DMA, art. 3, § 2, a).

²⁸ *ibid.*, b).

²⁹ *ibid.*, c).

³⁰ In particolare, si può rilevare una capitalizzazione pari a 2,76 trilioni di dollari al 25.8.2023, come da <https://www.google.com/finance/quote/1AAPL:BIT>.

³¹ Apple detiene il 33,94 % del mercato europeo dei sistemi operativi (da <https://gs.statcounter.com/os-market-share/mobile/europe>, consultato il 23.8.2023), si può quindi desumere, data la popolazione dell'Unione europea, un'utenza di circa 125 milioni di persone.

Dunque, si può giungere alla conclusione che all'App Store di Apple sia applicabile il *Digital Markets Act*, in quanto la società americana rientra nei parametri in base ai quali un'impresa può essere designata quale *gatekeeper* e il servizio dell'App Store, come si è detto, fa parte dei servizi di piattaforma di base oggetto degli imperativi posti dal Regolamento stesso. Oltretutto, è necessario sottolineare che Apple è una delle società che per prime, nel luglio 2023, hanno notificato alla Commissione il superamento delle soglie, per poi essere di fatto designata tale nel settembre 2023,³² dunque non sussistono dubbi sull'effettività del suo status quale *gatekeeper*.³³

Stabilita, quindi, l'effettiva applicabilità del Regolamento all'App Store di Apple, è necessario comprendere quali degli obblighi posti dallo stesso siano applicabili specificamente agli *app store* e quali conseguenze ciò potrebbe avere.

Come evidenziato da Bostoen (2023), sono principalmente due le questioni riguardanti gli *app store* su cui hanno un'incidenza le disposizioni del *DMA*: si tratta degli obblighi riguardanti le commissioni che gli *app store* applicano per la distribuzione delle *app* e le restrizioni che gli *app store* applicano a tale distribuzione.³⁴

Quanto alla prima categoria, come detto, una serie di obblighi posti dal Regolamento riguarda le commissioni applicate dagli *app store* per la distribuzione delle *app*. Sono, segnatamente, posti tre distinti imperativi a riguardo. Anzitutto, l'articolo 5 impone ai *gatekeeper* di consentire agli utenti commerciali “*di comunicare e promuovere offerte, anche a condizioni diverse, agli utenti finali acquisiti attraverso il proprio servizio di piattaforma di base o attraverso altri canali, e di stipulare contratti con tali utenti finali, a prescindere dal fatto che, a tal fine, essi si avvalgano dei servizi di piattaforma di base del gatekeeper*”³⁵ e agli utenti finali di “*accedere a contenuti, abbonamenti, componenti o altri elementi e di utilizzarli attraverso i suoi servizi di piattaforma di base avvalendosi dell'applicazione software di un utente commerciale, anche se tali utenti finali hanno acquistato tali elementi dall'utente commerciale in questione senza*

³² Commissione europea (2023). *Digital Markets Act: Commission designates six gatekeepers*. Comunicato stampa del 6 settembre 2023.

³³ Si veda, in merito, la sezione 5 del capitolo III di questa trattazione.

³⁴ (Bostoen, 2023).

³⁵ *DMA*, art. 5, § 4.

*utilizzare i servizi di piattaforma di base del gatekeeper*³⁶, il tutto a titolo gratuito. Si tratta, quindi, di una disposizione volta a colpire le regole c.d. *anti-steering*, che proibiscono agli sviluppatori di indirizzare i consumatori verso meccanismi di pagamento diversi dal pagamento *in-app*. Ulteriormente, ed in modo più diretto, l'articolo 5 richiede ai *gatekeeper* di non imporre agli utenti, commerciali e finali, “*di utilizzare, offrire o essere interoperabili con [...] un servizio di pagamento, o servizi tecnici funzionali alla fornitura dei servizi di pagamento, quali i sistemi di pagamento per gli acquisti in-app, di tale gatekeeper nel contesto dei servizi forniti dagli utenti commerciali che si avvalgono dei servizi di piattaforma di base di tale gatekeeper*”.³⁷ È, dunque, esplicitamente proibita l'imposizione dell'utilizzo di sistemi di pagamento *in-app* per le transazioni di beni e servizi digitali. Infine, l'articolo 6 dispone che i *gatekeeper* applichino “*condizioni generali eque, ragionevoli e non discriminatorie per l'accesso degli utenti commerciali ai propri negozi di applicazioni software [...] elencati nella decisione di designazione a norma dell'articolo 3, paragrafo 9*”.³⁸

Pertanto, in seguito all'effettiva entrata in vigore delle disposizioni contenute nel *Digital Markets Act*,³⁹ Apple dovrà eliminare la regola *anti-steering* per le gli sviluppatori che si avvalgono del suo App Store per raggiungere i loro utenti, inoltre non potrà più richiedere che le transazioni per beni e servizi digitali offerti dalle *app* avvengano solo ed unicamente attraverso il proprio sistema di *in-app purchase*, oltre al dover, perlomeno astrattamente, applicare condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie.

In merito agli obblighi incidenti le modalità in cui è organizzata la distribuzione delle *app*, è uno l'imperativo rilevante. Infatti, il Regolamento dispone che i *gatekeeper* consentano “*l'installazione e l'uso effettivo di applicazioni software o di negozi di applicazioni software di terzi [...] e consentono l'accesso a tali applicazioni software o negozi di applicazioni software con mezzi diversi dai pertinenti servizi di piattaforma*

³⁶ *ibid.*, § 5.

³⁷ *ibid.*, § 7.

³⁸ *DMA*, art. 6, § 12.

³⁹ Come già evidenziato, perché i *gatekeeper* siano soggetti agli obblighi contenuti nel *DMA* si dovrà attendere marzo 2024, sei mesi dalla designazione degli stessi.

di base di tale *gatekeeper*”, potendo solo adottare misure volte a garantire la sicurezza e l’integrità del dispositivo.⁴⁰ In pratica, i *gatekeeper* devono permettere agli utenti di accedere ad *app* e *app store* di terze parti, anche senza il necessario utilizzo dell’*app store* del *gatekeeper* stesso.

Conseguentemente, a causa dell’appena citata disposizione, gli utenti di dispositivi mobili di Apple dovranno avere la possibilità di scaricare ed installare applicazioni ed *app store* anche senza utilizzare l’App Store, il servizio di piattaforma di base in questione. Tale procedimento viene definito *sideload*, in quanto avviene mediante un *download* diretto dal *web*. Tuttavia, come sottolineato da Bostoen (2023), non è stato previsto un obbligo c.d. FRAND⁴¹, che preveda condizioni generali eque, ragionevoli e non discriminatorie, per l’accesso agli *app store* di terze parti, il che significa che Apple ben potrebbe addebitare una tariffa, anche significativa, per ospitare tali *app store* terzi e comunque rispettare il disposto del *Digital Markets Act*.⁴²

Infine, ci sono altri obblighi contenuti dal *DMA* che possono essere considerati meno mirati di quelli appena analizzati, ma che comunque possono essere rilevanti per gli *app store*. Sono rilevanti, in merito, gli obblighi per i *gatekeeper*:

- di non utilizzare “*in concorrenza con gli utenti commerciali, dati non accessibili al pubblico generati o forniti da tali utenti commerciali nel quadro del loro utilizzo dei pertinenti servizi di piattaforma di base o dei servizi forniti contestualmente o in ausilio ai pertinenti servizi di piattaforma di base, compresi i dati generati o forniti dai clienti di tali utenti commerciali*”,⁴³ ovvero
- di fornire agli utenti commerciali “*un accesso efficace, di elevata qualità, continuo e in tempo reale a dati aggregati e non aggregati [...] che sono forniti o generati nel contesto dell’uso dei pertinenti servizi di piattaforma di base o dei servizi forniti contestualmente o in ausilio ai pertinenti servizi di*

⁴⁰ *DMA*, art. 6, § 4.

⁴¹ La sigla FRAND descrive obblighi di condizioni “eque, ragionevoli e non discriminatorie”, dall’inglese “*fair, reasonable and non-discriminatory*”.

⁴² (Bostoen, 2023).

⁴³ *DMA*, art. 6, § 2.

*piattaforma di base da parte di tali utenti commerciali e degli utenti finali che si avvalgono di prodotti o servizi forniti da tali utenti commerciali”.*⁴⁴

Volendo, in conclusione, comprendere che effetto avranno le disposizioni del Regolamento sui mercati digitali nei confronti del caso *Spotify contro Apple*, si possono compiere alcune considerazioni. Come evidenziato, Spotify lamenta le regole dell’App Store di Apple, in particolare in merito al fatto che la società americana le impedisce di comunicare direttamente ai propri clienti informazioni su offerte, promozioni e sulle modalità in cui possono sfruttare le opportunità di *upgrade* del servizio usufruito ed all’imposizione del pagamento tramite *in-app purchase*, gravato di commissioni ritenute particolarmente elevate, pari al 30%.

Si potrebbe, dunque, sostenere che a seguito di un’applicazione stringente delle disposizioni del *Digital Markets Act*, ed, in particolare, dei paragrafi 4, 5 e 7 dell’articolo 5, la questione alla base del caso non potrebbe affatto originarsi. Questo poiché Apple, qualificata quale *gatekeeper*, e l’App Store, identificato tra i servizi di piattaforma di base, sarebbero censurati dall’imposizione delle regole di cui Spotify lamenta la gravosità. Tuttavia, come tutti i casi volti al futuro, è sempre necessario considerare un elevato grado di incertezza, in quanto le disposizioni del *Digital Markets Act* dovrà essere messo alla prova nella pratica applicazione. Nondimeno, si può rilevare che se, con una corretta applicazione del Regolamento oggetto di questa trattazione, Apple risulta censurata in origine dal porre in essere le condotte di cui Spotify ha fatto oggetto del proprio reclamo, applicando il diritto *antitrust* eurounionale previgente il *DMA*, Spotify lamenta la mancanza di una decisione definitiva più di quattro anni dopo il primo reclamo, il che permette che Apple continui indisturbata ad operare con le stesse modalità.

⁴⁴ *ibid.*, § 10.

CONCLUSIONI

Questa trattazione ha avuto modo di affrontare l'analisi del *Digital Markets Act*, il nuovo strumento approvato dal legislatore europeo con il fine di garantire l'equità e la contendibilità dei mercati digitali.

Alla base dell'elaborato non può che esserci la consapevolezza del fatto che, nella nostra epoca, le tecnologie costituiscono il fondamento di tutti i sistemi economici innovativi moderni e la vita delle persone e delle imprese è plasmata dall'*internet* e dalle tecnologie digitali, con un aumento continuo ed esponenziale dell'integrazione delle tecnologie in tutti i settori della nostra economia e società.

Si è avuto modo di rilevare e comprendere lo stato della concorrenza nei mercati digitali, dove una volta assestatesi in una posizione di rilievo all'interno di un mercato, le piattaforme digitali svolgono una funzione di *gateway*, potendo imporre condizioni di utilizzo onerose e/o discriminatorie, sia nei confronti di utenti finali che verso utenti commerciali. In sostanza, tali piattaforme svolgono un ruolo di *gatekeepers* tra i diversi versanti del mercato in cui operano, oltretutto beneficiando una posizione difficilmente attaccabile e di forti squilibri in termini di diritti e di obblighi nei confronti dei loro utenti.

Il *Digital Markets Act*, presupponendo una sua piena e compiuta applicazione, può essere lo strumento adatto ad arginare lo strapotere acquisito dai *gatekeeper* nei mercati digitali. In particolare, come sostenuto dal legislatore europeo, si può ritenere che affrontare le pratiche sleali dei *gatekeeper* potrà generare effetti positivi per l'economia delle piattaforme *online* in generale, in quanto la presenza di imperativi volti all'equità ed alla contendibilità dei mercati potrà risultare in un incentivo per le imprese, in particolare quelle di dimensioni più piccole, nel rapportarsi in modo più costruttivo con i *gatekeeper* stessi, con una conseguente possibilità di maggior sviluppo per l'intero settore dei mercati digitali.

Tuttavia, per quanto le premesse siano della possibilità per il Regolamento di raggiungere gli obiettivi ad esso preposti, non sono irrilevanti le criticità rilevate, in particolare quelle relative alla fase applicativa del Regolamento, che riguardano i

possibili contrasti con il diritto della concorrenza e con le autorità garanti degli Stati membri dell'Unione.

Quanto alle evidenziate sovrapposizioni tra le disposizioni del *Digital Markets Act* ed il diritto *antitrust*, benché possibile la limitazione del principio del *ne bis in idem* nel caso in cui gli scopi del Regolamento saranno valutati come effettivamente divergenti da quelli del diritto della concorrenza da parte della giurisprudenza eurounionale, “all’atto pratico” sembra difficile immaginare la possibilità dell’avvio di due diversi procedimenti, avverso le medesime condotte e da parte della stessa autorità sulla base di una “non appartenenza” al diritto della concorrenza del *Digital Markets Act* sostenuta da alcuni. Infatti, seppur vero che gli obiettivi del Regolamento, il “garantire la contendibilità e l'equità dei mercati digitali”, si distinguono da quelli del diritto *antitrust*, la “tutela della concorrenza sul mercato come strumento per incrementare il benessere dei consumatori e per assicurare un'allocazione efficiente delle risorse”, sembra anche che il secondo ben possa incorporare il primo, in quanto la contendibilità e l’equità dei mercati ben possono essere ritenuti strumenti per la tutela della concorrenza.

In merito ai possibili contrasti con gli Stati membri dell'Unione ed i loro garanti *antitrust* nella fase di *enforcement* del Regolamento, è necessario evidenziare che, se potrebbe sembrare improbabile la Commissione possa avviare procedimenti in forza del diritto *antitrust* nelle materie, lo stesso non si può dire delle autorità nazionali. Non si ritiene di poter, però, procedere ad una previsione certa, o quantomeno altamente probabile, fino a che il *Digital Markets Act* non raggiungerà una piena applicazione e potrà essere oggetto di studio l’effettiva interazione con i garanti ed i possibili contrasti.

In conclusione, si ritiene che il *Digital Markets Act* sia uno strumento adottato per tentare di arginare un problema rilevante all’interno dei mercati dell’Unione, e che sia in possesso degli strumenti e delle potenzialità necessarie per il conseguimento dei suoi obiettivi. Gli auspici, dunque, sono quelli di una compiuta realizzazione per il bene del diritto della concorrenza anche all’interno dei mercati digitali, ma solo nel prossimo futuro, con l’esecutività del Regolamento prevista per marzo 2024, si

potranno osservare gli effetti dello stesso, e solo a quel punto si potrà avere certezza sulla maggiore o minore rilevanza delle varie criticità osservate nel corso di questa trattazione.

BIBLIOGRAFIA

MANUALI, TESTI E MONOGRAFIE

- Amato, G., Moavero Milanesi, E., Pasquino, G., & Reichlin, L. (2019). *The History of the European Union: constructing utopia*. Portland: Hart, an imprint of Bloomsbury;
- Campobasso, G. (2022). *Diritto Commerciale - 1 - Diritto dell'impresa*. Milano: UTET giuridica;
- Cellini, P. (2015). *Economia digitale: l'industria e i mercati di Internet e dei nuovi media*. Roma: LUISS University Press;
- Crémer, J., de Montjoye, Y.-A., & Schweitzer, H. (2019). *Competition policy for the digital era: Final report*. Luxembourg: Publications Office of the European Union;
- Ezrachi, A. (2021). *EU Competition Law: An Analytical Guide to the Leading Cases*. Portland: Hart, an imprint of Bloomsbury;
- Gaja, G., & Adinolfi, A. (2020). *Introduzione al diritto dell'Unione europea*. Editori Laterza;
- Ghezzi, F., & Olivieri, G. (2019). *Diritto Antitrust*. Torino: Giappichelli Editore;
- Jones, A., & Sufrin, B. (2008). *EC competition law : text, cases, and materials*. Oxford: Oxford University press;
- Libertini, M. (2014). *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*. Milano: Giuffrè;
- Pocar, F., & Baruffi, M. (2014). *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*. Padova: CEDAM;
- Strozzi, G., & Mastroianni, R. (2020). *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*. Torino: Giappichelli Editore;
- Ubertazzi, L. (2019). *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*. Milano: Wolters Kluwer;

- Ubertazzi, L., & Marchetti, P. (2004). *Commentario breve al diritto della concorrenza : marchi, brevetti, diritto d'autore, concorrenza sleale, pubblicità, consumatori, antitrust*. Padova: CEDAM.

ARTICOLI, STUDI E RISORSE

- Akman, P. (2022). Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act. *European Law Review*;
- Autoriteit Consument & Markt - Autorità olandese per i consumatori ed il mercato (2019). *Market study into mobile app stores*. Caso ACM/18/032693;
- Bacharis, G. (2021). Consten and Grundig and the Inception of an EU Competition Law. *European Papers*, 6(1), 553-566;
- Bania, K. (2023). Fitting the Digital Markets Act in the existing legal framework: the myth of the “without prejudice” clause. *European Competition Journal*, 19(1), 116-149;
- Beems, B. (2023). The DMA in the broader regulatory landscape of the EU: an institutional perspective. *European Competition Journal*, 19(1), 1-29;
- Bostoen, F., & Mândrescu, D. (2020). Assessing abuse of dominance in the platform economy: a case study of app stores. *European Competition Journal*, 16(2-3), p. 431-491;
- Bostoen, F. (2023). Understanding the Digital Markets Act. *The Antitrust Bulletin*, 68(2), 263-306;
- Botta, M. (2021). Sector Regulation of Digital Platforms in Europe: Uno, Nessuno e Centomila. *Journal of European Competition Law & Practice*, 12(7), 500-512;
- Budzinski, O., & Mendelsohn, J. (2022). Regulating big tech: From competition policy to sector regulation? *Ilmenau Economics Discussion Papers*(168);
- Cabral, L., Haucap, J., Parker, G., Petropoulos, G., Tommaso, V., & Van Alstyne, M. (2021). *The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts*. Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea;

- Calvano, E., & Polo, M. (2021). Market power, competition and innovation in digital markets: A survey. *Information Economics and Policy*;
- Cennamo, C. (2021). Competing in Digital Markets: A Platform-Based Perspective. *Academy of Management Perspectives*, 35(2), 265–291;
- Cennamo, C., Kretschmer, T., Constantinides, P., Alaimo, C., & Santaló, J. (2023). Digital Platforms Regulation: An Innovation-Centric View of the EU’s Digital Markets Act. *Journal of European Competition Law & Practice*, 14(1), 44-51;
- Colangelo, G. (2022). The European Digital Markets Act and antitrust enforcement: a liaison dangereuse. *European Law Review*, 47(5), 597-621;
- Commissione europea (2020). *Antitrust: Commission opens investigations into Apple's App Store rules*. Comunicato stampa del 16 giugno 2020;
- Commissione europea (2021). *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple on App Store rules for music streaming providers*. Comunicato stampa del 30 aprile 2021;
- Commissione europea (2022). *Digital Markets Act: Commission welcomes political agreement on rules to ensure fair and open digital markets*. Comunicato stampa del 25 marzo 2022;
- Commissione europea (2022). *Sneak Peak: How the Commission Will Enforce the DSA & DMA – Blog of Commissioner Thierry Breton*, STATEMENT/22/4327;
- Commissione europea (2023). *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Apple clarifying concerns over App Store rules for music streaming providers*. Comunicato stampa del 28 febbraio 2023;
- Commissione europea (2023). *Digital Markets Act: Commission designates six gatekeepers*. Comunicato stampa del 6 settembre 2023;
- Eben, M. & Robertson, V. H.S.E. (2021). The Relevant Market Concept in Competition Law and Its Application to Digital Markets: A Comparative Analysis of the EU, US, and Brazil. *Graz Law Working Paper No 01-2021, Journal of European Competition Law and Economics 2021*;

- European Competition Network (2021). Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union: *How national competition agencies can strengthen the DMA*;
- Falce, V., & Faraone, N. (2022). Mercati digitali e DMA: note minime in tema di enforcement. *Il Diritto inindustriale*, 5-16;
- Filistrucchi, L., Geradin, D., van Damme, E., & Affeldt, P. (2014). Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice. *Journal of Competition Law & Economics*, 10(2);
- Geradin, D., & Katsifis, D. (2021). The Antitrust Case Against the Apple App Store. *Journal of Competition Law & Economics*, 17(3), 503–585;
- Goodwin, T. (2015, Marzo 4). *The battle is for the customer interface*. Tratto da <https://techcrunch.com/2015/03/03/in-the-age-of-disintermediation-the-battle-is-all-for-the-customer-interface/>;
- Ibáñez Colomo, P. (2016). Article 101 TFEU and market integration. *Journal of Competition Law & Economics*, 12(4), 749-779;
- Ibáñez Colomo, P. (2021). The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis. *Journal of European Competition Law & Practice*, 12(7), 561–575;
- Katsifis, D. (2021). General Court of the EU delivers landmark Google Shopping judgment (Google and Alphabet v Commission, T-612/17). *The Platform Law Blog*. Tratto da <https://theplatformlaw.blog/2021/11/15/general-court-of-the-eu-delivers-landmark-google-shopping-judgment-google-and-alphabet-v-commission-t-612-17/>;
- Komninos, A. (2021). The Digital Markets Act and Private Enforcement: Proposals for an Optimal System of Enforcement. *Eleanor M. Fox Liber Amicorum, Antitrust Ambassador to the World*;
- Leistner, M. (2021). The Commission’s vision for Europe’s digital future: proposals for the Data Governance Act, the Digital Markets Act and the Digital

- Services Act—a critical primer. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 16(8), p. 778-784;
- Lodoabă, G.-S. (2023). An Overview on the Scope of the Digital Markets Act: Fair Practices Versus Ex-Ante Competition Law. *University of Bologna Law Review*, 8(1), 43-78;
 - Lundqvist, B. (2021). The Proposed Digital Markets Act and Access to Data: A Revolution, or Not? *IIC International review of intellectual property and competition law*, 52(3), p. 239-241;
 - Malaguti, M. (2015). I Valori Della Concorrenza e Del Mercato Nell'Unione Europea: Da Roma, a Maastricht, a Lisbona. *Moneta e Credito*, 68(272), 401-418;
 - Manganelli, A. (2021). Il regolamento Eu per i mercati digitali: ratio, criticità e prospettive di evoluzione. *Mercato Concorrenza Regole*, 3, p. 473-500;
 - Manzini, P. (2021). Equità e contendibilità nei mercati digitali: la proposta di Digital Market Act. *I Post di AISDUE*, III, 30-56;
 - Marsden, C., & Brown, I. (2023). App Stores, Antitrust and Their Links to Net Neutrality: A Review of the European Policy and Academic Debate Leading to the EU Digital Markets Act. *Internet Policy review*, 12(1);
 - Meyer, T., & Cennamo, C. (2018, Maggio 23). *Digital Transformation and the Value of Incumbents' Complementary Assets: The Substitution Effect of Digital Platforms*. Tratto da <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3218170>;
 - Monti, G. (2021). The Digital Markets Act, Institutional Design and Suggestions for Improvement. *TILEC Discussion Paper No. 2021-04*;
 - Olivieri, G. (2017). Dal mercato delle cose al mercato delle idee. *Rivista delle società*, 4, 815-825;
 - Pappalardo, A. (1990). Il regolamento Cee sul controllo delle concentrazioni tra imprese. *Il Foro Italiano*, 113, 199/200-233/234;
 - Polo, M., & Sassano, A. (2021). Dma: Digital Markets Act o Digital Markets Armistice? *Mercato Concorrenza e Regole*, 3, 501-532;

- Ribera Martínez, A. (2023). An inverse analysis of the digital markets act: applying the Ne bis in idem principle to enforcement. *European Competition Journal*, 19(1), 86-115;
- Rivas, J. (2021). World Competition's Editor, José Rivas, Interviews Mr Andreas Schwab, Rapporteur of the Digital Markets Act in the European Parliament. *World Competition*, 44(3), p. 249-259;
- Schweitzer, H. (2021). The Art to Make Gatekeeper Positions Contestable and the Challenge to Know What is Fair: A Discussion of the Digital Markets Act Proposal. *ZEUP*;
- Spotify (2019). *Time to play fair*. www.timetoplayfair.com;
- van den Boom, J. (2022). What does the Digital Markets Act harmonize? – exploring interactions between the DMA and national competition laws. *European Competition Journal*;
- Viswanathan, P. (2023, luglio 27). *iOS App Store vs. Google Play Store*. Tratto da Lifewire: <https://www.lifewire.com/ios-app-store-vs-google-play-store-for-app-developers-2373130>
- Witt, A. (2023). The Digital Markets Act - Regulating the wild west. *Common Market Law Review*, 60, 625-666.

ATTI GIURISPRUDENZIALI

- Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nelle cause riunite 56/64 e 58/64, *Consten SaRL e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione*, EU:C:1966:41;
- Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nella causa 27/76, *United Brands Company c. Commissione delle Comunità europee*, EU:C:1978:22;
- Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nella causa 85/76, *Hoffman-La Roche & Co. AG c. Commissione* EU:C:1979:36;
- Decisione della Commissione europea del 27 giugno 2017, relativa a un procedimento a norma dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione

europea e dell'articolo 54 dell'accordo SEE, Caso AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, notificata con il numero C(2017)4444;

- Decisione della Commissione europea del 18 luglio 2018, relativa a un procedimento a norma dell'articolo 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'articolo 54 dell'accordo SEE, Caso AT.40099 – *Google Android*, notificata con il numero C(2018)4761;
- Sentenza del Tribunale dell'Unione europea nella causa T-612/17, *Google e Alphabet c. Commissione (Google Shopping)*, EU:T:2021:763;
- Sentenza del Tribunale dell'Unione europea nella causa T-604/18, *Google e Alphabet c. Commissione (Google Android)*, EU:T:2022:541;
- Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nella causa C-117/20, *bpost SA c. Autorité belge de la concurrence*, EU:C:2022:202.
- Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea nella causa C-148/14, *Bundeswettbewerbsbehörde c. Nordzucker AG*, EU:C:2022:203.

PROVVEDIMENTI NORMATIVI

- Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, 1951;
- Trattato che istituisce la Comunità economica europea, 1957;
- Regolamento del Consiglio CEE n. 17 del 21.2.1962, Primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato;
- Regolamento del Consiglio CEE n. 4064/1989 del 21 dicembre 1989, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione tra imprese (Regolamento 4064/89);
- Trattato sull'Unione europea, 1992;
- Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, 2000;
- Regolamento del Consiglio CE n. 1/2003 del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato;
- Regolamento del Consiglio CE n. 139 del 20 gennaio 2004. relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese;

- Comunicazione della Commissione europea del 27.4.2004, *Linee direttrici sull'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato*, G.U. dell'Unione europea 2004/C 101/08;
- Trattato sull'Unione europea, 2007;
- Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2007;
- Comunicazione della Commissione europea del 24.2.2009, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, G.U. dell'Unione europea 2009/C 45/02;
- Comunicazione della Commissione europea del 30.8.2014, *Comunicazione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (comunicazione «de minimis»)*, G.U. dell'Unione europea 2014/C 291/01;
- Comunicazione della Commissione europea del 6.5.2015, *“Strategia per il mercato unico digitale in Europa”*, COM(2015) 192 final;
- Comunicazione della Commissione europea del 19.2.2020, *Una strategia europea per i dati*, COM(2020) 66 final;
- Proposta della Commissione di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio per l'introduzione di un nuovo strumento per la concorrenza del 2.6.2020 - European Commission, *Inception impact assessment – New Competition Tool (NCT)*, Ares(2020)2877634;
- Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 15.12.2020, *relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali)*, COM(2020) 842 final;
- Commission staff working document of 15.12.2020, *Impact Assessment Report Accompanying the document “Proposal for a Regulation of the European*

Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)”, SWD(2020) 363 final;

- Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1925 del 14 settembre 2022, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive UE 2019/1937 e 2020/1828.